

Diciembre 2021

6

e-ISSN
2539-5343

UNA| Revista de Derecho

Edición especial

Responsabilidad Penal de Personas
Jurídicas y Criminalidad Organizada

Nº2

Facultad de Derecho
Universidad de los Andes
Bogotá, Colombia



DESCRIPCIÓN

UNA Revista de Derecho es una publicación electrónica con periodicidad semestral especializada en temas relacionados con el derecho, desde una perspectiva académica abierta a múltiples disciplinas. Esto incluye, por ejemplo, sociología jurídica, antropología jurídica, teoría del derecho, historia del derecho, hermenéutica, legislación y políticas públicas, derecho internacional, derecho público, derecho privado, estudios de género, etc.

Uno de los objetivos principales de la revista es constituirse como una plataforma para el diálogo académico colombiano y latinoamericano, a través de la publicación de artículos de investigación, reflexión o revisión. La revista va dirigida a académicos y estudiantes del derecho y de las ciencias sociales. El volumen 6 número 2 presenta una edición especial sobre Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Criminalidad Organizada.

COMITÉ EDITORIAL

Laura Camila Olarte Mojica

Directora

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Juan Camilo Boada Acosta

Editor General

Máster en Derecho

Universidad de los Andes

Miguel Ángel Ala Pacca

Estudiante de derecho

Pontificia Universidad Católica del Perú

Verónica Barrios Forero

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Sebastián Lozano Parra

Abogado

Universidad Libre - Seccional Socorro

Diego Jaramillo Vargas

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Juliana Gloria Carbonell

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Nicolás Parra González

Abogado

Universidad de los Andes

Carla Bonell Pagano

Abogada

Universidad del Atlántico

Valeria Sánchez Aroca

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

María Lucía Hernández

Abogada

Universidad de los Andes

María Camila Jaimes

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Daniela Rojas Dager

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Alejandra Gutiérrez Gallego

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Laura Carolina Guevara

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

María Camila Martínez

Estudiante de derecho

Pontificia Universidad Javeriana

María José Guerrero Andrade

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Natalia Andrea Roa

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Roberto Carlos Angulo

Estudiante de derecho

Universidad del Cauca

Valentina Romero Prada

Estudiante de derecho

Pontificia Universidad Javeriana

COMITÉ ACADÉMICO

Catalina Botero Marino

Máster (DEA) en Derecho
Universidad Carlos II de Madrid

Julieta Lemaitre Ripoll

Doctora en Derecho
Harvard Law School

Lina Fernanda Buchely

Doctora en Derecho
Universidad de los Andes

Helena Alviar García

Doctora en Derecho
Harvard Law School

José Miguel Mendoza

Doctor en Derecho
Oxford University

Mauricio García Villegas

Doctor en Derecho
Universidad Católica de Lovaina

Jorge González Jácome

Doctor en Derecho
Harvard Law School

Esteban Restrepo

Doctor en Derecho
Yale Law School

Diego López Medina

Doctor en Derecho
Harvard Law School

Isabel Cristina Jaramillo

Doctora en Derecho
Harvard Law School

Daniel Bonilla

Doctor en Derecho
Yale Law School

Liliana Obregón Tarazona

Doctora en Derecho
Harvard Law School

Beatriz Sánchez Mojica

Doctora en Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Juan Manuel Amaya Castro

Doctor en Derecho
Universidad Libre de Amsterdam

DIAGRAMADORA

Guadalupe González

Estudiante de Diseño
Universidad de los Andes

ÍNDICE

Editorial - Volumen 6 no. 2	7
<i>Juan Camilo Boada Acosta</i>	

ARTÍCULOS ACADÉMICOS

SECCIÓN: TEMA LIBRE

Banderas naranjas: entre los mecanismos de defensa del territorio y las deficiencias del derecho a la participación ciudadana en los municipios mineros. Estudio de caso de Tibasosa, Boyacá	11
<i>Ana María Rojas</i>	

SECCIÓN: RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Programas de cumplimiento y responsabilidad penal	42
<i>Andrés Camilo Sepúlveda Ramírez</i>	
De la criminalidad organizada a la organización delictiva	74
<i>Juan Francisco Mendoza</i>	
La responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en Colombia: realidades y desafíos	97
<i>Paula Andrea Ramírez</i>	
Personas jurídicas: ¿responsabilidad administrativa por delitos o infracciones, o responsabilidad penal?	125
<i>Mery Angélica Mantilla</i>	
Principio de legalidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas: algunas reflexiones sobre el sistema español	151
<i>Alejandro Ayala González</i>	
La administración desleal: análisis de configuración típica a la luz de la primera sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia	202
<i>Pamela Forero Barrera</i>	
Criterios de imputación jurídico-penales frente al testarferro de las sociedades comerciales	233
<i>Alejandro Bravo Gutiérrez, María Daniela Delgado Álvarez, Juliana Gómez Restrepo y María Carolina Montoya Moreno</i>	

Algunas tensiones entre un derecho penal expansivo frente a la negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia	262
---	-----

*Juan Pablo Pantoja Ruiz, Alexandra Chaparro, Antonia Restrepo López,
Felipe Fajardo Valenzuela, Juan Lombana Garavito, Laura Cubides Gutiérrez
María Camila Hartmann Melo, Mariana Bravo, Nicole Pearl Reyes y
Sheila Nathalia Solorza*

RESEÑAS DE LIBROS Y JURISPRUDENCIA

Recensión del libro Lavado de activos y bien jurídico de Álvaro Salgado González, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2018, 185 páginas	300
---	-----

Orlando Humberto de la Vega Martinis

Financiación ilícita de la política v. financiación de los políticos. A propósito del “Caso Corpesca”	311
---	-----

Miriam Cugat Mauri

VOLUMEN 6

NO.2

JUAN CAMILO BOADA ACOSTA⁰¹

UNA Revista de Derecho presenta su séptima edición al público, siendo a la vez el segundo número que se saca este año. Por ser esta la primera vez que UNA publica dos números en un mismo año, la directora, Laura Olarte, me cedió este espacio en calidad de coordinador de esta edición especial sobre Criminalidad Organizada y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas. Además de agradecerle enormemente a la directora el espacio, quiero aprovechar para presentar algunas ideas sobre lo simbólico que resulta esta nueva edición para todos los que estamos y estuvieron vinculados a la revista.

UNA EDICIÓN MUY REPRESENTATIVA DE LO QUE ES UNA

Este nuevo número que se presenta es muy especial por varias razones. La primera de ellas, de la que ya hablé, es que es la primera vez que la revista publica dos ediciones en un mismo año. Atrás quedaron los tiempos en los que había incertidumbre sobre poder siquiera sacar una edición⁰². Por el contrario, esta edición no sólo refleja la capacidad del Comité Editorial de crear un espacio académico idóneo para investigadores de múltiples perfiles, sino que además evidencia que se ha retomado el rumbo hacia uno de los objetivos que dio origen a esta revista: tener una revista indexada en la que los protagonistas sean estudiantes de Derecho⁰³. La indexación de una revista estudiantil es una idea discutible por múltiples razones. Pero el ideal que ha motivado su consecución es la de generar un espacio que deje claro que los estudiantes pueden participar de la académica activamente con textos de gran calidad, y es por ello que el actual Comité Editorial ha emprendido el tortuoso camino de la indexación de manera decidida, con todos los retos que ello conlleva.

En segundo lugar, y de la mano con lo anterior, esta edición es muy especial porque refleja el esfuerzo y el liderazgo de los estudiantes al interior de la revista. Si bien los egresados aportamos con un criterio algo diferente, lo cierto es que el momento actual que atraviesa la revista se debe al enorme esfuerzo liderado por las últimas directoras de la revista. Igualmente, el sacrificio de los estudiantes, al sacarle tiempo a los blogs,

01 Abogado de la Universidad de los Andes y Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Penal y Procesal Penal de la misma universidad. Miembro del Comité Editorial de UNA Revista de Derecho. Editor General del Volumen 6 número 2 de UNA Revista de Derecho.

02 Alejandra Garay Serna, "Editorial", *UNA Revista de Derecho*. No. 5 (2020): p. 1, <https://una.uniandes.edu.co/images/Volumen5/20202-o.-Pginas-preliminares.pdf>

03 Emilio Lehoucq, "Editorial", *UNA Revista de Derecho*. No. 1 (2016): p. 1-2, <https://una.uniandes.edu.co/images/pdf-edicioni/indice-presentacion-editorial/Editorial-UNA-Revista-de-Derecho.pdf>

podcasts, a la realización de alianzas con otras instituciones educativas, a la indexación y a la revisión de artículos es supremamente destacable. Sin su entrega, no hubiera sido posible cumplir con el objetivo trazado inicialmente este año de publicar dos ediciones. Igualmente, vale destacar que en esta edición se publicaron dos artículos del Semillero de Derecho Penal Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana.

En tercer lugar, esta edición, por el tema que toca, innegablemente aporta a la discusión académica latinoamericana sobre responsabilidad penal empresarial. El análisis de estos temas a la luz del contexto colombiano claramente puede nutrir este debate a nivel continental. Además, los aportes que vienen desde España en esta edición nos dan una valiosa perspectiva desde un país del que generalmente se hacen trasplantes jurídicos casi que de manera indiscriminada. Adicionalmente, en la reseña de jurisprudencia de la profesora Miriam Cugat se analiza el famoso caso chileno Corpesca, fortaleciendo el mencionado diálogo latinoamericano.

Finalmente, en esta edición contamos con paridad entre hombres y mujeres como autores. De hecho, al desglosar los miembros del semillero que participaron en cada artículo, el número de mujeres resulta siendo mayor al de hombres. Esto es bastante valioso pues permite reafirmar otro de los objetivos de UNA, que es el de generar espacios de participación femenina en la academia colombiana. Además, este logro es mayor si se tiene en cuenta que en el tema objeto de esta edición – derecho penal –, el rol de la mujer históricamente se ha visto relegado.

SOBRE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

Ahora bien, creo relevante hablar del tema sobre el cual trata la presente edición: criminalidad organizada y responsabilidad penal de personas jurídicas.

A inicios de este año, el Comité Editorial al aventurarse a publicar dos ediciones en 2021, se enfrentó a una profunda discusión sobre cuál sería el tema de la segunda. Entre las principales razones que se tuvieron para elegir este tema destaca el que es un tema particularmente vigente en el contexto colombiano. Recientemente ha habido varios proyectos de ley que buscan crear la responsabilidad penal de personas jurídicas en nuestro país⁰⁴. Si bien a la fecha ninguno ha tenido éxito, lo cierto es que no sería sorprendente que eventualmente dicha figura se introdujera en nuestro ordenamiento. Por tal razón, publicar una edición sobre este tema es necesario en nuestro medio, ya sea para aportar a los debates al respecto en el Congreso o para posibilitar su mejor aplicación en caso de que finalmente se cree.

⁰⁴ Ver, por ejemplo: Proyecto de ley 149 de 2020 de la Cámara de Representantes y Proyecto de Ley 178 del mismo año del Senado.

Partiendo de esa premisa, abrimos convocatoria, la cual fue un éxito. Recibimos ocho artículos académicos, una reseña de jurisprudencia y una de un libro. Los diversos puntos analizados hacen de esta edición una que cumple a cabalidad el objetivo planteado. Tenemos textos que analizan la responsabilidad penal de personas jurídicas y otros que ahondan en sus diferencias con la responsabilidad administrativa. Igualmente, tenemos textos que analizan figuras ya existentes en nuestro ordenamiento, en particular relacionadas con la actividad delictiva en el marco de sociedades comerciales. En general, podemos decir que esta edición aporta a la construcción de la teoría del delito en lo que tiene que ver con la responsabilidad penal de personas jurídicas.

Invitamos a todos nuestros lectores a darle una mirada a esta nueva edición, la cual, esperamos, enriquecerá el debate sobre la responsabilidad de empresa en nuestro medio.

AGRADECIMIENTOS

Finalmente, no puedo menos que cerrar esta editorial agradeciendo a todas las personas que de alguna u otra manera aportaron a que esta edición se convirtiera en una realidad.

En primer lugar, quiero agradecer al círculo más cercano con quienes trabajamos en este número: Laura Olarte, Verónica Barrios y Diego Jaramillo. Gracias al trabajo en equipo pudimos sobreponernos a las dificultades que iban surgiendo con autores o pares que en un primer momento habían dicho que nos ayudarían pero que luego, lamentablemente, declinaron nuestra invitación.

En segundo lugar, claramente debo agradecer a todo el Comité Editorial, pues, a pesar de los varios compromisos que sé que todos tenemos adicionales a la revista, la entrega en la revisión y edición de textos fue fundamental. Además de los tres miembros mencionados en el anterior párrafo, agradezco y reconozco la entrega de todo el Comité Editorial: María Lucía Hernández Dueñas, Sebastián Lozano Parra, María Camila Jaimes Camacho, Carla Bonell Pagano, Juliana Gloria, Valeria Sánchez Aroca, Nicolás Parra González, Miguel Ángel Ala Pacca, Laura Carolina Guevara, María José Guerrero, Natalia Andrea Roa Ladino, Carlos Angulo Balanta, Daniela Rojas, Alejandra Gutiérrez Gallego, María Camila Martínez Matallana y Valentina Romero Prada. Y, por supuesto, a Guadalupe González por su gran trabajo en el diseño y la diagramación de este número.

En tercer lugar, agradezco a los autores de los artículos y reseñas por acoger la invitación de UNA y elegirla como foro académico para expresar sus ideas. Gracias a Paula Andrea Ramírez, Alejandro Ayala González, Mery Angélica Mantilla, Juan Francisco Mendoza, Andrés Ramírez, Pamela Forero, Orlando Humberto de la Vega y Miriam Cugat Mauri. Y agradezco especialmente al Semillero de Derecho Penal Económico de la Universidad Javeriana, quienes aportaron con dos artículos a la presente edición. En consecuencia, agradecemos a los profesores Jose Fernando Mestre Ordoñez y Luis Felipe Botero Cárdenas, al tutor Juan Pablo Pantoja Ruiz

y a los estudiantes Alejandro Bravo Gutiérrez, María Daniela Delgado Álvarez, Juliana Gómez Restrepo, María Carolina Montoya Moreno, Alexandra Chaparro, Antonia Restrepo López, Felipe Fajardo Valenzuela, Juan Lombana Garavito, Laura Cubides Gutiérrez, María Camila Hartmann Melo, Mariana Bravo Moreno, Nicole Pearl Reyes y Sheila Nathalia Solorza.

Finalmente, agradezco a los pares evaluadores de esta edición, quienes fungieron como garantes de la calidad de los textos publicados. La calidad académica de las personas que a continuación aparecen da cuenta del alto nivel que tienen nuestras publicaciones: John Zuluaga, Ricardo Medina Rico, Renato Vargas Lozano, Andrés Scheller D'angelo, Paula Cadavid Londoño, Susana Escobar, Andrés Felipe Duque Pedroza, Norberto Hernández, Ricardo Echavarría, Juan Pablo Flechas Hernández, Andrés Felipe Díaz Arana, Sandra Villa, Duban Marcell Rincón, Sandra Viviana Díaz Rincón y Milena González.

BANDERAS NARANJAS: ENTRE LOS MECANISMOS DE DEFENSA DEL TERRITORIO Y LAS DEFICIENCIAS DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS MUNICIPIOS MINEROS. ESTUDIO DE CASO DE TIBASOSA, BOYACÁ*

ANA MARÍA ROJAS LEÓN**

Recibido: 17 de abril de 2021. Aceptado: 18 de junio de 2021.

RESUMEN

Este artículo explora la relación que existe entre los mecanismos de participación ciudadana y la defensa del territorio en el marco de proyectos extractivos. Al hacerlo, se aproxima a los debates que se han llevado a cabo en la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la participación de las comunidades y su facultad para impedir que proyectos mineros se desarrollen en el territorio. Asimismo, aborda la discusión sobre la responsabilidad que tienen los Estados y las empresas frente a posibles vulneraciones a los Derechos Humanos de las comunidades.

Lo anterior se examina a la luz del estudio de caso de la comunidad de la vereda El Resguardo en Tibasosa, Boyacá. Con el cual, se busca demostrar que, a pesar de ser una comunidad que se opone a los intereses mineros y que cuentan con el apoyo de las autoridades municipales, presenta dificultades para ejercer mecanismos de participación. Por eso, han optado por desplegar acciones pacíficas en defensa de sus territorios, como la instalación de unas banderas naranjas visibles desde distintos lados del municipio. Lo anterior, con el fin de demostrar la urgencia de establecer mecanismos de participación eficaces y eficientes que velen por los derechos de las comunidades.

PALABRAS CLAVE

Participación ciudadana, medio ambiente, empresas, derechos humanos, minería, consultas populares.

* Artículo de investigación científica y tecnológica.

** Abogada y antropóloga de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Correo: am.rojas11@uniandes.edu.co

ORANGE FLAGS: BETWEEN TERRITORY DEFENSE MECHANISMS AND DEFICIENCIES IN THE RIGHT TO CITIZEN PARTICIPATION IN MINING MUNICIPALITIES. CASE STUDY OF TIBASOSA, BOYACÁ*

ANA MARÍA ROJAS LEÓN**

Received: april 17, 2021. Accepted: june 18, 2021.

ABSTRACT

This article explores the relation between mechanisms of citizen participation and the defense of the territory in the framework of extractive projects. In doing so, it takes close to debates that have taken place in national legislation and constitutional jurisprudence regarding the right of communities to participate and their power to prevent mining projects from being developed in the territory. It also addresses the discussion on the responsibility that States and companies have in the face of possible violations of the Human Rights of the communities.

This is examined in the light of the case study of the community of the village of El Resguardo in Tibasosa, Boyacá. With this, it seeks to demonstrate that, despite being a community with a rural vocation that opposes mining interests and that has the support of municipal authorities, the community has difficulties in exercising participation mechanisms. For this reason, they have chosen to deploy peaceful actions in defense of their territories, such as the installation of orange flags that are visible from different sides. This demonstrates the urgency of establishing effective and efficient participation mechanisms that safeguard the rights of the communities.

KEY WORDS

Citizen participation, environment, business, human rights, mining, popular consultations.

* Article of scientific and technological research.

** Lawyer and Anthropologist from Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Email: am.rojas11@uniandes.edu.co

1. INTRODUCCIÓN

¿En Colombia se garantiza el derecho a la participación ciudadana en asuntos ambientales? ¿Pueden las comunidades ejercer este derecho frente a proyectos mineros? ¿Tienen las comunidades rurales -no étnicas- esta garantía de participación para la defensa de sus territorios? En Colombia, estas preguntas tomaron importancia frente al reciente debate que suscitó el Acuerdo de Escazú⁰¹. Uno de los puntos de este Acuerdo es la participación pública en la toma de decisiones, la cual promueve que se garantice el acceso de la ciudadanía y el contacto sistemático con los mecanismos de participación⁰² abierta, inclusiva, oportuna y previa. Asimismo, fomenta a que las comunidades sean parte activa en los procesos de decisión sobre los recursos naturales y tengan la posibilidad de conocer, cuestionar y evaluar los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en sus territorios, lo que implica conocer los impactos que tendrá en la salud de los habitantes y en el entorno donde viven⁰³.

Asunto que es importante para un país como Colombia, donde la mayoría de los conflictos socioambientales se deben a que los procesos de participación ciudadana no permiten un real involucramiento de la población en la toma de decisiones públicas en materia ambiental⁰⁴. Hecho que se corrobora con la cifra de conflictos ambientales que hay en el país, la cual, según el Atlas Global de Justicia Ambiental⁰⁵, posiciona a Colombia en el quinto lugar en la clasificación por países con 129

01 Tras la Declaración de Río, países de América Latina y El Caribe se comprometieron a elaborar e implementar un Plan de acción hasta el 2014 para la realización de un convenio regional u otro instrumento jurídico con el fin de garantizar la implementación cabal de los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental en la región. Después de años de negociación, en marzo del 2018, el proceso culminó con la adopción del Acuerdo de Escazú.

02 Georgina López, “Participación ciudadana: la ratificación del Acuerdo de Escazú y el 4to Plan de Acción de la AGA”, *Organización Casa Natura*, 21 de diciembre de 2020. Recuperado de: <https://www.causanatura.org/publicacion.php?id=915e6ebe-2ded-4a3d-9e14-fod9fbb03a69>.

03 Ibid.

04 Isabel Calle y Daniel Ryan (coordinación general), *La participación ciudadana en los procesos de evaluación de impacto ambiental: análisis de casos en 6 países de Latinoamérica* (Lima: SPDA, 2016), acceso el día 16 de septiembre de 2020. Recuperado de: https://spda.org.pe/?wpfb_dl=3189.

05 Atlas Global de Justicia Ambiental creado por Investigadores del Instituto de Ciencia y Tecnología Ambiental (ICTA) de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Acceso el día 16 de septiembre de 2020. Recuperado de:

problemáticas socioambientales. También por ser considerado el país más peligroso para los liderazgos ambientales⁰⁶. Según la cifra revelada en el 2019, de 212 defensores del medioambiente asesinados en ese año, 64 eran colombianos⁰⁷.

Situación que es aún más compleja teniendo en cuenta que los conflictos generados por proyectos son principalmente entre empresas mineras y comunidades afectadas por consecuencias como desplazamientos y reubicaciones, violaciones a derechos humanos, daños ambientales e incumplimiento de compromisos derivados de políticas de responsabilidad social corporativa⁰⁸.

Frente a estos problemas, las comunidades en los últimos años han activado mecanismos de participación políticos que ha ejercido la ciudadanía⁰⁹ como consultas, referendos, iniciativas populares y cabildos abiertos; y, en algunos otros casos, han instaurado acciones judiciales para la defensa¹⁰ del derecho al ambiente sano¹¹. Si bien en algunos casos estas iniciativas tuvieron éxito¹², persisten territorios que han enfrentado las complejidades de la falta de participación de sus comunidades en las decisiones sobre el suelo y subsuelo, y es precisamente en estas deficiencias que este artículo halla su interés.

Para ello, tomaremos como caso de estudio el municipio de Tibasosa, ubicado en el centro oriente

<https://ejatlas.org/country?translate=es>.

06 Conforme lo estableció el más reciente reporte de la ONG británica Global Witness, *Defending tomorrow. The climate and threats against land and environmental defenders* (Inglaterra: 2020), Acceso el día 16 de septiembre de 2020. Recuperado de: <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defending-tomorrow/>

07 Revista Semana Sostenible, “Colombia, el país donde más asesinan defensores ambientales”, *Revista Semana*, 29 de julio de 2020, acceso el día 29 de septiembre de 2020. Recuperado de: <https://sostenibilidad.semana.com/impacto/articulo/colombia-el-pais-donde-mas-asesinan-defensores-ambientales-en-el-mundo-hoy/53492>.

08 Luz Adriana Muñoz-Duque, Margarita Pérez Osorno y Angie Betancur Vargas, “Despojo, conflictos socioambientales y violación de derechos humanos. Implicaciones de la gran minería en América Latina”, *Revista U.D.C.A Actualidad & Divulgación Científica* 23 N° 10e988 (2020), doi: <http://doi.org/10.31910/rudca.v23.n1.2020.988>.

09 Más adelante en el texto, se hará la diferenciación entre los mecanismos de participación de tipo administrativo, judicial y políticos.

10 Diana Milena Murcia Riaño, *Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios* (Cali: CENSAT-Agua Viva, Fundación Evaristo García, 2014), Acceso el día 30 de diciembre de 2020. Recuperado de: https://www2.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/node/fielddocuments/field_document_file/mecanismosdeparticipacionciudadana.pdf.

11 Cabe mencionar que, la Corte Constitucional en sus pronunciamientos ha indicado que, “el derecho al ambiente sano es un derecho colectivo justiciable a través de acción popular, pero que en determinados casos adquiere la dimensión de derecho fundamental y por eso, algunas de sus facetas son protegibles a través de acción de tutela”. Corte Constitucional de Colombia, “Derecho al medio ambiente sano”, *XV ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DIVERSIDAD Y RECONOCIMIENTO*, 28 y 29 de enero de 2021. Acceso el día 9 de febrero de 2021. Recuperado de: <https://xvencuentro.corteconstitucional.gov.co/#/XV-Encuentro>.

12 Por ejemplo, ver Revista Semana Sostenible, “Los 9 municipios que le dijeron No a la minería usando la consulta popular”, *Revista Semana*, 12 de octubre de 2018. Acceso el día 29 de septiembre de 2020. Recuperado de: <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/los-9-municipios-que-le-dijeron-no-a-la-mineria-usando-la-consulta-popular/41872>.

del departamento de Boyacá, cuya experiencia ha tenido distintos matices a los de otros municipios con vocación minera. A pesar de haberse visto afectado por la extracción de piedra caliza, utilizada para fabricar cemento, la población se ha opuesto a los intereses mineros de otras formas. Por un lado, ha instado a los candidatos a las alcaldías y a los ya electos, a comprometerse en contra de la minería y, por otro lado, en el territorio han promovido reuniones, plantones y marchas pacíficas para manifestarse en contra de la explotación sin mucho éxito.

Al consultarle al presidente de la junta de acción comunal de la Vereda El Resguardo la razón por la cual no se había promovido ninguna acción que fuese “representativa” para el municipio. La respuesta del señor fue contundente: “porque para eso se requiere plata y nosotros no tenemos”¹³, lo que pone en tela de juicio una tesis que asegura que la comunidad tiene garantizada constitucionalmente la participación ciudadana y es posible ejercerla cuando se va a decidir sobre proyectos en sus territorios.



Fotografía 1. Valla instalada en una casa de la Vereda¹⁴.

De ahí que, el caso del municipio de Tibasosa sea relevante por cuanto su experiencia demuestra que, a pesar de estar establecidos en la Constitución Política los mecanismos de participación de la población para el ejercicio de su soberanía (artículo 103), persisten límites en el ejercicio de este derecho. En efecto, las acciones de la población de la vereda El Resguardo en Tibasosa muestran la lucha que ha tenido una comunidad que vive en la zona rural minera del municipio y que han usado mecanismos de incidencia social para persistir en blindarse de la minería, como recurrir a instaurar vallas en las casas de los habitantes de la Vereda o la instalación de astas con banderas naranjas que son

¹³ Presidente de la junta de acción comunal Vereda El Resguardo (Grupo Focal), entrevistado por Ana María Rojas, 1 de septiembre de 2020.

¹⁴ Ana María Rojas, Valla instalada en una casa de la Vereda El Resguardo, fotografía.

visibles desde que se entra al municipio, en señal de protesta frente a la actividad extractiva.

Entonces ¿cómo ejercer el derecho a la participación? para responder esta pregunta, este texto (i) pondrá de presente los conflictos que suscita la actividad minera en contra de los derechos humanos, (ii) analizará el alcance del derecho a la participación en Colombia, los aciertos y los obstáculos que tiene este derecho para la población, (iii) describirá el caso de Tibasosa como ejemplo de reivindicación social para la toma de decisiones sobre sus territorios y los obstáculos a los que se han visto enfrentados para ejercer el derecho a la participación y, por último, se compartirán unas (iv) reflexiones finales.

Sobre la parte metodológica de la investigación, debe decirse que es un caso que se conoce principalmente a través de la recopilación de las narrativas de la comunidad, pues no existen fuentes considerables que lo hayan documentado. Por ello, se realizaron entrevistas semiestructuradas a tres habitantes de la zona, quienes han sido testigos de las movilizaciones sociales que se han llevado a cabo en la zona en contra de la minería. También, se convocó un grupo focal que estuvo compuesto por el presidente de la junta de acción comunal, un concejal del municipio, el fontanero del acueducto veredal y una habitante de la zona.

Para la parte del marco teórico, se entrevistaron a tres abogados expertos en procesos comunitarios, quienes dieron una visión importante para este trabajo. Uno de ellos, fue el pionero en promover la consulta popular en el municipio de Tauramena, Casanare, sobre actividades de exploración de hidrocarburos. El segundo, es un abogado que tuvo la oportunidad de acompañar la acción popular presentada por los pobladores en el municipio de Tasco, Boyacá, para frenar la actividad minera de la compañía Hunza Coal, y el tercero, un abogado y politólogo experto en mecanismos de participación ciudadana en particular de organizaciones indígenas y afrodescendientes.

Asimismo, se realizó una revisión de los documentos que reposaban en la Alcaldía sobre los procesos de minería en la vereda El Resguardo. Para ello, se presentó un derecho de petición, porque según los habitantes de la vereda, en esta dependencia reposaban las actas de reuniones que han convocado a las cuales podría tener acceso¹⁵. Sin embargo, la Alcaldía únicamente aportó dos derechos de petición que presentaron ante la Agencia Nacional de Minería y ante Corpoboyacá, un documento que entregó la comunidad de la vereda El Resguardo con firmas recolectadas para manifestar la oposición frente a la minería y el informe de una visita de campo hecha por Corpoboyacá el 15 de julio del 2020.

Sobre los aspectos éticos, se aplicó un consentimiento informado para los habitantes entrevistados, quienes aceptaron hacer parte del estudio y ser citados en la investigación.

15 Grupo Focal con habitantes de la zona. entrevistado por Ana María Rojas, 1 de septiembre de 2020.

2. DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO MINERO, SUS IMPACTOS SOCIOAMBIENTALES Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS MINERAS

La minería debe entenderse como un sistema socio-ecológico complejo y no como un sector de la economía¹⁶. Por una parte, comprende a la sociedad en términos de las relaciones sociales que se dan en un espacio físico, simbólico y cultural y, por otra parte, la naturaleza/ecología en términos de sus propias dinámicas generadoras de cambios frecuentemente impredecibles e irreversibles¹⁷. Sobre los impactos sociales de la minería debe mencionarse como una de sus consecuencias el desplazamiento forzado. A pesar de considerarse que el desplazamiento es producto primordialmente del conflicto armado de Colombia, hay “quienes se han visto obligados a abandonar sus hogares debido a la implementación de proyectos de desarrollo relacionados con la minería o la producción de biocombustibles [que] enfrentan no solo la ausencia de programas para reparar sus derechos y satisfacer sus necesidades básicas, sino también la negación de su estatus como desplazados internos”¹⁸.

Para autores como Sánchez y Urueña, el desplazamiento forzado no es una consecuencia de la implementación de proyectos de desarrollo, sino que es un instrumento al que han recurrido los latifundistas para ampliar su dominio y como mecanismo para el desarrollo de proyectos de infraestructura como represas, carreteras e hidroeléctricas¹⁹. Migración forzada que se logra a través de la contaminación ambiental y la destrucción de los recursos naturales para que los habitantes tengan que abandonar el sitio²⁰. Tal fue el caso de la hidroeléctrica Hidroituango en Antioquia, de la cual se señala que más de 500 familias han sido desplazadas por la construcción de este megaproyecto²¹.

Ahora bien, los afectados de este desplazamiento no son los sectores privilegiados de la sociedad sino que, por el contrario, las víctimas suelen ser poblaciones vulnerables que no tienen facilidad para acceder a mecanismos de defensa o no cuentan con los medios económicos para la representación

16 Luis Jorge Garay, “Minería como sistema complejo, gobernanza adaptativa y ecología política. A propósito del paradigma de la trans-disciplinariedad”, en *Minería en Colombia Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo* (Bogotá: Contraloría de la República, 2014), 11–28.

17 Ibid.

18 Ibid.

19 Beatriz Eugenia Sánchez y René Urueña, “Colombian Development-Induced Displacement: Considering the Impact of International Law on Domestic Policy” *Groningen Journal of International Law* 5, no. 1 (2017): 73–95, doi: <https://doi.org/10.21827/59db6975c4ffd>.

20 Ibid.

21 Redacción Judicial, “Comunidades denuncian desalojos forzados por Hidroituango”, *El Espectador*, 5 de febrero de 2017. Acceso el día 2 de octubre de 2020. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/comunidades-denuncian-desalojos-forzados-por-hidroituango/>.

judicial²². Por eso, los procesos asociativos de poblaciones como las minorías étnicas y los campesinos, se vuelven tan significativos para ejercer la defensa del territorio y de los recursos naturales.

Además del impacto social, la minería trae afectaciones al medioambiente que requieren ser atendidas, a pesar del aumento en la reglamentación que se ha visto progresivamente en el país. Según Héctor González, los puntos álgidos se concentran en básicamente tres causas: “la minería ilegal, la falta de una mayor eficiencia de los organismos ambientales de control del Estado y la falta de concienciación de algunas empresas mineras frente a la excelencia medioambiental”²³.

Por ejemplo, en el caso de la minería a cielo abierto, usada para la extracción de materiales como la piedra caliza, las consecuencias al medio ambiente son múltiples, en parte porque son utilizadas “retroexcavadoras y buldóceres para el arranque del material y la conformación de bancos para el manejo de la estabilidad”²⁴. Dentro de estas consecuencias, está la pérdida de cobertura vegetal, la sedimentación de cauces por el arrastre de materiales, la contaminación y la alteración de las dinámicas naturales de ríos y quebradas, contaminación por ruido y la vibración de la maquinaria utilizada²⁵. Además del impacto visual, que se traduce en apreciaciones estéticas negativas y fragilidad del paisaje²⁶. El problema radica en que este tipo de minería no permite procesos de fácil recuperación, pues se requiere financiación, que en muchas ocasiones, los propietarios del predio o de la explotación, afirman no tener²⁷. Por esta razón, puede asumirse que para las comunidades resulta más fácil luchar para que no se realice la actividad minera en sus territorios, que esperar la reparación de los daños ocasionados al medio ambiente.

2.1. ¿QUIÉN TIENE LA RESPONSABILIDAD DE ESTOS DAÑOS ECOLÓGICOS Y AMBIENTALES²⁸?

22 Luis Guillermo Guerrero, “El rol de la Corte Constitucional en las dinámicas de desplazamiento asociadas a la explotación de recursos naturales”, en *Memorias encuentro Constitucional por la Tierra*, (Ibagué: Corte Constitucional, 2015) 181.

23 Héctor González, “Impactos de la minería sobre el recurso suelo” en *Diagnóstico de la información ambiental y social respecto a la actividad minera y la extracción ilícita de minerales en el país* (Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt: 2019), 85-90.

24 Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, *Diagnóstico de la información ambiental y social respecto a la actividad minera y la extracción ilícita de minerales en el país* (2019), acceso el día 9 de febrero de 2021, <http://www.humboldt.org.co/images/documentos/2-diagnostico-actividad-minera-y-explotacion-ilicita-expertos.pdf>.

25 Nathalya Garzón Tovar, “Análisis preliminar de los impactos ambientales y sociales generados por la minería de arcillas a cielo abierto en la vereda el Mochuelo Bajo, Ciudad Bolívar, Bogotá D.C., Estudio de caso” (Tesis de pregrado inédita, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013).

26 Ibid.

27 Ibid.

28 El Consejo de Estado en la Sentencia 19001233300020120052602 (53000) del 22 de noviembre del 2017, hizo la

Las actividades extractivas generan problemas o riesgos ambientales cuyas responsabilidades son asignadas de forma dispar²⁹. Por poner un ejemplo, Estados Unidos y otros países en Europa producen casi el 70% del total de emisiones de CO₂ y de otros materiales contaminantes³⁰, pero el resto de países son quienes tienen que soportar las consecuencias negativas, al disponer de menos recursos tecnológicos y financieros para enfrentar estos drásticos cambios ambientales producidos por esa contaminación³¹.

Sin embargo, no existen mecanismos suficientes para hacer frente a la repartición desigual de los costos de las actividades extractivas territorial y temporalmente. Por esta razón, el profesor Garay y otros autores expertos sobre este tema, han propuesto la creación de una justicia ambiental transnacional. Esta instancia de justicia tendría el doble propósito de enjuiciar a los Estados, cuando no cumplan sus obligaciones de garantizar una mejor distribución de los costos de la industria extractiva y de exigir la compensación o la reparación de afectaciones ya causadas³².

A pesar de que la idea es interesante, habría que pensar que no solo los Estados tienen responsabilidad, sino que las empresas juegan un papel fundamental en la ecuación. Por eso, en el 2011, al final del mandato de John Ruggie como representante especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Empresas y Derechos Humanos se desarrollaron los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, PR), los cuales están basados en tres pilares:

1. El deber del Estado de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, entre los cuales estarían las empresas, mediante políticas, legislación y decisiones judiciales adecuadas.
2. Una responsabilidad empresarial independiente aplicable a los derechos humanos, lo que quiere decir que las empresas deberían actuar con la diligencia debida para evitar infringir los derechos de terceros y para solucionar los efectos negativos con ellas.
3. Conseguir un mayor acceso de las víctimas a medidas judiciales y administrativas efectivas³³.

diferenciación entre daño ambiental y daño ecológico. Por el primero, se entiende que hace referencia a “las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a los bienes materiales o de recursos, a la salud e integridad de las personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos”, mientras que, daño ecológico es la “degradación, deterioro o modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad”. Para esta sección, haremos referencia a los dos tipos de daños.

29 Luis Jorge Garay, “Globalización/glocalización, soberanía y gobernanza. A propósito del cambio climático y el extractivismo minero”, en *Minería en Colombia Fundamentos para superar el modelo extractivista* (Bogotá: Contraloría General de la República, 2013), 9–19.

30 Ibid.

31 DW Documental, “Sequías e inundaciones – El éxodo climático.”, <https://www.youtube.com/watch?v=6eII7-ypAt8>.

32 Luis Jorge Garay, “Globalización/glocalización, soberanía y gobernanza. A propósito del cambio climático y el extractivismo minero”.

33 Jhon Ruggie, “¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de

Para esto, se dispusieron treinta y un principios, los cuales, según Ruggie, engloban todos los derechos reconocidos internacionalmente y se aplican a todos los Estados y empresas. Sin embargo, el autor reconoce que, al ser el campo de los derechos humanos un campo dinámico, los PR no son estáticos sino que, por el contrario, vienen reconstruyéndose día a día³⁴.

Para autoras como Meyersfeld, la estructura de los PR como están redactados, no tienen en cuenta el contexto de la pobreza ni la relevancia de la política global, en concreto, la pobreza estructural y la desigualdad económica entre el Norte y el Sur Global³⁵. Por eso, es necesario que se haga una caracterización de los intervinientes relevantes en el campo de las empresas y derechos humanos, pues hablar de sociedad civil como un grupo único, desconoce que dentro de los ciudadanos existen intereses divergentes y que aportan en diferente medida al debate sobre derechos humanos. Están, por ejemplo, los miembros de las ONG del Norte y del Sur Global, las víctimas, los trabajadores, por lo que, una categorización apropiada puede ofrecer un proceso más incluyente y así, colaborar a la solución de las violaciones en el campo de las empresas y derechos humanos³⁶.

2.2. PRINCIPIOS RECTORES EN EL SECTOR MINERO

Sobre el rol que cumplen los PR en el sector minero, el Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (CREER) indica que, los responsables de los deberes de proteger, respetar y remediar varían. El primero, está en cabeza de los Estados, quienes deben prevenir que ocurran daños y de asegurar su reparación, en caso de que ocurran. El segundo, corresponde únicamente al papel de las empresas de elevar acciones adecuadas interna y externamente “para prevenir, mitigar y en los casos necesarios remediar, los impactos negativos que la operación de la compañía generó sobre sus grupos de interés”³⁷; y el pilar de remediar, es una obligación en conjunto entre Estado y empresas, de proveer medidas de reparación a quienes han visto afectados sus derechos por las operaciones de las empresas. Esto último implica tomar medidas para garantizar la no repetición³⁸.

También es importante, en este contexto de los PR, la debida diligencia. Según el CREER, la debida

las empresas multinacionales.”, en *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil.*, ed. César Rodríguez (Bogotá: Siglo veintiuno, 2018), 76–97.

34 Ibid.

35 Bonita Meyersfeld, “Cometer el delito de ser pobre La siguiente etapa del debate sobre empresas y derechos humanos”, en *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil.*, ed. César Rodríguez (Bogotá: Siglo veintiuno, 2018).

36 Ibid.

37 Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables, *Derechos Humanos y Devida Diligencia en el sector Minero Energético* (Bogotá: Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsable, 2017), https://docs.wixstatic.com/ugd/134a42_52badea616524b5795c2c3f64f70cf12.pdf.

38 Ibid.

diligencia en el sector minero, debe permitir identificar y gestionar de manera sistemática los impactos, ya sean reales o potenciales, que pueda traer el desarrollo de la actividad económica sobre los sujetos de derechos. Esto supone “contar con los mecanismos de verificación, monitoreo y seguimiento sobre las empresas operadoras y sobre la gestión misma de las entidades”³⁹. De igual forma, hay que crear medidas preventivas y compensatorias para lograr una protección significativa de estos derechos y afrontar así la complejidad del campo de las empresas y derechos humanos⁴⁰.

Así las cosas, resulta imprescindible pensar en otras estrategias para ejercer esta actividad económica. Por ejemplo, los economistas Guillermo Rudas y Jorge Espitia proponen varias condiciones para que actividades como la minería favorezcan a las poblaciones locales, entre los cuales destacan: una relación de calidad entre la comunidades locales, el gobierno central y la empresa minera; hacer control de la explotación minera con evaluaciones de impacto ambiental y con inspección del gobierno central; el establecimiento de una relación entre la empresa y el gobierno local, especialmente para aspectos como la adquisición de terrenos a las comunidades; priorizar el bienestar y desarrollo de las comunidades locales, a través de la promoción de modelos de desarrollo sostenible; y, también, que el gobierno central asuma un rol en el desarrollo de las comunidades locales, que no se traduzca únicamente a transferir el ingreso fiscal generado por la mina hacia los gobiernos locales y regionales⁴¹.

Incluso puede pensarse que para efectuar lo anterior, un instrumento como los PR sirve como modelo de exigibilidad a las empresas y a los Estados en el respeto y protección de los derechos humanos⁴². Sin embargo, este debate no terminará con el uso de estos principios, todo lo contrario, hoy más que nunca, esta discusión tiene que seguir dándose en el plano internacional, pues solo así se promoverán estándares para que haya cada vez más empresas, ya sea multinacionales o pequeñas empresas, responsables con los derechos de las comunidades.

3. PARTICIPAR PARA DEFENDER EL TERRITORIO. MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AFECTADAS POR LA MINERÍA

Para autores como Levitsky y Murillo, la activación de las instituciones jurídicas la realiza el poder

39 Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables, *Derechos Humanos y Debida Diligencia en el sector Minero Energético*.

40 Ibid.

41 Ibid.

42 Por ejemplo, ver el caso de los pueblos Kaliña Lokono v. Suriname, decidido en el 2015 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual la Corte examinó un instrumento internacional como los PR para hallar responsable al Estado de Suriname.

judicial, la burocracia o por presión internacional, pero no la ciudadanía⁴³. Aquí sostendremos lo contrario, pues la experiencia en Colombia ha demostrado que, cada vez más la ciudadanía es quien se interesa porque los proyectos de minería no se desarrollen en su región y, por eso, despliegan una serie de acciones que incluyen la activación de mecanismos de participación, las cuales han sido contemplados desde la promulgación de la Constitución de 1991. En materia ambiental, este derecho a participar se materializa en un instrumento para expresar intereses singulares o plurales cuando se trata de, por ejemplo, obras, proyectos o actividades que pueden tener un impacto sobre el ambiente. Derecho que implica, además, la obligación del Estado a respetar otros derechos como a ser escuchado, al debido proceso y obtener respuesta por parte de la Administración⁴⁴ pública.

Actualmente en Colombia existen mecanismos de participación de tres tipos i) administrativo, que hace referencia al otorgamiento de licencias y permisos ambientales, en los cuales los ciudadanos entregan información para que las autoridades ambientales tengan en cuenta al momento de emitir una decisión; ii) judicial, que alude a las acciones desplegadas por los interesados para promover acciones legales, generalmente con estas acciones se busca proteger los derechos vulnerados por la acción u omisión del responsable; y iii) los mecanismos políticos, que parten de la voluntad de la ciudadanía para participar en las decisiones que les afectan siendo su decisión obligatoria para el gobierno⁴⁵.

Para la expedición de las licencias ambientales se realiza una audiencia pública para que las comunidades expresen sus opiniones y alleguen la documentación necesaria⁴⁶. A pesar de que las personas puedan ser escuchadas en esa instancia, su decisión no es vinculante para la administración pública⁴⁷ y menos para las empresas, por esa razón, no resulta ser un mecanismo idóneo de participación.

Dentro de los mecanismos judiciales, las acciones populares “se erigieron como un mecanismo fundamental para la prevención de daños a intereses colectivos y en la lucha por la moralidad administrativa”⁴⁸. Sin embargo, su efectividad se ha visto permeada por decisiones como la eliminación

43 Steven Levitsky y María Victoria Murillo, “Lessons from Latin America: Building Institutions on Weak Foundations”, *Journal of Democracy* 24, no. 2 (2013): 93-107, papers3://publication/uuid/D8F12D6D-D4D3-4B75-A500-4F3FFE2F2A38.

44 Gloria Amparo Rodríguez y Lina Muñoz, *La participación en la gestión ambiental Un reto para el nuevo milenio* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2009). Acceso el día 10 de febrero de 2021. Recuperado de: <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/la-participacion-en-la-gestion-ambiental.pdf>.

45 Katherine Casas Pérez, “LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL Y LA IMPORTANCIA DE ESCAZÚ”, *Crudo Transparente*, acceso el día 30 de diciembre de 2020, <https://crudotransparente.com/2020/07/31/los-mecanismos-de-participacion-en-materia-ambiental-y-la-importancia-de-escazu/#comments>.

46 Diana Milena Murcia Riaño, *Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios*.

47 Ibid.

48 Ibid., 29.

del incentivo económico que hasta el 2010 se otorgaba para quienes presentaban estas acciones⁴⁹. Decisión que trajo consigo la reducción de estas acciones, por ejemplo, según la Defensoría del Pueblo, en el 2010 se radicaron 1024 acciones populares en Bogotá, mientras que, entre enero del 2011 y el primer trimestre del 2012, se tramitaron 359⁵⁰.

Finalmente, sobre los mecanismos de participación política (ley 134 de 1994⁵¹), en Colombia se ha utilizado el referendo (Artículo 3-5), la iniciativa popular (Artículo 2) y las consultas populares (Artículo 9), siendo esta última la más utilizada hasta hace poco. Sobre el primer mecanismo, se destaca la experiencia del referendo por el agua radicada en el 2007. A pesar de haberse recolectado las firmas, cuando debía decidirse sobre la convocatoria del referendo ante el Congreso de la República el 18 de mayo de 2010, no se completó el quórum y el referendo fue negado⁵². Experiencia que visibiliza las dificultades como lo son el tiempo y buscar el apoyo de Congresistas, por esa razón, no se considera como un medio idóneo para ejercer la defensa de derechos ambientales.

Respecto a la iniciativa popular, en el 2010, habitantes del municipio Cerrito en Santander se organizaron para alegar la protección del Páramo El Almorzadero a través de una iniciativa popular normativa⁵³. Iniciativa que fue aprobada tras 20 años de movilización por parte de los habitantes defensores del páramo⁵⁴. Este hecho permite inferir que, para promover un mecanismo así, debe contarse con el esfuerzo mancomunado de la población por muchos años para así ejercer la defensa del territorio.

Ahora, las consultas populares tomaron un rol importante frente a asuntos ambientales. En el escenario de proyectos de extracción minera, las comunidades potencialmente afectadas, podían convocar a una consulta, en la cual votaban si estaban de acuerdo o no con el desarrollo de estos en sus territorios y su decisión era vinculante para la administración⁵⁵. Sin embargo, este es el mecanismo que más ha

49 A través de la ley 1425 de 2010, 29 de diciembre de 2010. Por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y Grupo. *Diario Oficial* No. 47.937.

50 “¿La eliminación del incentivo afectó la acción popular?”, *Ámbito Jurídico*, 14 de noviembre de 2012, acceso el día 18 de noviembre de 2020. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/la-eliminacion-del-incentivo-afecto-la-accion>.

51 Ley 134 de 1994, 31 de mayo de 1994. Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana. *Diario Oficial* No. 41.373.

52 Diana Milena Murcia Riaño, *Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios*, 34.

53 Ibid.

54 CENSAT Agua Viva, “Aprobada la Iniciativa Popular Normativa que excluye la minería en el Páramo El Almorzadero”, Organización CENSAT Agua Viva. Recuperado de: <https://censat.org/es/noticias/aprobada-la-iniciativa-popular-normativa-que-excluye-la-mineria-en-el-paramo-el-almorzadero>.

55 Diana Rodríguez-Franco, “Participatory Institutions and Environmental Protection: Popular and Prior Consultations in Latin America” (Tesis doctoral inédita, Northwestern University, 2017).

generado controversia en la jurisprudencia constitucional⁵⁶.

Hasta mayo del 2016⁵⁷, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se había centrado en decidir sobre el derecho a la participación en proyectos de minería en el caso de comunidades indígenas y afro (el derecho a la consulta previa), pero no había considerado la participación ciudadana de otro tipo de sectores poblacionales. En agosto del 2016, una ciudadana del municipio de Pijao en Quindío interpuso una tutela contra la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío que declaró inconstitucional la pregunta⁵⁸ que iban a usar para convocar una consulta popular. La ciudadana alegó que ese despacho había vulnerado sus derechos al debido proceso y a la participación ciudadana.

Frente a esto, la Corte Constitucional mediante la STC T-445/2016, consideró que era necesario establecer si los entes municipales podían por medio de una consulta popular y en uso de sus competencias constitucionales, prohibir o excluir la minería en su territorio⁵⁹. Tras hacer un análisis sobre los impactos de la actividad minera en los territorios, el Alto Tribunal concluyó que los municipios sí tenían competencia para realizar consultas populares, toda vez que la decisión sobre permitir o no minería en sus territorios no podía desligarse del núcleo esencial de la autonomía territorial.

En el 2018, la Corte en la STC SU-095/2018⁶⁰ revisó una tutela interpuesta por la empresa petrolera Mansarovar Energy Ltda. en contra de la sentencia que aprobó la consulta popular sobre actividades de hidrocarburos en Cumaral, Meta. La Corte retomó el debate sobre la legalidad de las consultas populares que se venían desarrollando en distintos municipios del país para frenar proyectos de explotación y exploración de recursos naturales en sus territorios⁶¹.

Respecto a la participación ciudadana, esta providencia señaló que las autoridades competentes

56 Diana Milena Murcia Riaño, *Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios*, 39.

57 El último fallo que hizo referencia a la consulta previa fue la STC C-273 del 25 de mayo de 2016. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

58 La pregunta fue ¿Está usted de acuerdo, sí o no, con que en el municipio de Pijao se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de fuentes hídricas, afectación a la salubridad de la población, o afectación de la vocación agropecuaria del municipio, con motivo de proyectos mineros?

59 Corte Constitucional de Colombia. STC T-445 del 19 de agosto del 2016. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

60 Corte Constitucional de Colombia. STC SU-095 del 11 de octubre de 2018. Magistrada Ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

61 Maryluz Barragán, Helena Durán, Diana Rodríguez Franco, Gabriela Eslava y Vanessa Daza, “Solicitamos la anulación de la sentencia que le pone límites a las consultas populares”, *DeJusticia*, 5 de diciembre de 2018. Acceso el día 3 de enero de 2021. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/litigation/solicitamos-la-anulacion-de-la-sentencia-que-le-pone-limites-a-las-consultas-populares/>.

para otorgar un título minero o asignar un contrato de concesión, han fortalecido espacios de participación y socialización en la etapa precontractual y contractual⁶². Sin embargo, advierte que, (i) los mecanismos se limitan a reuniones informativas, (ii) los resultados de estos encuentros son insumos para la autoridad ambiental, la cual no está obligada a tenerlos en cuenta al momento de otorgar autorizaciones ambientales y (iii) ninguno es efectivo para llegar a acuerdos vinculantes. Situación que ha motivado a las comunidades a hacer uso de la consulta popular.

A pesar de lo anterior, la Sala Plena determinó que existen restricciones en la procedencia de la consulta popular para definir asuntos relacionados con la explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables en cabeza del Estado, por esa razón estos mecanismos de participación no pueden ser utilizados para prohibir la realización de actividades de extracción minera en un determinado municipio o distrito. Así, la Corte halla un déficit de protección de la participación de las comunidades, por lo que exhorta al Congreso para que legisle sobre uno o varios mecanismos que garanticen el ejercicio de este derecho⁶³.

En esta oportunidad, el Magistrado Alberto Rojas salvó su voto frente a la decisión adoptada e indicó, entre otros aspectos, que la Sala Plena limitó innecesariamente la participación política de la comunidad, al desconocer la naturaleza jurídica de este mecanismo de participación, que no es un veto sino un espacio para que las comunidades intervengan en las decisiones que los afecta⁶⁴. Por ese motivo, consideró que esta decisión vació la autonomía de las entidades territoriales en materia de ordenación del suelo y de las consultas populares sobre minería e hidrocarburos al hacer una lectura restringida de los artículos 287, 311 y 317 de la Carta Política⁶⁵.

El 14 de julio de 2019, en el Congreso de la República se presentó el proyecto de ley estatutaria “por medio de la cual se definen mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia entre la nación y los municipios para la concertación de proyectos de exploración y explotación del subsuelo y de Recursos Naturales no Renovables”⁶⁶ el 14 de julio de 2019. En este se definen mecanismos de participación como (i) las audiencias públicas de recursos naturales no renovables, la cual podrá ser solicitada por los ciudadanos del municipio interesado o por alguna entidad estatal, (ii) derechos de petición solicitando información sobre las actividades de explotación y explotación, (iii) la posibilidad de que terceros puedan intervenir en las actuaciones administrativas

62 Corte Constitucional de Colombia. STC SU-095 del 11 de octubre de 2018.

63 Ibid.

64 Corte Constitucional de Colombia. Comunicado n° 40. 11 de octubre de 2018.

65 Ibid.

66 Proyecto de ley estatutaria en estado archivado por vencimiento de términos, tal como se dispone en el artículo 224 de la ley 5 de 1992.

que adelanten las entidades del sector minero energético, sin tener que demostrar interés jurídico alguno y (iv) la posibilidad de que los ciudadanos puedan constituir veedurías ciudadanas para ejercer vigilancia, fiscalización y evaluación sobre la gestión del titular minero o hidrocarburífero.

Además de ello, se propone crear mesas de concertación compuestas por:

El Ministerio de Minas y Energía; la Agencia Nacional de Minería o la Agencia Nacional de Hidrocarburos, según corresponda; el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Agencia Nacional de Licencias Ambientales; por parte de las entidades del orden nacional; del alcalde municipal o distrital, los secretarios municipales o distritales, y por lo menos cinco (5) miembros de los concejos municipales o distritales; por parte de las autoridades municipales; y de tres (3) representantes de la ciudadanía y tres (3) representantes de entidades sin ánimo de lucro u organizaciones no gubernamentales, por parte de la ciudadanía. También participarán la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo⁶⁷.

Pese al esfuerzo, este proyecto aún presenta deficiencias. A mi juicio, ninguno de los mecanismos propuestos son novedosos, sino que, por el contrario acentúan las dificultades para hacer de la voluntad popular un elemento vinculante para las empresas y entidades competentes. Además, la mesa tal como está propuesta desconoce que Colombia es el país más peligroso para los líderes ambientales⁶⁸, por lo que, convocar a tres o seis personas que representen la oposición a la realización de proyectos de minería, es ponerlos en un escenario muy peligroso frente a las represalias que puedan llevar a cabo las corporaciones interesadas en el desarrollo de los proyectos mineros. Por eso, considero que es un proyecto que se queda corto para garantizar la participación de la población y que se hace necesario un proyecto de ley que tenga en cuenta todas las dificultades mencionadas. En todo caso, el estado de este proyecto de ley hasta el 20 de junio del 2020, es archivado⁶⁹ por vencimiento de términos conforme se dispone en el artículo 224 de la ley 5 de 1992⁷⁰.

67 Ibid., artículo 4.

68 Redacción Medioambiente. “Colombia, primer lugar en el mundo por líderes ambientales asesinados” *El Tiempo*, 6 de agosto de 2020, acceso el día 10 de diciembre de 2020, <https://www.eltiempo.com/vida/medio-ambiente/colombia-primero-lugar-por-lideres-ambientales-asesinados-en-el-mundo-informe-global-witnees-523552>.

69 “Por medio de la cual se definen mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia entre la Nación y los municipios para la concertación de proyectos de exploración y explotación del subsuelo y de Recursos Naturales no Renovables [Participación ciudadana en explotación mineral]”, Congreso Visible.org, s.f.. Recuperado de: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/10105/#tab=2>.

70 Ley 5 de 1992, del 17 de junio de 1992. Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. *Diario Oficial* No. 40.483.

4. BANDERAS NARANJAS: ESTUDIO DE CASO DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE LA POBLACIÓN RURAL DE LA VEREDA EL RESGUARDO, TIBASOSA, BOYACÁ

Para el momento que se inició el trabajo de campo en el municipio de Tibasosa, Boyacá, en las calles se veían pancartas preguntando ¿usted está de acuerdo con la minería en la Vereda El Resguardo? y una imagen de explosivos en la montaña. Al mismo tiempo, los líderes comunitarios de la vereda estaban recolectando firmas de los tibasoseños en un documento para manifestar su oposición al desarrollo de proyectos mineros. Hechos que permitieron deducir que se trataba de un caso de conflictividad social asociado a la minería. Para investigar sobre el caso, fue necesario indagar sobre las estructuras organizativas de la vereda El Resguardo, pues a partir de allí, se podría determinar si había unión de intereses o si por el contrario, variaban. Con esto en mente, podía empezar por conocerse el sentido de participación.

Para empezar, debe decirse que la vereda El Resguardo es una de las trece veredas del municipio de Tibasosa, Boyacá. Tiene una extensión de 540 hectáreas y colinda con las veredas Estancias Contiguas, Centro y Patrocinio, además del casco urbano de Tibasosa. Su población oscila entre 488 habitantes, según cifras de Planeación Municipal⁷¹.

La forma organizativa de la vereda es por juntas de acción comunal, “las cuales se deben a la gobernación de Boyacá y son reconocidas por la gobernación. Tienen de alguna forma una asociación de vecinos que está auditado por la gobernación y tiene la posibilidad de recaudar recursos del Estado ante el Ministerio del interior y puede presentar proyectos sin necesidad incluso de coordinarlos con la alcaldía. En ese sentido le dan cierta autonomía, lo que pasa es que las juntas de alguna forma tratan de articularse a la acción comunal, porque son los vecinos los que están tratando de tener cierta gobernanza en su territorio”⁷²

Actualmente, en la vereda hay una junta de acción comunal con un solo presidente. Esta junta cumple una labor importante de cohesión social que sirve para defender los recursos naturales del territorio, especialmente el agua. Recurso que es vital para el municipio, sobre todo, porque cuando Tibasosa no tenía acueducto, se abastecía de las fuentes hídricas que hay en la vereda⁷³. Además de ser una estructura asociativa que se une en defensa del agua, han encontrado unión al promover reuniones en

71 Paola Urquijo, «Crónica vereda resguardo Tibasosa» 22 de noviembre de 2020, podcast, 18m31s. Recuperado de: <https://anchor.fm/paola-urquijo-suuooerrez/episodes/Crónica-vereda-resguardo-Tibasosa-emr2ad>.

72 Hugo Porras (ex secretario de planeación municipal), entrevistado por Ana María Rojas León, 25 de agosto del 2020.

73 Paola Urquijo, «Crónica vereda resguardo Tibasosa».

contra de la actividad de extracción de la piedra caliza.

El impacto ambiental que más le temen los habitantes de la zona son las afectaciones a las fuentes hídricas y a los puntos de recarga de agua que ha construido la comunidad para abastecerse de este recurso. Puntos que fueron identificados en el ejercicio de cartografía social con puntos de color azul.



Fotografía 2. Cartografía social. Mapa realizado por María Elena Zea y Lorena Vásquez

Del mapa se evidencia que aproximadamente ocho puntos de agua (entre nacimientos, quebradas, puntos de recarga, tanques de acueducto) se verían comprometidas en caso de que se reactiven los títulos mineros en la vereda. Por un lado, la afectación se da porque para la extracción de la piedra caliza se requieren explosivos que penetran el subsuelo y se filtran en los nacimientos que van subterráneos. Por otro lado, porque la piedra se obtiene a través de la minería a cielo abierto, la cual consiste en la remoción de grandes cantidades del material del suelo y subsuelo que son posteriormente procesados para la extracción del mineral⁷⁴. Algunas posturas han calificado esta minería como una industria insostenible, porque la explotación supone el agotamiento del recurso y de allí, su difícil recuperación⁷⁵.

También existen serias afectaciones al aire, pues las emisiones de polvo generan afectaciones

74 “¿Qué es la minería a cielo abierto?”, *No a la mina: la montaña sigue en pie gracias a su gente*, 9 de enero de 2006. Recuperado de: [https://noalamina.org/general/item/2720-que-es-la-mineria-a-cielo-abierto#:~:text=La%20miner%C3%ADa%20a%20cielo%20abierto%20es%20una%20actividad%20industrial%20que,procesado%20para%20extraer%20el%20mineral.&text=Para%20extraer%200.01%20onzas%20de,2%20mil%20libras\)%20de%20suelo](https://noalamina.org/general/item/2720-que-es-la-mineria-a-cielo-abierto#:~:text=La%20miner%C3%ADa%20a%20cielo%20abierto%20es%20una%20actividad%20industrial%20que,procesado%20para%20extraer%20el%20mineral.&text=Para%20extraer%200.01%20onzas%20de,2%20mil%20libras)%20de%20suelo.).

75 Ibid.

respiratorias en los seres humanos y en los animales. No existe un estudio que indique las afectaciones en salud de los habitantes de la vereda, pero en el caso de Nobsa, Boyacá, la plataforma Environmental Justice Atlas identificó como uno de los impactos en salud de la extracción de la piedra caliza, las enfermedades respiratorias, del sistema nervioso y afectaciones en la piel⁷⁶. Situación que no es ajena al caso de Tibasosa.

Sobre otros impactos, está también la contaminación auditiva, por el ruido generado por la maquinaria y los explosivos que generan afectaciones en los oídos de quienes viven en los sectores aledaños a las zonas de explotación. Además que, “el ruido va sacando la fauna, la va alejando, la flora se va destruyendo y todo lo que era la reserva nativa de este sector”⁷⁷.

Estas afectaciones han dado origen a que la comunidad afectada promueva acciones en defensa de sus derechos a la vida y a gozar de un medio ambiente sano, a través de las movilizaciones sociales, recolectar firmas para manifestarle a la Alcaldía municipal su oposición a la minería y la instalación de las banderas naranjas en señal de protesta.

Sobre los impactos sociales de la minería, tal como se mencionó anteriormente, uno de los problemas que trae consigo los proyectos de desarrollo como la minería es el desplazamiento forzado. En el caso de la vereda El Resguardo, esto empezó a suceder cuando las multinacionales cementeras implementaron estrategias de desplazamiento como lo es, cambiar las propiedades del suelo para hacerlo infértil:

Hay un proceso que viene desde cuando hicieron la planta de Cementos Paz del Río⁷⁸ que era con coque, utilizando y necesariamente explotando caliza. Empezaron a sembrar eucalipto en la zona alta. Estas manchas verdes oscuras [que se ven en la montaña]⁷⁹ fueron sembradas por Paz del Río hace muchos años, luego de haberle comprado a la gente para garantizar que los suelos perdieran esas condiciones productivas y la gente fuera vendiendo y cuando tú te vas a esas veredas pues ya se ve un proceso de despoblamiento bastante grande.

(...)

En la zona alta entre Tibasosa y Firavitoba está llena de eucalipto, que es una forma de acabar con el agua y acabar con la propiedad de los subsuelos que ya se empiezan a ver aquí secos. La gente empieza a irse, a vender y muchas casas están abandonadas, solo hay abuelitos viviendo allá⁸⁰.

76 “Contaminación por producción de cal en Nobsa, Colombia”, *Environmental Justice Atlas*, 2010. Recuperado de: <https://ejatlas.org/conflict/contaminacion-en-nobsa-colombia>.

77 María Elena Zea (habitante de la zona).

78 Hoy en día se llama Acerías Paz del Río, propiedad del grupo empresarial brasileiro Votorantim Group.

79 En el siguiente mapa se señala esta zona con una X blanca.

80 Hugo Porras (ex secretario de planeación municipal).

Autores como el profesor Javier Valencia, califican este cambio de propiedades del suelo como un desplazamiento ambiental, toda vez que las personas se ven obligadas a forzar por razones asociadas a la degradación ambiental, eventos hidrometeorológicos, variabilidad climática, escasez o pérdida de recursos naturales. Eventos que se derivan del desarrollo de megaproyectos mineros o de infraestructura⁸¹. En este caso particular, el impacto que tuvo la siembra de árboles de eucalipto en la zona de montaña hicieron que, las propiedades del suelo variaran y con ello, que el agua escaseara, obligando así, a las personas a salir de allí.



Mapa 1. Delimitación vereda El Resguardo⁸².

Este despoblamiento es el efecto de las estrategias de desplazamiento que emplean las empresas para la extracción de la piedra caliza que se requiere para la fabricación del cemento. Estrategias de desplazamiento que los profesores Beatriz Sánchez y René Urueña, señalan como una presión indirecta que se hace a través de la contaminación ambiental y la destrucción de recursos naturales, como el agua o el aire, para que los habitantes se vean obligados a abandonar el territorio⁸³.

81 Javier Valencia, Cambio Climático y Desplazamiento Ambiental Forzado: Estudio de caso en la Ecoregión Eje Cafetero en Colombia (Bogotá: Universidad La Gran Colombia seccional Armenia, 2014). Acceso el día 10 de febrero de 2021. Recuperado de: https://www.ugc.edu.co/sede/armenia/files/editorial/cambio_climatico_desplazamiento_ambiental.pdf.

82 Mapa tomado de Google Maps. Delimitación elaborada por Óscar René Rojas (topógrafo tibasoseño).

83 Sánchez y Urueña, "Colombian Development-Induced Displacement: Considering the Impact of International Law on Domestic Policy".

Aunado a lo anterior, en Colombia no existen políticas públicas o regulación especial que permita proveer protección completa a quienes son víctimas de desplazamiento ambiental y las que existen, entregan un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades locales para que sean ellos quienes se encarguen de gestionar los procesos de reasentamiento, los cuales se hacen por medio de actuaciones informales sin protocolos o procedimientos debidamente regulados⁸⁴.

4.1. REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

Como se mencionó anteriormente, los pobladores de la vereda El Resguardo en Tibasosa, forjaron una organización comunitaria que promueve actividades de incidencia en defensa de sus derechos. Entre esas, destaco el documento que entregaron a la Alcaldía municipal el 8 de julio del 2020, con 140 firmas de tibasoseños que se manifestaban en contra de la minería.

Nº	NOMBRES Y APELLIDOS	Nº DE IDENTIFICACION	LUGAR RESIDENCIA	TELEFONO	FIRMA
1			Resguardo		
2			Resguardo		
3			Resguardo		
4			Resguardo		
5			Resguardo		
6			Resguardo		
7			Resguardo		
8			Resguardo		
9			Resguardo		
10			Resguardo		
11			Resguardo		
12			Resguardo		
13			Resguardo		
14			Resguardo		
15			Resguardo		
16			Resguardo		
17			Resguardo		
18			Resguardo		
19			Resguardo		
20			Resguardo		
21			Resguardo		
22			Resguardo		
23			Resguardo		
24			Resguardo		
25			Resguardo		
26			Resguardo		
27			Resguardo		
28			Resguardo		

Documento 1. Listas entregadas por la comunidad a la Alcaldía municipal ⁸⁵.

Para lograr el apoyo de los habitantes del municipio, los voceros de la comunidad de El Resguardo llevaron a cabo campañas para convencer a los ciudadanos de firmar en contra de esta actividad, a través pancartas que servían para alertar sobre el peligro de la reactivación de esta actividad, porque “aquí uno ve que si no se mueve la gente, no va a pasar nada y acá en el caso de El Resguardo, hay 73 familias que no están dispuestas a permitir que haya esa explotación por eso esas banderas que uno ve ondeando allá de color anaranjado”⁸⁶, como señal de protesta en contra de la minería.

⁸⁴ Érika Castro-Buitrago y Juliana Vélez, “PROCESOS DE REASENTAMIENTO EN COLOMBIA: ¿UNA MEDIDA DE ADAPTACIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS DEL CAMBIO CLIMÁTICO?” *Revista Universitas* n° 136 (2018) ISSN: 0041-9060, doi: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.prem>

⁸⁵ Listas entregadas por la comunidad a la Alcaldía municipal. (Anexo 3 y 4).

⁸⁶ Hugo Porras (ex secretario de planeación municipal).



Fotografía 6. Banderas naranjas en la Vereda El Resguardo⁸⁷.

Estas manifestaciones pacíficas que lidera la comunidad en defensa del territorio y en contra de la explotación minera deben ser entendidas como las acciones no convencionales de ejercer la participación. Para autores como Elio Parisí y Marina Cuello, estos modos alternativos “suponen un esfuerzo mucho mayor por parte de los actores sociales. La perseverancia en la acción exige no sólo motivación y esfuerzo sostenidos, sino además tiempo, e incluso cierta forma de entrenamiento especial”⁸⁸.

Sin embargo, este ejercicio de participación halla límites en la legislación nacional, en el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto a las consultas populares. Hasta antes de la STC SU-095/2018⁸⁹, la Corte Constitucional había definido tres mecanismos mediante los cuales se podía prohibir actividades extractivas, a saber: las consultas populares, los Acuerdos municipales con relación al ordenamiento territorial y los Acuerdos municipales en defensa del patrimonio ecológico y cultural⁹⁰. Siendo solamente el primero, el mecanismo que puede ser promovido por la ciudadanía, mientras que los Acuerdos municipales los efectúan los Concejales el municipio.

87 Ana María Rojas, Banderas naranjas en la Vereda El Resguardo, fotografía.

88 Elio Parisí y Marina Cuello Pagnone, “Participación Política, Manifestaciones Culturales y Mecanismos de Resistencia”, *Revista Psicología Política* 12, No. 23 (2012): 41–58. http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1519-549X2012000100004&lng=pt&nrm=iso&tlng=es.

89 Corte Constitucional de Colombia. STC SU-095 del 11 de octubre de 2018.

90 Corte Constitucional de Colombia. STC T-445 del 19 de agosto del 2016.

En la STC SU-095/2018, la Corte Constitucional indicó que las consultas populares no son el mecanismo idóneo para decidir sobre la exploración y explotación del subsuelo y que las entidades territoriales carecen de competencia sobre los recursos del subsuelo y por tanto, no pueden vetar las actividades mineras que se haga sobre el mismo⁹¹.

La otra alternativa que quedaba eran los Acuerdos municipales que podían prohibir actividades que atenten contra el ambiente, naturaleza, patrimonio social y cultural, como la minería. En el caso de Tibasosa, desde el año 2000, el Concejo municipal expidió el Acuerdo 020⁹², en el cual indicó que la vereda El Resguardo es una zona que representa patrimonio ecológico en el que confluyen especies florísticas y faunísticas, además de contar con la infiltración de agua que sirve para la formación de acuíferos del sector. Dentro de los usos prohibidos, se estableció la minería y se indicó que su uso debe ser destinado para la recuperación y conservación forestal y recursos conexos⁹³.

Hasta el 2019, los Concejos municipales sí podían definir los usos del suelo con base a los Planes de Ordenamiento Territorial (que se tramitan por medio de Acuerdos), sin embargo, el 30 de julio de 2019, la Corte Constitucional en la STC T-342/2019⁹⁴ señaló que ni los Concejos, ni las Alcaldías municipales podían prohibir la minería, pues el subsuelo es competencia de las entidades el Gobierno nacional. Pronunciamiento que limita no solo la participación ciudadana al reiterar que las consultas populares no pueden frenar proyectos extractivos, sino que limita el poder de veto de los Concejos municipales frente al mismo asunto. Situación que termina por afectar a los habitantes quienes eligen a los Concejales para que estos representen los intereses de la población y protejan los territorios.

5. CONCLUSIONES

En este artículo partimos de ver los problemas de la minería a través de sus impactos socioambientales y las limitaciones que encuentran las comunidades para ejercer oposición a proyectos extractivos en sus territorios. Hechos que han llevado a que poblaciones, como los habitantes de la vereda de El Resguardo, se alejen de las vías de derecho y fortalezcan sus procesos asociativos por medio de Juntas de Acción Comunal que promueven las manifestaciones sociales y el uso de símbolos como banderas naranjas en señal de protesta en contra de la minería.

91 Corte Constitucional de Colombia. STC SU-095 del 11 de octubre de 2018.

92 Concejo municipal de Tibasosa Boyacá, Acuerdo Número 020 de Octubre 26 de 2000, “POR EL CUAL SE ADOPTA EL ESQUEMA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL MUNICIPIO DE TIBASOSA - BOYACÁ. Recuperado de: https://tibasosaboyaca.micolombiadigital.gov.co/sites/tibasosaboyaca/content/files/000021/1035_acuerdo_020_eotplaneacion.pdf.

93 Artículo 277 del Acuerdo Número 020 de Octubre 26 de 2000.

94 Corte Constitucional de Colombia. STC T-342 del 30 de julio del 2019. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Por esa razón, este artículo pretendió reconstruir las limitaciones que encuentran las comunidades rurales -no étnicas- para ser incluidos en la toma de decisiones sobre sus territorios en el marco de proyectos extractivos. Discusión que toma importancia en la actualidad, por los debates suscitados en torno a la ratificación del Acuerdo de Escazú en Colombia, tratado que tiene dentro de sus pilares, el fortalecimiento de la participación ciudadana y la protección a las personas defensoras del medio ambiente.

En un principio, se argumentó que, la actividad minera tiene considerables impactos socioambientales, entre los que se destacó, el desplazamiento forzado de la población por la contaminación de recursos naturales vitales como el agua o el aire y con ello, las afectaciones en la salud. Por lo que los beneficios económicos que trae la minería no sopesan los impactos que trae esta actividad sobre el medio ambiente y sobre la población.

También se exploró el debate que hay sobre la responsabilidad del Estado sobre las empresas que ejercen esta actividad, la cual trae consigo la violación a derechos humanos. Para eso se tuvieron en cuenta los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, los cuales contienen tres deberes: proteger, respetar y remediar. Para algunos autores, estos principios no están pensados para países con altos niveles de pobreza y desigualdad económica, como lo es el caso de Colombia, por lo que sería necesario ajustar las obligaciones contenidas en estos principios a las particularidades de cada país. Asimismo, se hizo referencia a los PR en el sector minero y el deber que les asiste a las empresas de identificar los impactos reales o potenciales para así, evitarlos o mitigarlos.

En el acápite sobre participación ciudadana, se demostró que a pesar de que en Colombia existen mecanismos de participación consagrados en la Constitución Política y en algunas otras leyes, persisten obstáculos para implementarlos en asuntos ambientales y aún más, para ejercer este derecho a la participación para blindarse de proyectos de extracción minera. De igual manera, se mostró que, los mecanismos que han sido usados para la defensa del medio ambiente, presentan dificultades asociadas a tiempo en el proceso de toma de decisiones, costos para la configuración de la prueba o contar con un apoderado judicial y cambios en la jurisprudencia que imposibilitan su uso para frenar la actividad minera.

Entonces ¿puede haber participación ciudadana sobre asuntos ambientales en el marco de una economía extractivista? en la actualidad, el panorama no es alentador, pues surtió un proyecto de ley⁹⁵ en el 2019, el cual sigue quedándose corto para garantizar una participación representativa de la comunidad. Representación que sería necesaria en proyectos extractivos. Sin embargo, el proyecto de

95 Proyecto de ley estatutaria de 2019 mencionado anteriormente.

ley fue archivado.

Por lo anterior, el caso de la vereda El Resguardo en Tibasosa, Boyacá, es preciso para demostrar lo mencionado. En las conversaciones que tuve con sus habitantes es evidente que se oponen a la realización de proyectos de minería en su territorio y así se lo han hecho saber a las autoridades municipales, a través de reuniones, manifestaciones pacíficas e incluso, con documentos donde se recolectaron las firmas de varios tibasoseños que se oponen a la explotación minera en el territorio.

Sin embargo, para estos habitantes no es posible activar otros mecanismos de participación contemplados para los asuntos ambientales, como lo son las audiencias públicas, acciones populares, referendos, iniciativas populares o las consultas populares. A pesar de que estas últimas, fueron las más usadas en contextos de luchas por la justicia ambiental, por cuanto permitieron la reivindicación del derecho a participar de las poblaciones afectadas por proyectos que ponen en riesgo sus tierras y modos de vida⁹⁶, fallos recientes de la Corte Constitucional citados en este texto, restringieron el poder de veto que tenía las consultas para asuntos de extracción minera, dejando sin mecanismos de participación a las comunidades afectadas.

Asimismo, la Corte Constitucional restringió la competencia de los Concejos y las Alcaldías municipales para definir zonas de exclusión minera mediante acuerdos municipales y mediante los planes de ordenamiento territorial. Este hecho también perjudicó a las autoridades municipales quienes podían usar estos acuerdos para defender sus territorios de la minería. A estos obstáculos también se les suma el hecho de ser población campesina, pues no cuentan con garantías de participación, como sí lo tienen las comunidades étnicas con la consulta previa. Por este motivo, Tibasosa debe ser considerado como un ejemplo de muchos municipios que encuentran las mismas dificultades para ejercer la defensa de sus territorios.

Ahora bien, los mecanismos de participación ciudadana en asuntos que afecten el medio ambiente y a las comunidades, debe seguir siendo uno de los intereses de las políticas públicas y del Congreso de la República. Por ello es necesario que Colombia siga velando por el respeto a sus recursos naturales y las poblaciones. También, dentro del debate debe considerarse las particularidades de cada comunidad y ello implica, tener en cuenta que grupos como los campesinos o la población rural siguen siendo de los más afectados y no gozan de medios para ser consultados sobre proyectos que se hagan en sus territorios. Así, mientras el Congreso de la República tramita una ley de participación ciudadana, las comunidades seguirán ejerciendo sus derechos a través de movilizaciones y acciones colectivas como

96 Diego Polo, "CONSULTAS POPULARES EN COLOMBIA: ENTRE LA ESTIGMATIZACIÓN Y LA DEFENSA DEL TERRITORIO. ANÁLISIS DE LOS SENTIDOS CONSTRUIDOS EN LOS MEDIOS COLOMBIANOS EN 2017", *Nexus Comunicación- Universidad del Tolima*, no. 24. (2018), doi: <https://doi.org/10.25100/nc.voi24.7694>.

lo son las marchas, los bloqueos de vías, recolección de firma en documentos y el uso de símbolos visibles como las **banderas naranjas** para defender sus territorios.

BIBLIOGRAFÍA

- Atlas Global de Justicia Ambiental. Creado por Investigadores del Instituto de Ciencia y Tecnología Ambiental (ICTA) de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Acceso el día 16 de septiembre de 2020. <https://ejatlas.org/country?translate=es>.
- Barragán, Maryluz, Helena Durán, Diana Rodríguez Franco, Gabriela Eslava y Vanessa Daza, “Solicitamos la anulación de la sentencia que le pone límites a las consultas populares”, DeJusticia, 5 de diciembre de 2018, acceso el día 3 de enero de 2021. <https://www.dejusticia.org/litigation/solicitamos-la-anulacion-de-la-sentencia-que-le-pone-limites-a-las-consultas-populares/>.
- Bobbio, Norberto. “El futuro de la democracia”, *Revista de las Cortes Generales* (1984). Doi: <https://doi.org/10.33426/rcg/1984/2/877>.
- Casas Pérez, Katherine. “LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL Y LA IMPORTANCIA DE ESCAZÚ”. Crudo Transparente. Acceso el día 30 de diciembre de 2020. <https://crudotransparente.com/2020/07/31/los-mecanismos-de-participacion-en-materia-ambiental-y-la-importancia-de-escazu/#comments>.
- Castro-Buitrago, Érika y Felipe Calderón. “Un derecho ambiental democrático para Latinoamérica y el Caribe: los retos de la negociación del Acuerdo Regional sobre el Principio 10 de Río 92”. *ACDI*, Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSNe: 2145-4493, Vol. 11, pp. 159-186, 2018.
- Castro-Buitrago, Érika y Juliana Vélez, “PROCESOS DE REASENTAMIENTO EN COLOMBIA: ¿UNA MEDIDA DE ADAPTACIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS DEL CAMBIO CLIMÁTICO?”. *Revista Vniversitas* nº 136 (2018) ISSN: 0041-9060, doi: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.prcm>.
- CENSAT Agua Viva, “Aprobada la Iniciativa Popular Normativa que excluye la minería en el Páramo El Almorzadero”, Organización CENSAT Agua Viva, <https://censat.org/es/noticias/aprobada-la-iniciativa-popular-normativa-que-excluye-la-mineria-en-el-paramo-el-almorzadero>.
- Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables. *Derechos Humanos y Debida Diligencia en el sector Minero Energético*. Bogotá: Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables, 2017. https://docs.wixstatic.com/ugd/134a42_52badea616524b5795c2c3f64f70cf12.pdf.
- Concejo municipal de Tibasosa Boyacá, “Acuerdo Número 020 de Octubre 26 de 2000”, https://tibasosaboyaca.micolombiadigital.gov.co/sites/tibasosaboyaca/content/files/000021/1035_acuerdo_020_eotplaneacion.pdf.

- “Contaminación por producción de cal en Nobsa, Colombia”, *Environmental Justice Atlas*. 2010. <https://ejatlas.org/conflict/contaminacion-en-nobsa-colombia>.
- Corte Constitucional de Colombia. Comunicado n° 40. 11 de octubre de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia. “Derecho al medio ambiente sano”. XV ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DIVERSIDAD Y RECONOCIMIENTO, 28 y 29 de enero de 2021, acceso el día 9 de febrero de 2021, <https://xvencuentro.corteconstitucional.gov.co/#/XV-Encuentro>.
- DW Documental, “Sequías e inundaciones – El éxodo climático.”, <https://www.youtube.com/watch?v=6elI7-ypAt8>.
- First National People of Color Environmental Leadership Summit, “The Principles of Environmental Justice (EJ)”, October (1991). <https://www.nrdc.org/sites/default/files/ej-principles.pdf>.
- Garay, Luis Jorge. “Globalización/glocalización, soberanía y gobernanza. A propósito del cambio climático y el extractivismo minero”. En *Minería en Colombia Fundamentos para superar el modelo extractivista*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013.
- Garay, Luis Jorge. “Minería como sistema complejo, gobernanza adaptativa y ecología política. A propósito del paradigma de la trans-disciplinariedad”. En *Minería en Colombia Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo*. Bogotá: Contraloría de la República, 2014.
- Garzón Tovar, Nathalya. “Análisis preliminar de los impactos ambientales y sociales generados por la minería de arcillas a cielo abierto en la vereda el Mochuelo Bajo, Ciudad Bolívar, Bogotá D.C., Estudio de caso”. Tesis de pregrado inédita. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013.
- Global Witness. *Defending tomorrow. The climate and threats against land and environmental defenders*. Inglaterra: 2020. Acceso el día 16 de septiembre de 2020. <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defending-tomorrow/>
- Guerrero, Luis Guillermo. “El rol de la Corte Constitucional en las dinámicas de desplazamiento asociadas a la explotación de recursos naturales”. En *Memorias encuentro Constitucional por la Tierra*. Ibagué: Corte Constitucional, 2015.
- Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. *Diagnóstico de la información ambiental y social respecto a la actividad minera y la extracción ilícita de minerales en el país*. 2019. Acceso el día 9 de febrero de 2021, <http://www.humboldt.org.co/images/documentos/2-diagnostico-actividad-minera-y-explotacin-ilicita-expertos.pdf>.
- “¿La eliminación del incentivo afectó la acción popular?”, *Ámbito Jurídico*, 14 de noviembre de 2012, acceso el día 18 de noviembre de 2020. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/la-eliminacion-del-incentivo-afecto-la-accion>.
- Levitsky, Steven y María Victoria Murillo. “Lessons from Latin America: Building Institutions on Weak Foundations”. *Journal of Democracy* 24, no. 2 (2013): 93–107, [papers3://publication/uuid/](https://www.jstor.org/stable/4146443)

- D8F12D6D-D4D3-4B75-A500-4F3FFE2F2A38.
- Mehra, Amol. “Siempre y de todas las formas: garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas”. En *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil.*, ed. César Rodríguez. Bogotá: Siglo veintiuno, 2018.
- Meyersfeld, Bonita. “Cometer el delito de ser pobre La siguiente etapa del debate sobre empresas y derechos humanos”. En *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil.*, ed. César Rodríguez. Bogotá: Siglo veintiuno, 2018.
- Muñoz-Duque, Luz Adriana, Margarita Pérez Osorno y Angie Betancur Vargas. “Despojo, conflictos socioambientales y violación de derechos humanos. Implicaciones de la gran minería en América Latina”. *Revista U.D.C.A Actualidad & Divulgación Científica* 23 N° 10e988 (2020). Doi: <http://doi.org/10.31910/rudca.v23.n1.2020.988>.
- Murcia Riaño, Diana Milena. *Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios*. Cali: CENSAT-Agua Viva, Fundación Evaristo García, 2014. Acceso el día 30 de diciembre de 2020. https://www2.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/node/field-documents/field_document_file/mecanismosdeparticipacionciudadana.pdf.
- Naciones Unidas, Asamblea General. “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales”, A/73/589/Add.2 (17 de diciembre de 2018).
- Naciones Unidas, Asamblea General. “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el desarrollo”, A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. II) (3 al 14 de junio de 1992).
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. *PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2011. Acceso el día 20 de noviembre de 2020. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. *PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2011. Acceso el día 20 de noviembre de 2020, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.
- Ortega, Miguel. “Origen y evolución del movimiento de justicia ambiental”. *Ecología Política* 23, no. 41 (2011): 17–24. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3720210>.
- Parisi, Elio y Marina Cuello Pagnone. “Participación Política, Manifestaciones Culturales y Mecanismos de Resistencia”. *Revista Psicología Política* 12, No. 23 (2012): 41–58. http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1519-549X2012000100004&lng=pt&nrm=iso&tlng=es.
- Peña Chacón, Mario. “Ecologización de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional

- costarricense”. *Revista de la Facultad de Derecho de México* Tomo LXIX, Número 274, Mayo -Agosto 2019 10.22201/fder.24488933e.2019.274-2.70045.
- Polo, Diego. “CONSULTAS POPULARES EN COLOMBIA: ENTRE LA ESTIGMATIZACIÓN Y LA DEFENSA DEL TERRITORIO. ANÁLISIS DE LOS SENTIDOS CONSTRUIDOS EN LOS MEDIOS COLOMBIANOS EN 2017”. *Nexus Comunicación- Universidad del Tolima*, no. 24. (2018) Doi: <https://doi.org/10.25100/nc.voi24.7694>.
- “Por medio de la cual se definen mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia entre la Nación y los municipios para la concertación de proyectos de exploración y explotación del subsuelo y de Recursos Naturales no Renovables [Participación ciudadana en explotación minera]”, Congreso Visible.org, s.f., <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/10105/#tab=2>.
- Proyecto de ley estatutaria de 2019. “Por medio de la cual se definen mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia entre la Nación y los municipios para la concertación de proyectos de exploración y explotación del subsuelo y de Recursos Naturales no Renovables”].
- “¿Qué es la minería a cielo abierto?”, *No a la mina: la montaña sigue en pie gracias a su gente*. 9 de enero de 2006. [https://noalamina.org/general/item/2720-que-es-la-mineria-a-cielo-abierto#:~:text=La%20miner%C3%ADa%20a%20cielo%20abierto%20es%20una%20actividad%20industrial%20que,procesado%20para%20extraer%20el%20mineral.&text=Para%20extraer%20o.01%20onzas%20de,2%20mil%20libras\)%20de%20suelo](https://noalamina.org/general/item/2720-que-es-la-mineria-a-cielo-abierto#:~:text=La%20miner%C3%ADa%20a%20cielo%20abierto%20es%20una%20actividad%20industrial%20que,procesado%20para%20extraer%20el%20mineral.&text=Para%20extraer%20o.01%20onzas%20de,2%20mil%20libras)%20de%20suelo).
- Redacción Judicial. “Comunidades denuncian desalojos forzados por Hidroituango”. *El Espectador*, 5 de febrero de 2017, acceso el día 2 de octubre de 2020, <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/comunidades-denuncian-desalojos-forzados-por-hidroituango/>.
- Redacción Medioambiente. “Colombia, primer lugar en el mundo por líderes ambientales asesinados” *El Tiempo*, 6 de agosto de 2020, acceso el día 10 de diciembre de 2020, <https://www.eltiempo.com/vida/medio-ambiente/colombia-primer-lugar-por-lideres-ambientales-asesinados-en-el-mundo-informe-global-witnees-523552>.
- Revista Semana Sostenible. “Colombia, el país donde más asesinan defensores ambientales”, *Revista Semana*, 29 de julio de 2020, acceso el día 29 de septiembre de 2020. <https://sostenibilidad.semana.com/impacto/articulo/colombia-el-pais-donde-mas-asesinan-defensores-ambientales-en-el-mundo-hoy/53492>.
- Revista Semana Sostenible. “Los 9 municipios que le dijeron No a la minería usando la consulta popular”, *Revista Semana*, 12 de octubre de 2018, acceso el día 29 de septiembre de 2020. <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/los-9-municipios-que-le-dijeron-no-a-la-mineria-usando-la-consulta-popular/41872>.

- Rodríguez-Franco, Diana. “Participatory Institutions and Environmental Protection: Popular and Prior Consultations in Latin America”. Tesis doctoral inédita. Northwestern University, 2017.
- Rodríguez, Gloria Amparo y Lina Muñoz. *La participación en la gestión ambiental Un reto para el nuevo milenio*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2009). Acceso el día 10 de febrero de 2021, <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/accesoabierto/la-participacion-en-la-gestion-ambiental.pdf>.
- Rodríguez, Manuel. “Mitos y verdades del Acuerdo de Escazú”. (Encuentro virtual, 6 de octubre de 2020), <https://youtu.be/iHbOO6a23xo>.
- Ruggie, Jhon. “¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales”. En *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, ed. César Rodríguez. Bogotá: Siglo veintiuno, 2018.
- Sánchez, Beatriz Eugenia y René Urueña. “Colombian Development-Induced Displacement: Considering the Impact of International Law on Domestic Policy”. *Groningen Journal of International Law* 5, no. 1 (2017): 73–95. Doi: <https://doi.org/10.21827/59db6975c4ffd>.
- Urquijo, Paola. «Crónica vereda resguardo Tibasosa» 22 de noviembre de 2020, podcast, 18m31s, <https://anchor.fm/paola-urquijo-suuooeirez/episodes/Crónica-vereda-resguardo-Tibasosa-emr2ad>.
- Valencia, Javier. Cambio Climático y Desplazamiento Ambiental Forzado: Estudio de caso en la Ecoregión Eje Cafetero en Colombia. Bogotá: Universidad La Gran Colombia seccional Armenia, 2014. Acceso el día 10 de febrero de 2021, https://www.ugc.edu.co/sede/armenia/files/editorial/cambio_climatico_desplazamiento_ambiental.pdf.
- Vargas, Claret. “Afianzar los principios rectores sobre empresas y derechos humanos ¿puede ayudar el sistema interamericano?”. Dejusticia, <https://www.dejusticia.org/column/entrenching-the-guiding-principles-on-business-and-human-rights-can-the-inter-american-system-help/>.

LEYES NACIONALES

Constitución Política de Colombia, 1991.

Ley 134 de 1994, 31 de mayo de 1994. Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana. *Diario Oficial* No. 41.373.

Ley 1425 de 2010, 29 de diciembre de 2010. Por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y Grupo. *Diario Oficial* No. 47.937.

Ley 5 de 1992, del 17 de junio de 1992. Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. *Diario Oficial* No. 40.483.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sentencia 2017-02389 del 5 de abril de 2018. Consejero Ponente: Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Consejo de Estado. Sentencia 19001233300020120052602 (53000) del 22 de noviembre del 2017. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional de Colombia. STC SU-095 del 11 de octubre de 2018. Magistrada Ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional de Colombia. STC T-445 del 19 de agosto del 2016. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. STC C-273 del 25 de mayo de 2016. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. STC T-342 del 30 de julio del 2019. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

APORTES DE LA COMUNIDAD Y COMUNICACIONES PERSONALES

Delimitación del mapa vereda El Resguardo realizada por Óscar René Rojas (topógrafo tibasoseño).

Ejercicio de cartografía social. Mapa realizado por María Elena Zea y Lorena Vásquez (habitantes de la vereda El Resguardo)

Grupo Focal con habitantes de la zona. entrevistado por Ana María Rojas, 1 de septiembre de 2020
Hugo Porras (ex secretario de planeación municipal), entrevistado por Ana María Rojas, 25 de agosto del 2020.

Luis Zea Guarín (habitante de la zona y fontanero del acueducto veredal), entrevistado por Ana María Rojas, 2 de noviembre de 2020.

María Elena Zea (habitante de la zona) entrevistada por Ana María Rojas, 26 de agosto de 2020

Presidente de la junta de acción comunal Vereda El Resguardo (Grupo Focal), entrevistado por Ana María Rojas, 1 de septiembre de 2020.

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL*

ANDRÉS CAMILO SEPÚLVEDA RAMÍREZ**

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 14 de noviembre de 2021.

RESUMEN

En los últimos años se ha evidenciado en varios países un considerable auge de introducción de normas que permiten la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal. En el marco de esta evolución surgen los denominados compliance programs, que son mecanismos diseñados para controlar, detectar y sancionar la criminalidad que se genera desde las organizaciones con el fin de evitar, entre otros, la responsabilidad penal de personas jurídicas. Por tanto, surgen preguntas acerca del papel que pueden jugar estos compliance programs en las organizaciones y en una eventual responsabilidad penal de la persona jurídica, de los órganos de dirección y del compliance officer por los delitos que se cometen desde la organización. Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente trabajo se identifica la normatividad existente para la elaboración y las características que debe reunir un programa de cumplimiento y, a partir de allí, se valora en forma general la incidencia en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los órganos de dirección y de quienes se desempeñan como compliance officer.

PALABRAS CLAVE

Organización, programa de cumplimiento, riesgo de cumplimiento, oficial de cumplimiento.

* Artículo de reflexión.

** Abogado Universidad EAFIT. Correo: asepulv3@gmail.com

COMPLIANCE PROGRAMS AND CRIMINAL LIABILITY*

ANDRÉS CAMILO SEPÚLVEDA RAMÍREZ **

Received: september 30, 2021. Accepted: november 14, 2021.

ABSTRACT

In recent years, in several countries there has been a considerable increase in the introduction of rules that allow the attribution of criminal liability of legal persons in criminal legislation. Within the framework of this evolution, the so-called compliance programs have emerged, which are mechanisms designed to control, detect and punish the criminality generated by organizations in order to avoid, among other things, the criminal liability of legal entities. Therefore, questions arise about the role that these compliance programs can play in organizations and in an eventual criminal liability of the legal person, the management bodies and the compliance officer for crimes committed from the organization. Considering the above, this paper identifies the existing regulations for the development and the characteristics that a compliance program must meet and, from there, the impact on the criminal liability of legal entities, management bodies and those who serve as compliance officer is assessed in general.

KEY WORDS

Organization, compliance program, compliance risk, compliance officer.

* Analytical article.

** Lawyer Universidad EAFIT. Email: asepulv3@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

En distintos países va tomando fuerza la idea de introducir la responsabilidad a las personas jurídicas, en varios ya se ha dado el paso con la introducción de responsabilidad penal, como son los casos de Estados Unidos, Chile, España, México, Perú; y en otros, como Colombia, si bien no está instaurada este tipo de responsabilidad, sí existe una responsabilidad administrativa, caso similar ocurre en Alemania e Italia⁰¹.

En el marco de esta evolución surgen los denominados *compliance program*, que son mecanismos diseñados para controlar y detectar la criminalidad que se genera desde las organizaciones⁰². Estos programas procuran –además– que las actividades propias del objeto social de la organización se correspondan con la legislación vigente, con el fin de evitar, entre otras, una posible responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, en las legislaciones que existe dicha responsabilidad, estos programas pueden eventualmente servir para atenuar o eximir de la misma a la persona jurídica. Para materializar esos propósitos se crea la figura del *compliance officer*, encargado de la aplicación del *compliance program* dentro de la organización⁰³.

Para realizar un breve recorrido sobre la forma de cómo se estructuran estos *compliance program* o programas de cumplimiento, se ha optado tomar como referencia la regulación sobre estos, planteada por la normativa de Estados Unidos y Chile, así como la norma técnica ISO 19.600. Aunque las mencionadas no son las únicas que se han ocupado de formular criterios para estructurar un sistema de cumplimiento normativo, puede decirse que se encuentran dentro las más relevantes con base en una acuciosa lectura de diferentes textos disponibles y en los que constantemente se hace mención a

01 Si el lector desea profundizar se puede ver: Aldo Calcina Hanco, *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*. (Argentina: Ediciones Olejnik, 2018).

02 Si el lector desea profundizar se puede ver: Jesús-María Silva Sánchez y Raquel Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y Compliance Prevención y reacciones corporativas*. (Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013).

03 Si el lector desea profundizar se puede ver: Luis Arroyo Zapero y Adán Nieto Martín, *El derecho penal económico en la era compliance*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013).

la regulación de Estados Unidos, pues fue allí donde han tenido un amplio desarrollo estos programas. La norma ISO por ser una norma técnica internacional que ha planteado importantes aspectos que se deben tener en cuenta en los programas de cumplimiento y la regulación chilena que establece la posibilidad de que la persona jurídica pueda certificar su modelo de programa de cumplimiento y sirve como referente en la región latinoamericana.

2. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

2.1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Del recorrido hecho por Ortiz de Urbina Gimeno⁰⁴, se puede decir que la responsabilidad penal de las personas jurídicas empieza a vislumbrar su necesidad político criminal a mediados del siglo XIX en Estados Unidos, al observar a las empresas como un importante actor social con una acumulación de poder cada vez mayor, contexto en el cual, si bien es admitida la necesidad de implementar este tipo de responsabilidad penal, se discutía, y se discute aún, la imposibilidad de admitirla toda vez que se parte de la máxima jurídica de *societas delinquere non potest*.

Siguiendo el recorrido que hace de este fenómeno el mencionado autor⁰⁵, se tiene que para finales del siglo XIX, y como consecuencia de diferentes regulaciones establecidas por vía legislativa para las empresas, se empieza a evidenciar cómo los distintos tribunales estadounidenses, en particular los de estados federados, comienzan a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Estos primeros momentos tuvieron un importante impulso en el año 1909 con el caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, caso en el que la Corte Suprema norteamericana sancionó a una empresa ferroviaria que, en contra de lo que establecía la legislación de la época, que prohibía cualquier tipo de discriminación en el establecimiento de precios y aranceles, ofrecía descuentos a determinados clientes sin ningún tipo de base legal. El argumento para condenar a la empresa se basó principalmente en una atribución de responsabilidad vicarial, en el que se hizo responsable a esta empresa básicamente por la actuación de sus empleados, lo que implicó, según se advierte, una clara transferencia de responsabilidad de estos individuos al ente colectivo.⁰⁶

04 Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way”, en: *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal*, Santiago Mir Puig et al. (España: Edisofer S.L., 2018), 41-51.

05 Ibid.

06 Para profundizar en el caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, se puede consultar: New

Posteriormente se produjeron otros avances en el sentido de establecer los supuestos en los cuales las organizaciones responderían por los actos que fuesen ejecutados por los sujetos que las integran y se fueron estableciendo criterios más o menos claros para determinar los casos en los que se podría predicar la responsabilidad de estas. No fue hasta 1991 (con la expedición de las *Corporate Sentencing Guidelines* y el memorándum del *Department of Justice*) cuando se instauró definitivamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se fijaron los lineamientos para fundar su responsabilidad y determinar sanciones para estas.

Los programas de cumplimiento, de los que se hablará más adelante, adquieren mayor relevancia debido a escándalos de corrupción que involucraron a diferentes empresas en Estados Unidos y también como consecuencia de la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en distintos ordenamientos. Estos programas de cumplimiento han tenido un importante desarrollo en países en los que, o bien existe una responsabilidad penal de las personas jurídicas –como en Estados Unidos, Chile, España, México, Perú–, o bien se discute la conveniencia de introducir la responsabilidad penal, pero existe una responsabilidad administrativa, como los casos de Alemania e Italia.

Con la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en diferentes legislaciones, han surgido importantes problemas dogmáticos que han llevado a interpretar y amoldar a las nuevas circunstancias algunos de los postulados de la teoría del delito, la cual ha entendido tradicionalmente el delito como una acción típica, antijurídica y culpable; características que solo pueden predicarse de personas naturales.

Algunos de los aspectos que han generado debate respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas los expone en forma clara y precisa Díaz y García Conlledo⁰⁷:

(i) La capacidad de acción de esta: se rechaza la aptitud de la persona jurídica para desplegar acciones en el sentido jurídico-penal, toda vez que se entiende mayoritariamente por parte de la doctrina, respecto de la acción, como una actuación humana reflejada en el exterior que evidencia una mínima voluntariedad y/o como manifestación de la personalidad del sujeto. Por estas razones se niega que la persona jurídica pueda tener una voluntad propia en sentido estricto y de personalidad.

(ii) El injusto típico de la persona jurídica: hablar de un injusto propio de la persona jurídica

York Central R. Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909). JUSTIA US Supreme Court. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>

07 Miguel Díaz y García Conlledo. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis". *Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n°5 (2016), 31-43.

similar al injusto de la persona física resulta complejo. En un primer estadio, teniendo en cuenta que los tipos penales en su mayoría se configuran detallando conductas humanas; en un segundo estadio, en lo referido al tema del dolo y la imprudencia, ya que muchos consideran que en ambos (el dolo y la imprudencia) deben estar, entre otros componentes, elementos psíquicos, los cuales se torna imposible de predicar respecto de la persona jurídica. Sin embargo, los más fervientes defensores de la teoría de la auto responsabilidad sostienen que el injusto propio de la persona jurídica reside en su mala organización⁰⁸.

(iii) Culpabilidad: si se entiende la culpabilidad como el reproche al sujeto por no haber actuado de otro modo, teniendo este la posibilidad de hacerlo, esta concepción parte de una noción de libertad en sentido amplio. La persona jurídica no obra libremente ni decide de forma autónoma como tal. Desde este mismo punto de vista, también surge el problema de hablar de la motivación que la pena puede inferir en la actuación del autor o la accesibilidad del sujeto a través de la norma. Según se desprende de lo dicho anteriormente, resulta imposible hablar de que una persona jurídica pueda llegar a ser motivada o influenciada por la norma y el castigo, independientemente de la forma como se organice.

No obstante, la doctrina especializada se ha esforzado en construir modelos para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre los que se destacan los dos que se enuncian a continuación:

(i) Modelo de responsabilidad por atribución (vicarial o de la transferencia): Este modelo es el que menos problemas dogmáticos presenta para su aplicación, toda vez que los elementos de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, son realizados por la conducta de una persona natural, que por su ubicación en la estructura de la organización o por las funciones que le son asignadas en la misma, se asume que representa y expresa la voluntad del máximo órgano social y en consecuencia de la organización, a la cual se le transfiere la conducta desplegada por la persona natural. Para salvar de las críticas que se hacen en el sentido de que se estaría básicamente respondiendo por el hecho de otro, se estructura la teoría del *alter ego* la cual “se utiliza para transferir la responsabilidad del órgano a la persona jurídica en lugar de para transferir condiciones de autoría de la persona jurídica al órgano que carece de ellas (como sucede en las cláusulas usuales de actuar por otro)”⁰⁹ o la teoría de la responsabilidad vicarial “...en la que el ente colectivo es responsable, como si de un garante se tratase, por la actuación

08 Para profundizar en el tema véase: Díaz y García Conlledo, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis, 31-43.

09 Jesús María Silva Sánchez. *Fundamentos del Derecho penal en la empresa*. (2 ed. España: Edisofer S.L. 2016.), 299.

de sus directivos y empleados”.¹⁰

(ii) Modelo de responsabilidad por un hecho propio de la persona jurídica¹¹: Los defensores de este modelo de responsabilidad han acudido a replantear el concepto de culpabilidad en lo que a las organizaciones se refiere, de forma tal que se pueda hablar de la atribución de responsabilidad a estas con un fundamento teórico distinto al de culpabilidad clásica en las personas naturales:

“[por un lado] mediante la reconfiguración general del concepto de culpabilidad (partiendo del concepto funcional de culpabilidad); por el otro, a través de la ampliación del concepto de culpabilidad de modo específico para el ámbito de la empresa (construyendo un concepto de culpabilidad por defecto de organización); en tercer lugar, mediante la elaboración de un concepto paralelo al de la culpabilidad (el estado de necesidad para los bienes jurídicos), y, en cuarto lugar, apelando sencillamente a la idea de peligrosidad y elaborando consiguientemente sistemas de medidas independientes de la culpabilidad”.¹²

Como se puede observar, la responsabilidad de la persona jurídica bien sea que se fundamente en un modelo por atribución (vicarial) o de responsabilidad por el hecho propio, supone que se produzcan actuaciones delictivas en el seno de la organización de ciertas personas que, dado su rol y funciones, pueden dar lugar a que se atribuya responsabilidad penal a la persona jurídica y al mismo tiempo, a otros sujetos como a los órganos de dirección y el oficial de cumplimiento. Es en este punto en el que cobran importancia los programas de cumplimiento, en la medida en que sirven de criterios (no los únicos), para valorar en qué medida la persona jurídica, sus órganos de dirección y el oficial de cumplimiento han implementado, ejecutado, vigilado, controlado el programa de cumplimiento dirigido a neutralizar la realización de delitos en el marco de la organización.

¹⁰ “El derecho penal de las personas jurídicas”. Ámbito Jurídico. Acceso el día 25 de agosto de 2019, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/el-derecho-penal-de-las-personas-juridicas>.

¹¹ Al respecto Silva Sánchez. *Fundamentos del Derecho penal en la empresa*, 309-310. Haciendo referencia a lo expuesto por Pérez Manzano, sostiene que si se tiene en cuenta que se acepta que a las personas jurídicas el derecho les reconoce la condición de sujetos, lo que no se puede sin embargo reconocerles por esta vía, es la atribución de autoconciencia y libertad, características que innegablemente solo les pertenecerán a las personas naturales “(...)las personas jurídicas carecen de sustrato psico-espiritual o de las condiciones existenciales que permiten hablar de una voluntad en sentido psicológico.” Por tanto, uno de los temas que más genera discusión sobre esta teoría es el referente a que sobre estas no se puede predicar el sentido clásico de culpabilidad como reprochabilidad de la conducta en el que los elementos de ese juicio de reproche son la imputabilidad, dolo, culpa, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad; elementos que son difícilmente predicables en las personas jurídicas.

¹² Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal en la empresa*, 311. No se discutirá en este texto si en verdad las sanciones impuestas a las personas jurídicas son en esencia penas.

2.2. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA, DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

Expuesta muy someramente la manera como se han ido implementando y justificando modelos de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas, se procederá a continuación a enunciar algunos de los efectos que podría tener la implementación de programas de cumplimiento, respecto de la responsabilidad penal de tres sujetos distintos: la persona jurídica –en los eventos en los que la legislación contemple tal forma de responsabilidad–, de los órganos de dirección y la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento.

2.2.1. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y SU INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Como se ya se indicó, la introducción y auge en la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en diferentes ordenamientos jurídicos y la internacionalización de estas normas y postulados, ha llevado a que diferentes organizaciones hayan optado por la configuración e implementación de programas de cumplimiento dirigidos a la prevención y evitación de conductas delictivas que se generen desde la organización, anticipándose así a que eventualmente puedan ser juzgadas y condenadas penalmente. Este fenómeno se puede observar de mejor manera en las organizaciones que cotizan en las principales bolsas de valores en el mundo.

Los programas de cumplimiento y la puesta en práctica de estos sirven como indicadores de la voluntad de la organización de instaurar una cultura de legalidad y prevención de aquellas conductas delictivas realizadas por personas que conforman la estructura de estas que podrían eventualmente originar una responsabilidad penal para la organización. Como se acaba de señalar, los programas de cumplimiento pueden servir como indicadores de que la organización no tolera esta clase de comportamientos, por lo cual dispone de toda una estructura sistematizada y operativa que busca mitigar y eliminar de su entorno prácticas que vulneren la legislación y las normas aplicables, evitando así una responsabilidad en general por conductas antijurídicas o malas prácticas corporativas pero, primordialmente, dirigidas a evitar la responsabilidad penal¹³.

Además, los programas de cumplimiento sirven para demostrar con su comportamiento el compromiso con el ordenamiento jurídico y su cultura organizacional en línea con el cumplimiento de las disposiciones vigentes, incluso aquellos compromisos extralegales relacionados con lo que en

¹³ Si el lector desea profundizar se puede ver: Santiago Mir Puig et al, *Responsabilidad de la Empresa y Compliance Programas de prevención, detección y reacción penal*. (Edisofer S.L., 2018).

un ámbito más amplio podrá denominarse un sistema de buenas prácticas de gobierno corporativo, que usualmente son adoptadas y practicadas voluntariamente por organizaciones que pertenecen a un mismo sector.

La incidencia de estos programas de cumplimiento en la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y por tanto la aplicación de atenuantes y/o eximentes, dependerá de la forma como se hayan implementado y ejecutado dichos programas. Por esa razón, al contar con un programa de cumplimiento, la organización no solamente demostrará el compromiso tendiente a contener los riesgos delictivos ligados a su actividad, sino que este será un instrumento útil para eximirse de responsabilidad o atenuar la misma, en los casos que la concreción de estos riesgos, pese a la existencia del programa de cumplimiento, no se haya podido evitar¹⁴.

Es menester resaltar que el hecho de tener un programa de cumplimiento no implica *per se* la aplicación de eximentes o atenuantes (según se consagre en la regulación). Se deberá demostrar y evidenciar, además, que el programa se ha venido desarrollando, aplicando, actualizando y cumpliendo con su función de mecanismo de control sobre los procesos que se llevan a cabo desde la organización a través del tiempo, y que la ocurrencia del hecho que reviste características de delito ha obedecido a circunstancias que se salían del control que se le podría exigir a la organización, o a maniobras estructuradas para pasar por encima los mecanismos implantados desde esta, y no simplemente a una mala aplicación del programa de cumplimiento.

En síntesis, la existencia del programa de cumplimiento y su adecuada implementación, control, vigilancia y constante actualización, se convierten en un elemento clave para establecer si se le atribuye o no responsabilidad a la persona jurídica.

2.2.2. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y SU INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN

Como expresa Martínez-Bujan Pérez¹⁵, se ha optado por dirigir el castigo del delito cometido a los sujetos que componen la cima de la organización, ya que tradicionalmente se ha castigado a las personas que ejecutan materialmente los hechos, ubicados generalmente en lo bajo de la estructura jerárquica de la organización y subalternos de personas que ocupan unas posiciones jerárquicas más altas, por tanto, en muchas ocasiones no tienen un dominio pleno del hecho.

¹⁴ Si el lector desea profundizar se puede ver: Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal en la empresa*.

¹⁵ Carlos Martínez-Buján Pérez. *Derecho Económico y de la Empresa Parte General*. 5ª edición. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.), 518.

Esta situación ha puesto en evidencia un tratamiento claramente desigual que, además, tiene repercusiones negativas en la función preventiva que a la pena criminal se le atribuye. Por tanto, se ha buscado hacer responsables y merecedores de castigo a las personas que ocupan altas posiciones jerárquicas en la organización y a la propia organización, por la no evitación de conductas delictivas y contrarias a la norma que se hallen dentro de su ámbito de competencia y que tenían el deber de evitar.

Una de las formas más desarrollada por la doctrina para atribuir responsabilidad penal a estos altos directivos o a las personas con posiciones de control y vigilancia, tiene su fundamento en la idea de que se trata de sujetos con deberes de garantía y por tanto responden en los casos en los que, pudiendo hacerlo, no evitaron el resultado lesivo. Es pues lo que se conoce como responsabilidad por omisión, más exactamente en comisión por omisión¹⁶.

Así pues, la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la organización generalmente estará ligada a la especial ubicación que ocupan dentro de la estructura organizacional y de la posición de garante atribuible. Cabe preguntar: ¿de dónde surge y se justifica la posición de garante del empresario o máximo órgano de administración? Sobre este particular se ha afirmado:

“(...) el empresario tiene el deber de evitar cursos lesivos que surgen de la actividad empresarial. La idea básica que fundamenta la posición de garantía de los órganos de dirección de la empresa reside en que, con el establecimiento de la organización, *el empresario asume el compromiso de contener aquellos riesgos* que de la misma vayan surgiendo para los bienes jurídicos de los demás. Esta es la contrapartida a la libertad ejercida mediante el establecimiento de la empresa”.¹⁷

La fuente de la posición de garante, bien puede tener lugar por una remisión legislativa que recae en general en cabeza del empresario o de una norma para ciertos ámbitos regulatorios:

“Así, en ciertos casos la propia legislación impone la posición de garante en cabeza del empresario: puede tratarse de una norma de carácter general dirigida a todos los empresarios o, por el contrario, de una norma específica para ciertos ámbitos de regulación.”¹⁸

¹⁶ Ibid., 524.

¹⁷ Ricardo Robles Planas. “El responsable de cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el derecho penal”, en: *Criminalidad de empresa y Compliance Prevención y reacciones corporativas*. Jesús-María Silva Sánchez y Raquel Fernández Montaner (Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013), 322.

¹⁸ Mateo G. Bermejo y Omar Palermo. “La intervención delictiva del compliance officer”. en: *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Lothar Kunhlen, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Juan Pablo Montiel (Madrid: Marcial Pons, 2013), 179. Sobre este particular Robles Planas, *ibid.* p. 323. Señala lo siguiente “El fundamento de esta responsabilidad habría de hallarse en que *la organización de la empresa en diversos niveles de personas no exonera al órgano directivo de la obligación de evitar*

De acuerdo con lo anterior, puede acogerse la idea respecto de la cual la libertad que el ordenamiento jurídico brinda para organizarse y establecerse en empresa u organización implica la obligación de disponer mecanismos óptimos que permitan el control de los riesgos que se generan desde allí, que van unidos típicamente a la actividad que se desarrolla y que pueden entrañar peligros para terceros. Por tanto, se deberá propender por evitar y minimizar su existencia hasta situarlos en unos mínimos tolerables.

Este control está, en un primer momento, en cabeza de los máximos órganos de dirección de la organización, de tal forma que si no se controlan los riesgos en todos los niveles de su estructura y se dejan librados al azar, estos máximos órganos directivos que están en una posición de garante estarían incumpliendo los deberes que impone esta especial posición, por tanto, es plausible predicar una responsabilidad penal por la infracción de estos deberes ligados a los riesgos típicamente unidos a la actividad empresarial u organizacional.

El problema de la imputación al órgano directivo se puede abordar desde diversos ángulos y cada uno representa sus propios escollos. Se puede considerar en un primer momento el comportamiento de los órganos directivos como una participación respecto del hecho delictivo cometido materialmente por alguno de sus subordinados. Esto presenta serios inconvenientes al considerar el supuesto en que el delito cometido por estos últimos es consecuencia del plan diseñado por los órganos directivos y se hubiese provocado o favorecido desde estos la comisión de la conducta tipificada como delito, calificación que ofrece dificultades en los casos en los que, por ejemplo, la conducta del autor material del hecho carezca de antijuridicidad, lo que se traduciría en una irresponsabilidad del órgano de dirección.

Por todo ello, algunos autores ponen de manifiesto su preocupación al resaltar que la persona o personas que han trazado todo el plan criminal y que poseen el control sobre medios e instrumentos con los que se ha cometido el delito queden impunes, aunque revista los elementos como para considerarla una verdadera autoría.¹⁹ Se plantea, entonces, la posibilidad de apreciar una autoría mediata en los casos en que el subordinado que ejecuta materialmente el hecho sea un simple instrumento, planteamiento

que en dichos niveles surjan peligros para los demás. Mas relevantes que el fundamento de esta responsabilidad son las cuestiones relativas a su concreción. Por un lado la de qué concretos peligros derivados de la actuación de los empleados son los que se integran en la posición de garantía de los órganos de dirección y, por el otro, que medidas de vigilancia y control son exigibles para afirmar su adecuado cumplimiento (...) En definitiva, el cumplimiento de este deber de garante se produce mediante la adopción de mecanismos de vigilancia sobre los cursos o procesos propios de la actividad empresarial que pueden entrañar peligros para terceros, incluyendo los provocados por los subordinados. Tal deber incumbe primariamente a la dirección de la empresa- órgano de administración- en cuanto al asumir la dirección y control de la misma se asume la evitación de los peligros que de ella surjan”.

19 Martínez-Buján Pérez. *Derecho Económico y de la Empresa Parte General*, 518.

que no ha sido bien acogido por la doctrina y en su lugar se ha propuesto una autoría *por posición de deber*, que tiene su fundamento en la posición de garantía del empresario.²⁰

Otra posible solución es la elaborada por Muñoz Conde, el cual plantea una coautoría entre ambos sujetos (órgano directivo y quien realiza materialmente el hecho):

“(…) considerando que para el hombre de atrás debería ser suficiente una realización conjunta, si existe un plan común y un dominio funcional del hecho, aunque no intervenga en la fase ejecutiva propiamente dicha del delito de que se trate (dominio de la decisión). De este modo, se pueden calificar de ejecutivos aquellos actos que, en principio, serían meramente preparatorios.”²¹

Es de resaltar que la mayoría de los autores advierten que no es posible responsabilizar penalmente a los órganos directivos cuando el ejecutor material realice alguno de los delitos considerado de propia mano.

Existe otro planteamiento para abordar el problema de imputación al órgano directivo desde la teoría de la comisión por omisión elaborada por Schünemann y explicada por Martínez-Buján Pérez así:

“(…) la plena equiparación entre la omisión impropia y el comportamiento activo debe apoyarse en la idea de “dominio”, o, dicho de modo más explícito, en el dominio que posee el órgano directivo, que se encuentra en posición de garante, “sobre la causa (o el fundamento) del resultado”. A través de la teoría del dominio se consigue —en su opinión— una significativa restricción de las situaciones de garante derivadas del pensamiento de la injerencia a supuestos en que pueda acreditarse un auténtico dominio del órgano directivo de la empresa. En concreto, el aludido dominio puede dimanar de un dominio fáctico sobre los elementos o procedimientos peligrosos de la empresa (dominio material) o puede proceder de un dominio sobre el propio comportamiento de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa (dominio personal). En el primer caso, la especial posición de garantía surge privativamente en relación con un ámbito específico de competencia, que acota la esfera de responsabilidad del directivo, y fuera del cual se extingue el “dominio material”, siendo posible en cambio que permanezca el “dominio personal”. En este segundo caso, la responsabilidad omisiva del superior debida al hecho ejecutado por el subordinado se basa no sólo en el poder legal de mando que ostenta el órgano directivo, sino también en el mayor acopio de información global que éste posee, a diferencia del conocimiento

20 Ibid., 520-521.

21 Ibid., 523.

fragmentario que tiene el subordinado”.²²

Por tanto, desde esta teoría, el fundamento de la imputación de responsabilidad penal a los directivos no se reduce solo a ostentar formalmente el cargo de directivo, se basará pues en los ámbitos específicos de competencia que tenga, surgidos de la estructura jerárquica y la división del trabajo en el cual cada individuo posee un determinado ámbito de competencia dentro de la organización en el cual adquiere específicos deberes de control, vigilancia y contención de riesgos surgidos de la actividad desarrollada por la organización y que tienen relación directa con las acciones ejecutadas por sus subordinados, que eventualmente puedan afectar bienes jurídicos.

En el mismo sentido Martínez-Buján Pérez exponiendo la idea de Lascuráin describe:

“(…) la responsabilidad por el ejercicio de las facultades individuales de autoorganización se apoya, a su vez en las contribuciones generales de autores como JAKOBS o HERZBERG y parte del principio general de libertad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, principios consustanciales al modelo democrático de organización política. Expuesto de modo sintético, este planteamiento asume la idea básica de que en el los delitos omisivos el fundamento de la responsabilidad reside (al igual que en los comisivos) en las “competencias de organización” y las “competencias institucionales”, y que dicha responsabilidad no es más que el reverso del derecho a la propia libertad de determinación, en el sentido de que el ejercicio de la propia actividad no posee más límites que los que se derivan del correlativo derecho de los restantes ciudadanos a ejercer su libertad (...)”²³

En relación con los límites de la posición de garante del directivo, es menester resaltar que para encontrar a este penalmente responsable se debe observar cómo ha cumplido sus deberes de garantía, sobre todo en el caso de la delegación de funciones en las que el directivo se desprende de parte de su ámbito de competencia para hacerlo recaer en otra persona al interior de la organización, si bien esto no lo hace desprenderse de forma absoluta de toda su carga, puesto que su deber primario todavía prevalece, sí le alivia en sus responsabilidades; aunque siempre deberá observar que la delegación se lleve a cabo de forma diligente, procurándose la obtención de información e igualmente que la delegación recaiga en personas idóneas para cumplir la tarea y se doten de los mecanismos y recursos óptimos para la labor encomendada; al margen de lo anterior también se deberá respetar el principio de responsabilidad por el hecho propio. En la parte subjetiva se deberá evidenciar que el hecho se haya cometido bien dolosa o imprudentemente por el directivo y en el título de imputación, bien pueden

²² Ibid., 526-527.

²³ Ibid., 529.

caber los dos supuestos, esto es, que se le considere como autor o partícipe.²⁴

Se propone calificar la conducta del órgano directivo como autor en comisión por omisión, en los eventos en que estos delegantes falten a su deber de intervención y/o deber de vigilancia sobre el delegado, cuando con dicha falta se propicie y ocasione el hecho delictivo ejecutado materialmente por este último. En este supuesto no se vulnera el principio de responsabilidad personal del órgano directivo porque el fundamento de la atribución de la responsabilidad a este estará dado por la infracción de su deber de garantía conectado al resultado.

Sobre la incidencia de los programas de cumplimiento, en la responsabilidad penal de los órganos de dirección, fundada en la posición de garante que estos ostentan, es menester resaltar que esta se puede ver atenuada o eximida –según se consagre en cada ordenamiento– en los casos donde se demuestre que los directivos han cumplido cabalmente los deberes residuales de vigilancia y/o control sobre las delegaciones realizadas al interior de la organización, igualmente haber realizado una adecuada selección del personal encargado de la función de cumplimiento y, en general, que los directivos han estado realizando un oportuno seguimiento al desempeño y ejecución del programa de cumplimiento y han tomado las acciones correctivas a las que haya habido lugar.

2.2.3. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y SU INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

La adopción de los programas de cumplimiento y las figuras que desde allí surgen, en especial la del oficial de cumplimiento, que es la persona encargada dentro de la organización de velar por la implementación, seguimiento y aplicación del programa; hacen surgir las preguntas acerca del papel y responsabilidades que este desarrolla en la respectiva organización. Al respecto cabe preguntarse: ¿bajo qué circunstancias y supuestos puede llegar a responder penalmente por los delitos que se cometan desde la organización? Lo anterior teniendo en cuenta que usualmente se ha considerado que el oficial de cumplimiento ocupa una especial posición de garante dentro de la organización, en la evitación de conductas delictivas.

Así pues, la figura del oficial de cumplimiento se inserta en unas nuevas dinámicas en la que las organizaciones pretenden, a través de una serie de medidas y acciones, controlar y evitar los actos delictivos que se generan desde estas. La implementación de los llamados programas de cumplimiento conlleva la delegación de funciones al oficial de cumplimiento para que se encargue de realizar diferentes funciones, tanto de diseño, implementación y control interno, orientadas a la prevención

²⁴ Ibid., 535.

de conductas delictivas en el seno de la organización.

Para poder hablar de la responsabilidad que le cabría al oficial de cumplimiento se debe analizar de dónde proviene esa posición de garante que se le atribuye, encontrándonos que esta viene dada por una delegación de funciones que le hace el máximo órgano de gobierno de la organización. Siguiendo lo expresado por G. Bermejo y Palermo “la posición jurídica del CO se deriva de la posición originaria del empresario como garante de evitar hechos ilícitos en su ámbito de organización”²⁵. Así pues, la responsabilidad del oficial de cumplimiento como garante va a depender en mayor medida de las funciones que hayan sido delegadas en este, nos preguntamos en este punto por la delegación de funciones que hace el máximo órgano de gobierno para poder determinar el marco en el cual se puede hacer penalmente responsable al *compliance officer*.²⁶

Asimismo, se sostiene que la posición de garante del *compliance officer* no es originaria sino derivada:

“Los deberes primarios que le incumben se reducen a evaluar los riesgos e implementar un programa de cumplimiento acorde a aquella valoración, a vigilar el cumplimiento del programa y a formar a los trabajadores y a informar a la dirección de la empresa del desarrollo, incidencias y eventuales riesgos detectados en su actividad.”²⁷

Según lo exponen G. Bermejo y Palermo²⁸, la posición de garante del *compliance officer* tiene su origen en cuanto el empresario o el máximo órgano social de la organización, que es el titular primario de esta y garante de evitar la comisión de hechos ilícitos dentro de la organización, puede delegar parte o toda la función en la figura del *compliance officer*. Por tanto, la posición de garante de este será derivada, en tanto el empresario o máximo órgano social delega su posición originaria en esta nueva figura.

25 Mateo G. Bermejo y Omar Palermo. “La intervención delictiva del compliance officer”, en: *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Lothar Kuhlen, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Juan Pablo Montiel (Madrid: Marcial Pons, 2013), 178.

26 Al respecto Bermejo y Palermo. “La intervención delictiva del compliance officer”, 182. Reseña que la responsabilidad de la dirección de la empresa y del *compliance officer* se puede concentrar en tres estadios del programa de cumplimiento: diseño, implementación y control interno. **Diseño:** Configurar el programa atendiendo a los estándares que imponen tanto las normas jurídicas sectoriales, normas técnicas y demás aplicables. **Implementación:** Desarrollo del programa diseñado, en el que se incluye la difusión y capacitación a todos los miembros de la organización, en los que se clarifican los roles y responsabilidades de cada individuo en la prevención y detección de conductas delictivas. **Control interno:** “consiste en la función de ejercer el control por parte del CO del cumplimiento, por parte de los miembros de la organización, de las normas diseñadas e implementadas con anterioridad, identificando las infracciones con la finalidad de evitarlas y reportarlas”.

27 Ricardo Robles Planas. “El responsable de cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el derecho penal”, en: *Criminalidad de empresa y Compliance Prevención y reacciones corporativas*. Jesús-Maria Silva Sanchez y Raquel Montaner Fernández (Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.), 321.

28 Al respecto: Bermejo y Palermo. “La intervención delictiva”, 182.

Se pasará a exponer cómo la delegación de funciones del máximo órgano social al oficial de cumplimiento puede ser fuente de deberes de garantía para este último, los presupuestos para hablar de una delegación, funciones del oficial de cumplimiento y finalmente la responsabilidad de éste y su título de imputación.

Si bien la delegación de funciones modifica la posición jurídica del delegante, esto no implica una transferencia absoluta de la responsabilidad en el delegado²⁹. Esta nueva situación conlleva un cambio parcial en la posición del delegante que, al delegar funciones de control y/o vigilancia en el oficial de cumplimiento, disminuye la carga que en principio le correspondería, quedando solo bajo su responsabilidad, en principio, los deberes de supervisión y vigilancia a las actividades encomendadas al delegado y la eventual intervención en los casos en los que este no cumpla adecuadamente con sus funciones³⁰.

Para que la delegación cumpla con el propósito de liberar al delegante de algunas cargas que le competen, es necesario que en los programas de cumplimiento y vía contractual se determinen de forma clara las competencias y funciones que se le asignan al oficial de cumplimiento, además se deberá llevar a cabo una debida selección del encargado de cumplimiento en la que se tengan en cuenta tanto los conocimientos y experiencia previa de las personas que asumen dicho cargo, una vez realizada una diligente elección se deben brindar los recursos físicos, humanos y económicos para que se pueda llevar a cabalidad y a buen término la labor encomendada.

En relación con las labores que se asignan en cabeza del oficial de cumplimiento, se definen regularmente contractualmente o vía de autorregulación (en los programas de cumplimiento) estas labores:

“(…)son en parte normativas, de promoción de políticas de empresa y de normas de conducta; en parte de coordinación y supervisión de los distintos responsables de seguridad; en parte vertebración del procedimiento sancionador interno, como receptor de denuncias de

29 Al respecto BACIGALUPO. Curso de Derecho penal económico, citado por Mateo G. Bermejo y Omar Palermo. La intervención delictiva del compliance officer, en: *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Lothar Kuhlen, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Juan Pablo Montiel (Madrid: Marcial Pons, 2013.), 187-188: “(…) la delegación no extingue totalmente la posición de garante, sino que, en verdad, la transforma. En efecto, el garante primario seguirá siendo, en todo caso, el garante mediato, cuyo deber de vigilancia consiste en la observación del cumplimiento del delegado. Este, por su parte tendrá la plena responsabilidad del garante desde la aceptación de su posición hasta el momento de devolverla al garante primario”.

30 Al respecto Andy Carrión Centeno y Gustavo Urquiza Videla. “La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial, Un breve análisis comparativo entre Alemania- Perú y EE.UU.”, en: *Responsabilidad penal de las empresas y Compliance Program*. Carlos Pérez del Valle et al. (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018.), 313: “Así, por ejemplo, el deber de conocimiento (originario) del directivo da lugar y se complementa con el deber de información (derivado) del oficial de cumplimiento mientras que el deber de supervisión (originario) del directivo da lugar y se complementa con un deber de vigilancia (derivado) del oficial de cumplimiento”.

contravenciones al código ético y como instructor de tales denuncias o como promotores de tal instrucción.”³¹

Las anteriores funciones deberán quedar plasmadas en el respectivo programa de cumplimiento.³² Dependiendo de la labor encomendada al oficial de cumplimiento, generalmente esta figura se puede configurar de dos formas. La primera, en la cual se le asigna a este oficial de cumplimiento un papel auxiliar en el que sus deberes primarios se limitan a evaluar los riesgos e implementar el programa de cumplimiento con aquella evaluación, vigilar el cumplimiento del programa y formar los trabajadores, informar a la dirección de la empresa de las novedades y riesgos eventuales o presentes detectados, para que la dirección sea la encargada de tomar las acciones correspondientes; esta, se podría decir, es la forma más usual en la que el oficial de cumplimiento desarrolla su labor.³³

La segunda, es cuando al oficial de cumplimiento se le delega la posición de garantía propiamente, para impedir delitos al interior de la organización, en cuyo caso estarán en su cabeza los deberes de vigilancia y control que compete primariamente a la organización. Por tanto, sí es posible exigirle responsabilidad penal, habida cuenta de la posición de garantía que recae en él.

Analizada la delegación de funciones que hacen los directivos de la organización en el oficial de cumplimiento, se pasa a analizar cómo respondería este en el eventual caso de comisión de un delito dentro del marco de actividad de la organización. Las labores del oficial de cumplimiento generalmente se insertan en hacer seguimiento y aplicación del programa de cumplimiento respectivo, capacitación a los empleados de la organización, nutrirse continuamente de información acerca de las actividades que se desarrollan desde la empresa, así como hacer seguimiento a los diferentes encargados de velar por la seguridad dentro de la empresa en los diferentes niveles que se divida la organización. Pues bien, esta situación la podríamos insertar en el primer supuesto antes explicado, en tanto no existe una posición de garante propiamente dicha, por lo que no se podría hablar de una atribución de responsabilidad penal, puesto que solo existe un deber genérico de control.

31 Juan Antonio Lascuraín Sánchez. *Salvar al oficial Ryan*, en: *Responsabilidad de la Empresa y Compliance Programas de prevención, detección y reacción penal*. Santiago Mir Puig et al. (Edisofer S.L., 2018.), 327.

32 Al respecto: Bermejo y Palermo. “La intervención delictiva del compliance officer”, 188: “(...) los programas de cumplimiento (en el marco de la legislación vigente) deben establecer las competencias y funciones de la dirección y del CO, de forma que se determinen cuáles son las expectativas normativas de cada uno respecto del otro, los deberes y facultades de cada uno de los roles instituidos en la empresa, así como las instancias de control interno y externo, de forma tal que la delegación de competencias y funciones se realice conforme a la legislación marco. De ello, se deriva que también en este sentido la infracción del deber quedará codefinida por las normas autorregulatorias de la empresa, al establecer un sistema formal de división de funciones que deberá ser tenido en cuenta en el momento de imputar responsabilidad penal”.

33 Si el lector desea profundizar se puede ver: Lothar Kuhlen, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Juan Pablo Montiel. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. (Madrid: Marcial Pons, 2013.).

Caso contrario es el que se expone en el segundo supuesto, en donde el oficial de cumplimiento sí recibe de forma delegada la posición de garante, habida cuenta de la asignación de funciones concretas de vigilancia y control emanadas de la dirección de la empresa. Aquí eventualmente se le puede llegar a atribuir responsabilidad penal al oficial de cumplimiento, sobre el fundamento de haber asumido en todo o parte las funciones de control y vigilancia por delegación del directivo, en especial la de obtención de información y, aunque carezca de facultades de decisión y ejecución, su responsabilidad se dará en el evento que la función delegada no se cumpla diligentemente y dificulte al órgano directivo el actuar para conjurar los problemas resultantes de forma óptima.³⁴

En síntesis, y de la mano de lo expuesto por Ricardo Robles Planas³⁵ respecto de la responsabilidad del oficial de cumplimiento, este puede llegar a responder:

a) como autor: “Puede suceder que el responsable de cumplimiento determine completamente un error invencible en el que lleva a cabo el comportamiento ejecutivo constitutivo de delito, en cuyo caso el primero será autor mediato del delito...p.ej., siempre que el responsable de cumplimiento instrumentalice al órgano de administración suministrándole información falsa...”³⁶

b) como coautor: “será posible allí donde el responsable de cumplimiento tuviera competencias directas para evitar la conducta delictiva de un miembro de la empresa.”³⁷

c) como cómplice: “lo más frecuente será que la aportación del responsable de cumplimiento se limite a la no adecuada transmisión de la información hacia el órgano que le ha delegado la función de vigilancia y control o a la no correcta evaluación de las situaciones de riesgo en la empresa.”³⁸

³⁴ Martínez-Buján Pérez. Derecho Económico y de la Empresa, 548.

³⁵ En este sentido también sobre la responsabilidad del Oficial de Cumplimiento. Ibid., “(...) baste con señalar los tres requisitos básicos: su omisión debe ir referida a un delito que todavía no se ha cometido; ha de tratarse la omisión de una conducta contraria a los deberes asumidos y cuya realización habría supuesto una obstaculización a la comisión del delito; el riesgo de comisión delictiva no impedido ha de ser uno de aquellos que el encargado de cumplimiento ha asumido impedir. Por último, en cuanto al título de imputación, el responsable de cumplimiento será normalmente participe, pero cabe imaginar supuestos en los que sea autor mediato o coautor”.

³⁶ Ricardo Robles Planas. El responsable de cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el derecho penal, en: Criminalidad de empresa y Compliance Prevención y reacciones corporativas. Jesús-María Silva Sánchez y Raquel Fernández Montaner. (Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.), 328.

³⁷ Ibid., 328.

³⁸ Ibid., 329.

3. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS GENERALES CON FUNDAMENTO EN LA REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS, CHILE Y LA NORMA ISO 19600

3.1. CAPÍTULO 8 – SENTENCIAS DE ORGANIZACIONES ESTADOS UNIDOS

En la regulación de Estados Unidos, se introdujo un capítulo en el “*GUIDELINES MANUAL*”³⁹ en el que se establece toda una regulación y guía para el sistema judicial estadounidense y se fijan las directrices para determinar las sanciones a imponer a las personas jurídicas, convirtiéndose en la “principal norma complementaria de la regulación de los diversos aspectos de los programas de cumplimiento y elaborada en la filosofía del carrot stick”⁴⁰. Este capítulo, denominado *SENTENCING OF ORGANIZATIONS*⁴¹, en sus primeras líneas delimita a quién se aplicarán las directrices, para lo cual se emplea el término organizaciones y se dice que por tal debe entenderse que se refiere a una persona que no es un individuo o persona natural, en el que se incluyen corporaciones, sociedades, asociaciones, sociedades anónimas, sindicatos, fideicomisos, fondos de pensiones y organizaciones sin ánimo de lucro, entre otras, y se señala en qué delitos son responsables estas organizaciones.

Sobre su importancia en la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, resalta Gallego Soler que:

“(...) la existencia de un programa de *compliance* (junto con la colaboración en la investigación de los hechos, y la aceptación de su responsabilidad) es una variable que permite una sensible atenuación de la sanción, o en su caso, la aplicación de criterios de oportunidad procesal.”⁴².

Esto ocurre en el caso de Estados Unidos, en el que la implementación y correcta aplicación de un *compliance program* puede tener importantes ventajas procesales, en el sentido de ver seriamente atenuada la sanción a la que puede quedar expuesta la organización e incluso la suspensión o

39 El manual presenta instrumentos al sistema de justicia federal de Estados Unidos, que permitan alcanzar fines tales como la justicia y pautas detalladas de cómo determinar adecuadamente las penas a imponer por el sistema de justicia a los delincuentes condenados por delitos federales. En el capítulo 8 es donde se habla detalladamente de las penas a imponer a las personas jurídicas.

40 Andy Carrión Zenteno y Gustavo Urquiza Videla, “La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial, Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EE.UU”, en: *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*. Aldo Cancina Hanco (Argentina: Ediciones Olejnik, 2018), 324.

41 United States Sentencing Commission. Guidelines Manual, §3E1.1 (Nov. 2018), acceso agosto 10 de 2019, <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>.

42 Jose Ignacio Gallego Soler, “Criminal Compliance y proceso penal: Reflexiones iniciales”. En: Santiago Mir Puig *et al.*, *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (España: Edisofer S.L., 2018), 202.

terminación del proceso penal.

El capítulo 8 tiene una parte B “*La reparación de los daños causados por conductas delictivas, y un programa eficaz de cumplimiento y ética*.”⁴³ Allí se encuentra el numeral 2 denominado “*Programa efectivo de cumplimiento y ética*”⁴⁴, allí se establecen los lineamientos sobre los contenidos que debe tener un programa efectivo de ética y cumplimiento que pueda incidir positivamente en el sentido de disminuir la responsabilidad en consideración con otros factores como la colaboración de la organización en la investigación. Los lineamientos dados en el manual se enmarcan en tres (3) grandes grupos:

(i) Contar con un *compliance and ethics program* efectivo. Ello supone, para la organización, ejercer una debida diligencia para prevenir y detectar conductas delictivas. Además, debe promover una cultura dentro de la organización que fomente una conducta ética y un compromiso con el cumplimiento de la ley. El *compliance and ethics program* se deberá diseñar, implementar y aplicar de una manera razonable, buscando que habitualmente sea efectivo para prevenir y detectar conductas delictivas.

(ii) La debida diligencia y la promoción de una cultura dentro de la organización que enfatice en una conducta ética y conforme al cumplimiento de la ley, requiere, según se hizo referencia en el punto anterior, como mínimo:

a- Que la organización cuente con que el órgano rector de más alto nivel, conozca el contenido y funcionamiento del *compliance and ethics program*, y ejerza una supervisión razonable sobre este.

b- Que en la organización se disponga de personas confiables encargadas de la operatividad diaria del programa de cumplimiento y ética, quienes a su vez deberán informar periódicamente al personal de alto nivel de la organización sobre la efectividad del programa, ejerciendo un adecuado control de la labor delegada mediante informes u otros medios idóneos. Para llevar a cabo la labor encomendada, se deberá dotar de los recursos y poder adecuados y acceso directo a la máxima autoridad.

c- Que la organización haya realizado esfuerzos razonables por medio de una diligencia debida, para seleccionar personas que no hubiesen estado involucradas en el pasado en actividades ilegales o conductas inconsistentes con un programa de cumplimiento

43 Traducción libre del autor.

44 Traducción libre del autor.

y ética.

d- Que la organización utilice medios adecuados para informar de manera clara y actualizada las normas, procedimientos y otros aspectos del programa de cumplimiento y ética a los miembros del máximo órgano de gobierno, personal de alto nivel, personal de autoridad, los empleados de la organización y demás integrantes de la organización; mediante programas de capacitación y otros mecanismos óptimos para transmitir información accesible y clara sobre los respectivos roles y responsabilidades de cada individuo dentro de la organización.

e- Que la organización adopte medidas razonables para garantizar que se siga el programa de cumplimiento y ética en la organización, incluido el monitoreo y la auditoría para detectar conductas delictivas, evaluando regularmente la efectividad del programa de cumplimiento y ética y un sistema interno adecuado de denuncias que garantice la confidencialidad⁴⁵.

f- Al detectar la conducta criminal, se deberán tomar medidas sensatas para responder y enfrentar de forma oportuna la infracción delictiva y evitar similares en el futuro. Esto implica realizar las modificaciones que se requieran en el programa de cumplimiento y ética de la organización. Se deberá, en un primer momento, tomar las medidas que se consideren óptimas desde la organización, y según las circunstancias, para reparar el daño resultante; medidas como otorgar una restitución a las víctimas identificables u otras soluciones según se considere de la evaluación realizada.

g- Se deberá actuar, en un segundo momento, para evitar otras conductas delictivas similares. Esto incluye la evaluación del programa de cumplimiento y ética y las modificaciones necesarias para mantener el programa vigente. Como medida a considerar está el uso de un asesor profesional externo que asegure una evaluación apropiada del programa de cumplimiento y ética, brindando insumos para la confección de cualquier modificación necesaria al programa.

(iii) Se deberá evaluar periódicamente el riesgo de conducta criminal y tomar medidas apropiadas para actualizar constantemente el programa de cumplimiento y ética. Para esto, la organización deberá evaluar regularmente el riesgo de que ocurra una conducta criminal, para

⁴⁵ Para lograr este cometido se plantea la necesidad de que dentro de la organización se promueva el programa de ética y cumplimiento, por medio de incentivos y medidas disciplinarias apropiadas según el caso.

lo cual se deberá tener en consideración:

- a- la naturaleza y gravedad de la conducta criminal;
- b- la probabilidad de que una determinada conducta pueda ocurrir debido a la naturaleza de los negocios que desempeña la organización;
- c- la historia previa de la organización, esto es un indicador de los tipos de comportamientos delictivos que han tenido lugar dentro de la misma;
- d- la organización deberá tener en cuenta al elaborar su programa de cumplimiento y ética, los estándares aplicables por cualquier regulación estatal o sectorial y el tamaño de la organización.

3.2. REGULACIÓN DE CHILE: LEY 20.393 DE 2009

La Ley chilena 20.393 de 2009 por la cual se “Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas” además de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación local, por las conductas delictivas cometidas por:

“(...)sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión (...) Serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior”.⁴⁶

Todo lo anterior, siempre y cuando los delitos cometidos se den en interés o provecho de la persona jurídica.

Se señalan también los delitos por los que podrán responder penalmente las personas jurídicas, entre los que se encuentran algunos delitos contra el medio ambiente como lo son la contaminación de aguas, aprovechamiento de recursos hidrobiológicos vedados, actividades extractivas y explotación de

⁴⁶ CHILE. MINISTERIO DE HACIENDA; SUBSECRETARÍA DE HACIENDA. Ley 20.393 (25, noviembre, 2009). Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica. En: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Santiago, 02 de diciembre de 2009. p. 1-10. [Consultado: septiembre 15 de 2019]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. (Negrita fuera de texto).

recursos bentónicos (conjunto de organismos que viven en los fondos marinos), y otros contra otros bienes jurídicos como el lavado de activos, la financiación del terrorismo, el cohecho, el cohecho a funcionario público extranjero, la receptación, el soborno entre particulares, la apropiación indebida y la administración desleal.

En la misma regulación chilena, en el artículo 4 se establece un “modelo de prevención de delitos” que es asimilable a un *compliance program*, con unos requisitos mínimos para que se pueda entender que las personas jurídicas han cumplido con los deberes de dirección y supervisión a que se hace referencia en el artículo 3 de la mencionada ley :

“Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”.⁴⁷

Estos modelos de organización servirán eventualmente como eximente de responsabilidad penal. Los requisitos que prevé el artículo son, de modo general, los siguientes:

- (i) Designación de un encargado de prevención que deberá contar con la suficiente independencia respecto de la Administración de la persona jurídica, de forma que garantice una correcta administración y supervisión del modelo de prevención.
- (ii) Definición de medios y facultades del encargado de prevención dotándolo de los medios y facultades idóneas para realizar un correcto ejercicio de sus funciones, medios y recursos que deberán ser acordes, considerando el tamaño y la capacidad económica de la persona jurídica. Del mismo modo el encargado de prevención deberá contar con acceso directo a la administración de la persona jurídica, de forma tal que pueda informar oportunamente de las decisiones y programas adoptados para lograr un efectivo cumplimiento del sistema, además de rendir informes semestralmente.
- (iii) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos; el encargado de prevención y la administración de la persona jurídica, deberán construir un sistema de prevención de delitos que se adecue a la persona jurídica, sistema que deberá observar como mínimo: reconocimiento de las actividades y procesos de la persona jurídica que originen o aumenten la posibilidad de comisión de hechos delictivos; fijar formas de actuación específicas que posibiliten a las

47 Ibid.

personas que intervienen en las actividades y procesos antes descritos, actuar de un modo tal que impida la comisión de delitos; identificar las actuaciones de gestión y auditoría de recursos financieros que permitan a la persona jurídica impedir su utilización en los delitos por los que podría llegar a responder penalmente.

Igualmente, la presencia de un sistema interno de sanciones, mecanismos de denuncia y seguimiento a las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos. Esta reglamentación deberá ser divulgada y conocida por todas las personas que se relacionan laboralmente con la persona jurídica y deberá ser incorporada en los respectivos contratos al momento de celebrarlos.

(iv) Supervisión y certificación del sistema de prevención de delitos; el encargado de prevención y la administración de la persona jurídica, implementarán métodos para la óptima aplicación del modelo de prevención, detectar y corregir sus fallas, y adecuarlo según las necesidades de la persona jurídica.

La particularidad que ofrece esta regulación comparada con la de Estados Unidos, es la posibilidad que se le ofrece a la persona jurídica para que pueda certificar su modelo de organización si se comprueba el lleno de los requisitos establecidos en la ley, esta certificación podrá ser expedida por empresas de auditoría externa y calificadoras de riesgo.

3.3. NORMA ISO 19.600. SISTEMAS DE GESTIÓN DE CUMPLIMIENTO Y SUS DIRECTRICES

Esta norma internacional se constituye en un derrotero útil al momento de llevar a cabo la estructuración de los denominados *sistemas de gestión de cumplimiento*, aplicable a una gran diversidad de organizaciones ubicadas en diferentes actividades y campos, de tal forma que les permita a dichas organizaciones demostrar un compromiso por minimizar incumplimientos legales y proteger su integridad, además de evidenciar su compromiso ante las autoridades respecto a la detección, persecución y sanción de las conductas contrarias a derecho que tengan lugar al interior de estas.

Esta guía sirve de complemento a los requisitos demandados por la legislación de Estados Unidos para los *compliance and ethics program* y el modelo de prevención de delitos de Chile, ya que aporta elementos para la comprensión de determinados aspectos consagrados en ambas regulaciones, además de aportar herramientas para la elaboración y puesta en marcha de los mecanismos a adoptar por la organización.

Se pasará entonces a exponer los aspectos que considera la norma técnica ISO 19.600 se deben tener presentes al elaborar un sistema de gestión de cumplimiento⁴⁸:

(i) Contexto de la organización: La organización en un primer momento debe ejecutar un proceso de ubicación que permita identificar las cuestiones externas e internas con las que se relaciona y la afectan, incluyendo las referidas a la probabilidad de no cumplir con los requisitos legales y otros requisitos extralegales, evaluación que se deberá incluir en el programa de gestión de cumplimiento. Se deben tener presentes aspectos tales como el “(...) contexto regulatorio, social y cultural, la situación económica y las políticas internas, los procedimientos, los procesos y los recursos.”⁴⁹ También se deberá identificar las personas u otras organizaciones con las que se relaciona la organización y que se pueden llegar a ver afectadas por decisiones o actividades que desarrolle esta última.

La organización debe establecer la magnitud de su sistema de gestión de cumplimiento, delimitar el alcance mediante lindes territoriales y organizativos en los cuales se aplicará el sistema; información toda esta que deberá estar debidamente documentada y actualizada.

El sistema de gestión de cumplimiento deberá ser actualizado continuamente teniendo en consideración las circunstancias cambiantes de la organización, propendiendo por la idoneidad continua del sistema. Renovando los procesos que una vez realizada una óptima evaluación se considere necesario modificar, atendiendo a los principios de buen gobierno, debiendo garantizar un acceso directo del encargado de la función de cumplimiento al órgano de gobierno; su independencia, que deberá estar acompañada de una idónea asignación y selección, se debe contar con autoridad dentro de la organización y dotarla de los recursos apropiados para ejercer su función.

Identificación de los requisitos legales y otros requisitos aplicables a la organización y de su impacto con la actividad desarrollada por esta, realizando una periódica actualización. Los requisitos están enmarcados en dos tipos: requisitos que la organización debe cumplir de conformidad con la ley y los requisitos que la organización opta voluntariamente por cumplir, bien pueden ser estos por acuerdos con otras organizaciones, compromisos ambientales voluntarios o cualquier otra fuente relacionada con la responsabilidad social de la organización.

Igualmente, la organización deberá realizar una evaluación de sus riesgos de cumplimiento “(...)

48 La siguiente construcción se hace teniendo en cuenta lo planteado el Instituto colombiano de normas técnicas y certificación (ICONTEC). *Sistema de gestión de cumplimiento, directrices, GTC-ISO 19600*. Bogotá D.C: (Icontec, 2018).

49 Instituto colombiano de normas técnicas y certificación (ICONTEC). *Sistema de gestión de cumplimiento, directrices, GTC-ISO 19600*. Bogotá D.C: (Icontec, 2018),4.

relacionando sus requisitos legales y otros requisitos con sus actividades, productos, servicios y aspectos pertinentes de sus operaciones, con objeto de identificar situaciones en las que pueden ocurrir incumplimientos (...)”⁵⁰. También se deberán analizar las posibles consecuencias de incumplimientos de los requisitos legales y otros requisitos, de tal manera que la organización pueda llevar a cabo un óptimo análisis del riesgo que está dispuesta a soportar y de la probabilidad de que ocurran determinados eventos.

(ii) Liderazgo de la alta dirección: La alta dirección de la organización deberá comprometerse con el sistema de cumplimiento, velando por su desempeño, vigencia, actualización y difusión en todas las esferas. Se deberá, entre otras cosas, asignar recursos óptimos para la implementación y aplicación del sistema, asimismo la alta dirección deberá mantenerse enterada por medio de los informes que debe rendir el responsable del sistema y, con base en ello, evaluar la necesidad de tomar las medidas pertinentes ante los incumplimientos.

La política de cumplimiento que se implemente en la organización y que parte desde el máximo órgano de gobierno deberá surtir previamente un proceso de consulta con todos los empleados de la organización, de forma tal que el programa sea un instrumento concertado y creado por todos los niveles. La política de cumplimiento se deberá adecuar al propósito de la organización y por tanto “(...) establecerse en línea con los valores, objetivos y estrategias de la organización, y debería ser respaldada por el órgano de gobierno.”⁵¹

La política deberá constar por escrito, en un lenguaje claro y accesible para todos los trabajadores de la organización, y las personas que se vean relacionadas con esta. Asimismo, desde la alta dirección se debe asegurar que todas las responsabilidades y facultades se asignen a los roles correspondientes, de tal manera que las personas encargadas tengan pleno conocimiento de las cargas que adquieren y las aptitudes para asumirlas.

El órgano de gobierno y la alta dirección deberán mantener un compromiso continuo con el sistema, asegurando una adecuada gestión y tratamiento de los incumplimientos y hechos contrarios al sistema. También deberán designar una función de cumplimiento con la debida autoridad para la implementación y aplicación del sistema, bien sea mediante una asignación de la función a una posición ya existente o la creación de una nueva, que deberá contar con un apoyo constante del órgano de gobierno y la alta dirección, así como un acceso directo, sin intermediarios a esta. Se deberá tener acceso a toda la información disponible en la organización necesaria para llevar a cabo una diligente

⁵⁰ Ibid., 7.

⁵¹ Ibid., 7.

tarea de cumplimiento, además disponer de asesoría de expertos sobre la legislación e información pertinente.

Dependiendo del tamaño y complejidad de la organización, se deberá evaluar la posibilidad de delegar en alguna persona la gestión diaria del sistema de cumplimiento, aunque esta puede ser una función adicional a otros roles que se encuentran en la organización. Las responsabilidades de cumplimiento varían considerablemente dependiendo del tamaño, actividades y naturaleza de la organización⁵².

Se deberá hacer una considerable asignación de recursos que posibiliten un desarrollo óptimo del sistema de gestión de cumplimiento y la alta dirección deberá cerciorarse de tener sistemas de reporte eficaces y oportunos, así mismo se deberá asignar el rol de informar con cierta periodicidad al órgano de gobierno y alta dirección sobre el desarrollo del sistema de gestión de cumplimiento a algún empleado dentro de la organización.

La delegación que eventualmente pueda hacer la dirección de la organización de la gestión y operación diaria del sistema de gestión de cumplimiento, no la exonera de su responsabilidad como principal llamado a responder por el eficaz cumplimiento del sistema, por lo que deberá velar por su efectiva y eficiente aplicación.

(iii) Planificación del sistema de gestión: Se deberían tomar acciones para abordar los riesgos de cumplimiento, teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto, referente a localizar a la organización en el contexto en que desarrolla su actividad, de tal forma que se puedan establecer unos principios de buen gobierno adaptados al campo donde actúa, realizando una diligente identificación de los riesgos de cumplimiento; todo con el propósito de “(...) prevenir, detectar y reducir efectos indeseados”⁵³.

(iv) Apoyo: Desde la dirección de la organización, se deberán asignar todos los recursos necesarios para la aplicación, puesta en funcionamiento y actualización del sistema de gestión de cumplimiento y asegurarse de que las personas involucradas con el desempeño del sistema de gestión de cumplimiento posean las habilidades y conocimientos para poder ejecutar de la mejor manera las funciones encargadas.

La cultura de cumplimiento en la organización requiere de un compromiso visible y continuo del órgano de gobierno y la alta dirección, a través del cumplimiento acucioso de lo consagrado en el sistema y de los valores organizacionales que desde allí se depositan y desprenden. Realizar un

⁵² Ibid., 11.

⁵³ Ibid., 15.

acompañamiento en los procesos de formación, verificando que se haga en un lenguaje comprensible para los empleados actuales y potenciales de la organización propiciando la integración de estos con los contenidos consagrados en el sistema a través de las sugerencias y/o recomendaciones que se puedan hacer por ellos.

Efectuar evaluaciones con cierta periodicidad al sistema resaltando los logros de la gestión de cumplimiento y los resultados obtenidos; igualmente, se debe evidenciar la respuesta oportuna y estructurada en los procesos de sanción interna llevados a cabo en la organización ante los incumplimientos a los valores organizacionales y a los contenidos del sistema de gestión de cumplimiento.

Es importante que el sistema de gestión de cumplimiento cuente con una reglamentación sobre la forma como se llevará a cabo el proceso de documentación y almacenamiento de la información recabada y que la organización considere es necesaria para la eficacia y validez del sistema de gestión de cumplimiento, que permita su actualización y comprensión. Así mismo debe ser de fácil acceso a las personas que pueden dar una correcta gestión a esta.

(v) Operación: La organización deberá establecer y controlar los procesos indispensables para cumplir con los requisitos legales y otros requisitos consagrados en el sistema general para afrontar los riesgos de cumplimiento, estableciendo los objetivos de estos procesos, el control, la reglamentación de estos y hacer frente a los riesgos asociados a los mencionados requisitos. Los controles pueden ir enmarcados en rendición de informes periódicos, evaluación de desempeño de los trabajadores, definición de roles y responsabilidades dentro de la organización, comunicación efectiva y frecuente con los empleados, recordando el comportamiento ejemplar que se espera de ellos, compromiso y demostración con el ejemplo de cumplimiento por parte de la dirección de la organización.

(vi) Evaluación del desempeño: La organización deberá realizar seguimientos periódicos a su sistema de gestión de cumplimiento, establecer procedimientos para realizarlos e identificar la información relevante sobre la que deberían establecer los casos particulares que deberían suscitar la elaboración de informes y evaluaciones adicionales a las que se tienen proyectadas ordinariamente. Toda la información recolectada debe estar documentada, catalogada y conservada.

Se deberían establecer canales por los cuales se pudiese obtener opinión y una valoración referente al desempeño de sistema de gestión de cumplimiento por parte de los empleados, clientes, proveedores y en general todos los que se relacionen directa o indirectamente con la organización.

(vii) Mejora: Cuando se evidencien incumplimientos a los requisitos establecidos en el sistema de gestión de cumplimiento, se deberán tomar acciones tendientes a controlar y/o corregirlas; justipreciar la necesidad de tomar acciones para eliminar las causas que dieron origen al incumplimiento para prevenir que estas se produzcan nuevamente en el futuro y, si es el caso, realizar las modificaciones que se requieran al sistema de gestión de cumplimiento, corrigiendo los fallos que dieron origen al incumplimiento. Se debería conservar la información documentada de las acciones realizadas y los hallazgos.

3.4. SÍNTESIS

Recapitulando lo consagrado en la normativa ISO y de las dos normativas antes expuestas, se pueden identificar muy generalmente los aspectos que se deberían tener en cuenta para una apropiada elaboración del programa de cumplimiento a implementar en la organización. Tenemos entonces que se deberá realizar la matriz de los riesgos a los que está expuesta la organización relacionados con la labor desplegada y el análisis de probabilidad de que estos riesgos se concreten. Igualmente, la comunicación constante entre el encargado de cumplimiento, la alta dirección y la administración de la organización, será un elemento muy importante en la eficacia del programa. Se deberá garantizar la independencia del encargado de la función de cumplimiento y los medios adecuados para llevar a cabo la función de cumplimiento y la implementación constante de procesos de formación y actualización de los contenidos del sistema de gestión de cumplimiento a todos los empleados. Se debería buscar garantizar la participación de todos los actores enmarcados en el programa de cumplimiento, para que estos realicen sugerencias sobre aspectos a mejorar y valoraciones sobre los procesos internos establecidos, para aportar en el proceso de actualización continua que debe regir estos programas.

La alta dirección y la administración de la organización por el hecho de delegar algunas funciones que están en su cabeza, no quedan desligados de cualquier responsabilidad, ni los libera de todas las cargas. Por tanto, se deberán desplegar acciones de vigilancia para asegurar que se estén cumpliendo las labores delegadas y que el sistema de gestión de cumplimiento esté acorde y actualizado con las eventualidades que se presenten. Ello se podrá lograr, entre otros mecanismos, mediante la realización de auditorías externas para valorar con cierta periodicidad la idoneidad del sistema de gestión de cumplimiento. El programa de cumplimiento debería contar por escrito, así como con una correcta y minuciosa gestión documental de todos los procesos que se instauren alrededor del programa, ya que estos podrán servir como insumo y soporte para la retroalimentación y modificación del programa. Igualmente, servirá como mecanismos para obtener información y anticiparse a ciertas situaciones que se pueden llegar a presentar al interior de la organización.

Es de reiterar la importancia de mantener actualizado el programa de cumplimiento, para que en verdad pueda servir como mecanismo de contención de conductas antijurídicas que se puedan desplegar desde la organización, manteniendo actualizados los sistemas de prevención y control. Por tanto, es de vital importancia la estructuración de un sistema interno de denuncias robusto y funcional que permita contener y sancionar desde la propia organización hechos que puedan tipificar conductas delictivas y vayan en contravía de lo instaurado en el programa implantado dentro de la organización.

Por último, y no menos importante, se debe realizar una rigurosa selección del encargado de cumplimiento, tanto si es para la etapa de diseño, implementación o el control interno, valorando las capacidades de la persona que se va a encargar y que cumpla con el perfil requerido, que generalmente va a incluir conocimientos y estudios de educación superior, de la normatividad aplicable, conocimiento del sector en el que se mueve de la organización, así como habilidades comunicativas y un alto sentido de compromiso y responsabilidad con los valores de la respectiva organización.

4. CONCLUSIONES

La configuración e implementación de los programas de cumplimiento en las organizaciones ha servido para hacer frente a la regulación que en diferentes legislaciones se hace al implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, actuando como primera barrera frente a la contención de las conductas delictivas que se generan desde estas.

En la elaboración de estos programas de cumplimiento, los contenidos y aspectos para tener en cuenta no son uniformes y, generalmente, prima la ausencia de unos parámetros claros para las organizaciones. Por esto, cobra importancia el rastreo de las legislaciones que se han preocupado por establecer algunos conceptos mínimos respecto a estos programas y que sirven de base a las organizaciones al momento de elaborar sus respectivos programas de cumplimiento.

El fenómeno autorregulatorio que se desarrolla desde la organización por medio de los programas de cumplimiento desarrolla un papel preponderante en la determinación de los márgenes que permiten hablar de una responsabilidad penal en cabeza de alguno de los directivos de la organización, el oficial de cumplimiento o cualquier otro empleado por la infracción de deberes, ya que aporta unos estándares y reglas que, ante su incumplimiento, son indiciarios de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

El oficial de cumplimiento eventualmente podrá llegar a responder penalmente por los hechos delictivos que cometan los empleados de la organización, si ha incumplido flagrantemente las

funciones de control y/o vigilancia que le han sido asignadas por delegación y constan en el programa de cumplimiento o contractualmente, y además que con su omisión de funciones haya facilitado o propiciado el comportamiento ilícito. Si se encuentra que este ha incumplido sus funciones, generalmente responderá a título de participación, aunque también se podrán encontrar casos de autoría o coautoría.

BIBLIOGRAFÍA

- Chile. Ministerio de hacienda; Subsecretaría de Hacienda. Ley 20.393 (25, noviembre, 2009). Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica. Internet: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1778 (2, febrero, 2016). Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción [en línea]. Bogotá, D. C. : Diario oficial. 2016. nro. 49774. p. 1-8. Internet: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67542>
- Colombia. Congreso de la República. Proyecto de ley 117 de 2018. Por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Gaceta del Congreso N° 631, Año XXVII, 31 de agosto de 2018. Internet: http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2018/GC_0631_2018.pdf
- Colombia. Gaceta del congreso. Informe de ponencia negativa al proyecto de ley 117 de 2018 Senado. Por el cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Publico y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C., 2018. no. 1024. Internet: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta_1024.pdf
- Colombia. Superintendencia de sociedades. Circular Externa 100-000003 (26, julio, 2016). Guía destinada a poner en marcha programas de ética empresarial para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2° de la ley 1778 de 2016 [en línea]. <https://actualicese.com/circular-externa-100-000003-de-26-07-2016/>
- Díaz y García Conlledo, Miguel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis. *Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n°5 (2016)
- El derecho penal de las personas jurídicas. *Ámbito Jurídico*. Acceso el día 25 de agosto de 2019, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/el-derecho-penal-de-las-personas->

jurídicas

- Instituto colombiano de normas técnicas y certificación (ICONTEC). Sistema de gestión de cumplimiento, directrices, GTC-ISO 19600. Bogotá D.C: ICONTEC, 2018.
- Kuhlen, Lothar; Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa: Parte General. 5 edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. 724 p.
- Mir Puig, Santiago, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín, Juan Carlos Hortal Ibarra, Juan Carlos Hortal Ibarra. Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. España: Edisofer S.L., 2018.
- Silva Sánchez, Jesús- María. Fundamentos del Derecho penal de la empresa. 2 ed. Madrid: Edisofer S.L., 2016.
- Silva Sánchez, Jesús-María, Raquel Montaner Fernández. Criminalidad de empresa y Compliance Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.
- United States Sentencing Commission. Guidelines Manual, §3E1.1 (Nov. 2018) [en línea]. <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>

DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA*

JUAN FRANCISCO MENDOZA**

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 29 de octubre de 2021.

RESUMEN

El artículo indaga la connotación de la voz “criminalidad organizada” en el derecho penal, destacando su indefinición cuando se le equipara a los delitos graves que se realizan en las prácticas sociales por las distintas organizaciones nacionales, o cuando se le identifica con el concepto de organización criminal, que desde el derecho penal internacional encuentra el referente de la delincuencia organizada transnacional reglada en la Convención de Palermo. Se elige la utilización del concepto de organización delictiva, al permitir el estudio de su identidad como sujeto de derecho penal de carácter injusto y la construcción de criterios de imputación de sus integrantes.

PALABRAS CLAVE

Criminalidad organizada, delincuencia organizada transnacional, organización criminal.

* Artículo de reflexión

** Profesor de Derecho Penal en la Universidad Santo Tomás. Investigador del Grupo “Derecho Penal y Realidad” de la Universidad Santo Tomás. Correo: juanframendoza@gmail.com

FROM THE ORGANIZED CRIME TO THE CRIMINAL ORGANIZATION*

JUAN FRANCISCO MENDOZA**

Received: September 30, 2021. Accepted: October 29, 2021.

ABSTRACT

The article questions the connotation of the expression “organized crime” in criminal law, highlighting its lack of definition, when it is equated to the grave crimes committed in social practices by the different national organizations, or when it is identified with the concept of criminal organization, which from the international criminal law finds the concern of transitional organized crime ruled in the Palermo convention. The use of the concept of criminal organization is chosen, as it allows the study of its identity as a subject of criminal law of unfair character and of the construction of imputation criteria for its members.

KEY WORDS

Criminal organization, transnational organized crime, organized crime.

* Analytical article

** Professor of Criminal Law at Universidad Santo Tomás. Researcher of the Group “Criminal Law and Reality” of the Universidad Santo Tomás. Email: juanframendoza@gmail.com

I. LA METÁFORA DEL ENEMIGO

Pensar el crimen organizado como un fenómeno contemporáneo que preocupa a los países tanto por la amenaza de la seguridad y el disfrute de derechos como por la expansión extraterritorial, parece un lugar común. Pocas preguntas surgen por el contenido criminal de la agenda de grupo; y si se obtienen respuestas, estas apuntan al concepto mafioso en el que caben delitos de mercado y, el predilecto: el narcotráfico.

Las voces análogas crimen organizado y criminalidad organizada ofrecen la necesidad de precisar sus contenidos, los confeccionistas de estos y el alcance globalizado que se pretende con la instalación del crimen de organización como enemigo común.

Estas líneas describen el problema de indefinición de un enemigo, que, como otros fantasmas, se viste y reviste en las políticas criminales dominantes que arriban al puerto de la criminalidad organizada transnacional. Con esto en vista, se pondrá en evidencia el carácter polisémico que encierra el crimen organizado. Seguidamente observaremos el proceso formativo de la Convención de Palermo como arreglo normativo de la revestida criminalidad globalizada. Y finalmente, propondremos la bondad de comprender el delito de organización desde la estructura de la llamada “organización”, por ser un terreno firme de estudio, al contrario del difuso contenido de la criminalidad que se vacía y llena libremente por el intérprete.

El recurso retórico de la metáfora es útil para describir realidades que están guiadas por intereses individuales. La criminalidad organizada es un ejemplo de ello.

El cartel de Medellín, como mito mafioso en Colombia, representó la metáfora de la empresa delictiva en la década de los años 80: una organización delictiva que explotaba el negocio de la cocaína, y en su lucha por el poder económico y político, se enfrentó violentamente al Estado, a través de un aparato armado y de intimidación. Pero ¿El cartel de Medellín describía la realidad delictiva de aquella época?

No, la criminalidad colombiana no se reducía a una organización de tráfico, ni al paradigma mafioso de Pablo Escobar⁰¹. No era esta la única criminalidad que se organizaba. Ya operaban –y habían operado– otros carteles de droga, otras organizaciones armadas, y otras actividades delictivas sistemáticamente realizadas.

La historia de Colombia ya había conocido la bonanza marimbera, que encontraba como actores a organizaciones exportadoras de marihuana hacia los Estados Unidos. Los pájaros, los chulavitas, las guerrillas liberales y los bandoleros, fueron fruto de otro conflicto, que registró otros emprendimientos delictivos, bajo la estructura de la organización.

El cartel de Medellín es una de tantas metáforas del discurso de política criminal de las agencias de policía y del poder político para institucionalizar un fantástico enemigo de la guerra política: la criminalidad organizada. Ese enemigo absoluto del Estado y de las instituciones se infunde en el imaginario de los ciudadanos como el foco de miedo y peligrosidad, que debe prevenirse y combatirse. Es un enemigo público generador de ansiedad colectiva⁰² por el saber quién es la causa de la alarma, qué explica su poder, quién es el jefe, cuál es la estructura de la organización, cómo opera, cuándo ejecutará el delito, quién conserva el secreto de todo esto, y quién será el salvador que logre combatir y vencer al enemigo. La atención pública por estas respuestas ha generado una suerte de fascinación y admiración⁰³ por los protagonistas del crimen organizado y de la lucha contra este.

El atractivo por la identificación del enemigo y las respuestas para combatirlo acaban fundando la llamada lucha contra la criminalidad organizada. El “modelo de lucha”, como le denomina Juan Oberto Sotomayor⁰⁴, es una especie de cruzada donde diferentes actores suman “esfuerzos” para vencer un enemigo común que desafía la seguridad de la sociedad.

01 Sobre la historia del mito de Pablo Escobar y su desarrollo en la ciudad de Medellín, Gerard Martin, Medellín. Tragedia y resurrección. Mafias, ciudad y Estado. 1975-2013 (Medellín: La Carreta Editores, 2014) 66-239.

02 Eugenio Raúl Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie N° 1 (1995): 258.

03 Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 260.

04 Juan Oberto Sotomayor, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, REJ-Revista de estudios de la Justicia, N° 12, (2010), 236-237. Erradamente Nancy Carolina Granadillo, Delincuencia organizada. En el ordenamiento jurídico venezolano (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2016) 16, comprende la “lucha contra la delincuencia organizada” como un “objetivo común”, en el que diversamente se integran los Estados, en orden a armonizar las legislaciones y desarrollar esquemas de cooperación; lo que a la postre ignora que lo único en lo que existe convergencia es la idea de una guerra común contra un enemigo común: crimen organizado, del que se desconoce su concepto. El modelo de “lucha” ya había sido reclamado por el Gobierno de Colombia en Ministerio de Justicia y del Derecho, Crimen Organizado y Justicia. Informe al Congreso de la República sobre la génesis y desarrollo de la justicia regional en Colombia (Bogotá: sin editorial, 1995), 15, 25-26; igualmente Silvio Ciappi, Delincuencia organizada (Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y Consejo Superior de la Judicatura, 2010), 133-172.

El armamento de lucha contra la criminalidad organizada termina por edificar un derecho penal diferenciado⁰⁵, esto es, una segunda vía de control social donde se disuelven principios y garantías, y se flexibilizan diversos criterios de imputación⁰⁶, en orden a conseguir la eficiencia en la prevención y represión del enemigo. Entre este armamento se cuenta, por un lado, en el derecho sustancial, con la inflación delictiva, mediante la creación y modificación de tipos asociativos básicos⁰⁷ o agravados⁰⁸, la incriminación de actos preparatorios⁰⁹, la indistinción entre autoría y participación¹⁰ y con la inflación

05 Wolfgang Naucke, *Derecho penal. Una introducción*, (Buenos Aires: Astrea, 2006), advierte que la “criminalidad organizada puede generar un clima jurídico-penal distinto a la ubicación de la criminalidad normal en el StGB”, por manera que este “derecho penal accesorio”, en pro de la prevención y la seguridad interior “renuncia a los postulados estrictos del Estado de derecho, que sólo se consideran absolutamente adecuados para la criminalidad normal”, 140; Sotomayor, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, 236; Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, precisando que la persecución del crimen organizado ingresa al derecho penal introduciendo elementos de un derecho penal autoritario”, 260; Llamándole un “cambio de paradigma” en la función judicial de imputación de los delitos asociativos, en armonía con los principios y garantías penales, Guillermo Jacobucci, “Los tipos penales relacionados con el crimen organizado”, en *El crimen organizado*, Coord. Guillermo Jacobucci (Buenos Aires: Universidad Austral–Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005), 83.

06 Paradigmático, Jesús-María Silva, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (Madrid: Civitas, 1999) 64.

07 Un ejemplo colombiano es la “creación” de los delitos de “Entrenamiento para actividades ilícitas” y “Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”, previstos en los artículos 341 y 345 del Código Penal, que en realidad son la resurrección y remozamiento de los delitos de “Instrucción y entrenamiento” y “Administración de recursos”, que reposaban en el Decreto 180 de 1988; todo un estatuto antiterrorista, que eufemísticamente fue llamado estatuto para defensa de la democracia

08 La circunstancia de agravación del artículo 324 del Código Penal, que crea un tipo agravado de pertenencia a organización dedicada al lavado de activos, que ofrece las mismas críticas de la pertenencia a organización criminal, Juan Francisco Mendoza, “La pertenencia a organización dedicada al lavado de activos”, *Revista Quaestionis. Publicación Científica de Divulgación Jurídica y de Ciencias Sociales de México*, N° 13. De igual forma la agravación por pertenencia a organización criminal, prevista en el delito de “Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones” para defensa personal, vertido en el número 7 del artículo 365 del Código Penal.

09 Como el delito de “Asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados”, previsto en el artículo 340A del código penal, en el cual se sanciona al que “ofrezca, preste o facilite conocimientos jurídicos, contables, técnicos o científicos, ya sea de manera ocasional o permanente, remunerados o no, con el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de grupos delictivos organizados y grupos armados (AIDP) organizados”. Así lo ha promovido la Asociación Internacional de Derecho Penal, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Vol. 70, (1999): 610, http://www.penal.org/sites/default/files/files/RIDP_1999_3_4.pdf, indicando que “excepcionalmente debe la ley penal prever el castigo de actos preparatorios” y que este puede “considerarse legítimo” a condición de que se busque “prevenir la comisión de delitos muy graves” –que no se identifican–, , que se definan tales actos preparatorios, que estos guarden relación con el delito principal, que se realicen con dolo directo, y que su pena sea inferior a la del delito posterior. No obstante, la AIDP no define que es un acto preparatorio y qué actos de esta naturaleza deben incriminarse.

10 En su momento la AIDP en la Resolución del XVI Congreso Internacional de Derecho penal, Budapest 1999, sobre “Los sistemas penales ante el reto del crimen organizado”, expresó “que el derecho penal clásico de la autoría y participación es incapaz de alcanzar a quien se encuentra en relación con el crimen organizado y de dar respuesta eficaz y adecuada a las nuevas formas de crimen organizado”, por lo que “debe preverse una prudente modernización de estas categorías a partir del principio de la responsabilidad organizativa” e incluso, mediante “la admisión de la conspiración (conspiracy) [que] puede contribuir a la extensión de la responsabilidad penal a los individuos no directamente implicados en la comisión de delitos particulares”, Cfr. Asociación Internacional de Derecho Penal, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, 610.

punitiva, a través del desproporcionado incremento de las sanciones de aquellos delitos¹¹. Por el otro, en el derecho procesal, los beneficios por colaboración con la justicia, entre estos, el allanamiento a los cargos¹², las negociaciones y el principio de oportunidad¹³; e instrumentos proactivos de investigación, como los agentes encubiertos y las entregas vigiladas.

II. LAS VUELTAS DE TUERCA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Pese al conocimiento de la lucha contra la criminalidad organizada y la atracción que esta suscita, la criminalidad o crimen organizado es una voz de lenguaje vacía, que constantemente es llenada por itinerantes enemigos u objetos de guerra¹⁴. Y es que la claridad no se encuentra en la identificación de

En Colombia ha operado mediante una igualación de formas de intervenir en el delito, donde verbos como el de “provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas”, taxativas del delito de “financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”, previsto en el artículo 345 del código penal, se homogenizan, sin reparar en que varias de ellas son propias de un determinación y otras de complicidad.

¹¹ Obsérvese la elevada pena del concierto para delinquir, que en la circunstancia de agravación del segundo párrafo del artículo 340 del Código Penal, asigna una pena de 8 a 18 años de prisión, cuando el delito asociativo tenga dentro del objeto de concertación algunos delitos de destacada gravedad. Tal advertencia es observada por Sotomayor, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, 241. De igual forma, el agravante del numeral 7 del artículo 365 del CP (Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones), consistente en “Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado”, recibe una pena de 18 a 24 años de prisión.

¹² También llamada hipótesis del “arrepentido”, que “no es más que delincuente que negocia un beneficio a cambio de información, o sea, un delator”, Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 280, pero que paradójicamente es una fuente conceptual sobre la realidad del crimen organizado, 257.

¹³ Está previsto en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, a través de causales construidas a la medida de la lucha contra el crimen organizado. La causal del número 4 indica 4. “Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada” y la del número 5 “Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial”. No obstante, se evidencia una contradicción, y es la imposibilidad de inaplicación del principio de oportunidad, que por cuenta del parágrafo 10. Señala “En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas”. Esta paradoja es advertida por Juan Oberto Sotomayor, cuando repara que “las medidas premiales que en Colombia surgieron como excepcionales herramientas de lucha contra la criminalidad violenta generada por el narcotráfico, terminaron reconociéndose de forma general para todos los delitos, salvo para aquellos que en su momento se alegaron como motivos para su creación”, Sotomayor, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, 246.

¹⁴ Esto fue advertido en los trabajos preparatorios realizados por el “Grupo de Trabajo” creado por las Naciones Unidas para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (Convención de Palermo) del año 2000, al afirmar que “Si bien en general se comprendían los límites de la

ese extremo bélico, pues este –contra lo que se lucha– en realidad representa un punto de inflexión de la retórica del crimen organizado. En la inflexión, la tuerca se mueve entre los delitos que comprenden la criminalidad organizada, y que, de suyo, explican el objetivo de la persecución penal; y las organizaciones criminales, como sujetos de lucha, cuyo calendario delictivo, integra diferentes conductas de interés para los contextos de política criminal.

En la primera vuelta de tuerca, el concepto de criminalidad organizada describe un fenómeno criminal en cualquier sociedad: los delitos de importante registro estadístico en las escalas de criminalidad, las conductas que afectan la seguridad ciudadana o el crimen transnacional. Como una moneda de cambio, la criminalidad organizada alberga cualquier infracción delictiva, sin que esta deba ser ejecutada mediante un colectivo de personas, unidas como codeficientes o asociadas como una organización delictiva. Basta concebir el delito como grave o de alto impacto social, para pensar en el fantasma de un crimen que convoca personas en su realización.

En el derecho penal internacional se acude a identificar el crimen organizado con la realización de la “criminalidad grave” o “delitos graves”. En 2009, en el marco del XVIII Congreso Internacional de la AIDP (Asociación Internacional de Derecho Penal), celebrado en Estambul, y titulado “La expansión de las formas preparatorias y de participación”, se usó el concepto de “criminalidad grave”, como forma de delincuencia “caracterizada a menudo por su dimensión organizada y transnacional y que se aprovecha de las oportunidades y contradicciones de la actual sociedad globalizada [además] por su relevancia internacional, su nocividad grave para bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos, y por nuevas formas específicas de planificación y ejecución que están conectadas, en particular, con los nuevos medios de comunicación y transporte: como el terrorismo internacional, el crimen organizado transnacional, delitos informáticos graves, tráfico ilícito de migrantes, mujeres, niños, órganos, armas drogas, etc”¹⁵.

A su turno, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo, define la delincuencia organizada, a partir de la comisión de “delitos graves”, que difusamente define en la letra b) del artículo 2 como “la conducta que constituya un delito punible con una privación de la libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”; no obstante redefine ampliamente el concepto en fenómenos como los “delitos

delincuencia organizada, según habiendo divergencias de naturaleza jurídica que dificultaban el logro de una definición amplia”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, (Nueva York, 2008), xxvi.

15 Asociación Internacional de Derecho Penal, “La expansión de las formas preparatorias y de participación”, Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Vol. 70 (2009): 643, http://www.penal.org/sites/default/files/files/RIDP_1999_3_4.pdf

transnacionales” (art. 3), el “acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave” (art. 5, i), a), el blanqueo de dinero (art. 6), la corrupción (art. 8) y la obstrucción a la justicia (art. 23)¹⁶.

Los ejemplos están a la vista en las iniciativas de política criminal colombiana. Desde la década del 90, los proyectos de ley eran titulados como medidas contra la delincuencia organizada o instrumentos contra la criminalidad organizada¹⁷ o tendiente a garantizar la seguridad¹⁸. En realidad, bajo el ropaje de combatir la delincuencia organizada, se criminalizan conductas delictivas como el enriquecimiento ilícito de particulares, el testaferrato o el lavado de activos, que en el contexto socio-económico son realizadas por organizaciones delictivas como los carteles de la droga¹⁹.

El intento por definir el crimen organizado, mediante la identificación y colección de delitos que integraran el término “transnacional”, que caracterizaba el fenómeno de la criminalidad sin fronteras, encontró el fracaso por la imposibilidad de uniformar las actividades delictivas que realizaban las organizaciones criminales en cada país. Esto, explica Silvio Ciappi, provocó un nuevo marco de conceptualización consistente en individualizar las características de un nuevo sujeto: “la criminalidad organizada transnacional”²⁰.

Esta forma de abordar la criminalidad organizada promueve la maximización del derecho penal mediante el expediente de observar el crimen organizado desde el fenómeno delictivo, ya se trate de amplios campos censurables como la corrupción o el tráfico de drogas, o de delitos clásicos o

16 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, (2004): 5-28, https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/trata/ElDelito/Migraciones/Guias_legislativas_para_Conv_ONU_delincuencia_organizada.pdf

17 Así se precisó en el Decreto 1371 de 1995, en el Proyecto de Ley 131 de 1995 y en la Ley 365 de 1997.

18 Como el caso de la Ley 1453 de 2011, que acaba por reformar el artículo 345 del Código Penal, mediante el remodelado delito de “Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”

19 Es sabido que estas formas de blanqueo de capitales, hoy ubicadas como tipos autónomos en el Código Penal, responden a la lucha contra la criminalidad organizada del tráfico de drogas. Basta observar que el testaferrato, que esta forma cualificada de receptación, posee como delito fuente de enriquecimiento el delito de narcotráfico y conexos con éste. Al tiempo, la jurisprudencia, desde su lectura de política criminal comprende: “La tipificación del delito de testaferrato en la legislación colombiana se sustentó originalmente en la necesidad de combatir de manera específica, y desde luego más enérgica, una de las modalidades de encubrimiento por receptación utilizadas con mayor frecuencia por la delincuencia organizada del narcotráfico para ocultar los bienes adquiridos con los dineros producto de sus actividades ilícitas, radicándolos en cabeza de terceras personas, ajenas al negocio. Este el origen y la razón de ser de la prohibición contenida en el artículo 6º del Decreto 1856 de 1989”, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de diciembre de 2001, radicación N° 14658, M.P. Fernando Arboleda Ripoll. A su turno, el enriquecimiento ilícito de particulares en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1895 de 1989, que le dio origen, precisó que la razón de este delito fue “la acción persistente de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, orientada a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones; [y el consecuente] el incremento patrimonial injustificado de diferentes personas”.

20 Silvio Ciappi, Delincuencia organizada, 41.

contemporáneos, que en uno u otro caso pueden ejecutarse por sujetos individuales o colectivos.

La aporía que constituye tal forma de describir el crimen organizado se basta con afirmar que los delitos son realizados por grupos organizados de personas, sin parar mientes en que muchos ejecutores obran individualmente o en relaciones de codelincuencia. De allí las tendencias maximizadoras de generalizar, sin más, que en los casos en que hay una pluralidad de personas se trata de una organización delictiva y no de una simple coautoría, y que las “categorías de delitos tradicionales” y “los nuevos tipos de conducta delictiva” también llamados “delitos organizados nuevos y emergentes”, demandan “la modalidad de delito organizado o simplemente se llevan a cabo según ella”²¹. Esta “nueva fundamentación” inductiva del crimen organizado, parece delirante, toda vez que reorienta la política penal hacia una persecución de una conglobante criminalidad organizada.

Al tiempo también resulta maximizador el uso de la gravedad del delito para describir la criminalidad organizada, como quiera que el estándar de “gravedad” –que bien podría descansar en un juicio de lesividad de la conducta– es abierto en los contextos sociales e históricos de cada nación²². En cada sociedad la gravedad es cambiante de acuerdo con sus prácticas sociales, por lo que la delincuencia organizada se vincula notablemente con el tráfico de drogas en Colombia, pero no así en España, donde el terrorismo ha estado en la agenda de las organizaciones.

En la segunda vuelta de tuerca, la criminalidad organizada acude a la descripción de la organización como un “meta-sujeto” del derecho penal, donde no importa –del todo– la agenda delictiva sino el tipo de organización²³. De manera que el combate sitúa como enemigo a una estructura colectiva de personas que, bajo el nombre de organización criminal, es combatida por su mera existencia; la de ser un sujeto peligroso para la sociedad, con capacidad para actualizar, eficientemente, cualquier delito. Este giro de tuerca permite a la política criminal hacer abstracción de todos los colectivos de personas que delinquen, para acudir a un reduccionismo peligrosista: la organización criminal es una sola. Pese a la existencia en cada geografía de diferentes especies de organización, llámense mafia, sindicato, pandilla, banda, mara, combo, cartel, cuadrilla, entre otros, el reduccionismo utiliza palabras con

21 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Compendio de casos de delincuencia, (2012): 8, https://www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest_Final291012.pdf

22 Así el “Grupo de Trabajo” de la Convención de Palermo expresó que ese “enfoque [de la gravedad] también planteaba dificultades, ya que el concepto de gravedad del delito no tenía la misma significación en todos los sistemas nacionales”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, xxvi.

23 Este “límite precientífico” de dotas de contenido a la categoría crimen organizado, es advertido con preocupación por Zaffaroni, como una tarea impuesta a la criminología, Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 256. GACETA DEL CONGRESO, N° 329 del 13 de octubre de 1995.

carácter connotativo, que le permiten homogenizar la descripción de estas estructuras sociales. Este uso del lenguaje, con palabras como grupo y organización, ofrece una nominación acrítica de las prácticas delictivas de cada colectivo y, por ende, un tratamiento jurídico-penal uniforme, que conducirá a una igualación del concepto de lo injusto de las conductas y de los criterios de imputación del círculo de personas que intervienen en los delitos de la organización.

Dos casos ilustran la idea. La voz “empresa criminal”, que en el Proyecto de Ley 131 de 1995, era concebida a través de tres tipos organización: la guerrilla, las bandas y la mafia²⁴. La iniciativa legislativa ubicó en una misma línea a los grupos alzados en armas, a los carteles de la droga y a los grupos de delincuencia común, bajo el mismo argumento descriptivo de que actúan “dentro de un marco de organización” lo que deviene en una transgresión de la seguridad interna.

Por su parte, la Ley 1908 de 2018, mediante la cual se “fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales”, uniformó las organizaciones delictivas en dos modelos: los Grupos Armados Organizados (GAO) y los Grupos Delictivos Organizados (GDO)²⁵. Esta ley responde a un propósito político-penal –esencialmente pragmático– de conseguir el sometimiento colectivo e individual de las organizaciones delictivas supervivientes del acuerdo de paz con la guerrilla de las Farc-

24 Gaceta del Congreso, N° 329, (Bogotá: Imprenta Nacional, 1995), 15. Es de particular interés que el informe de ponencia para el primer debate del proyecto de ley se señalara que “El gran enemigo de la sociedad es la organización delictiva que tiene presencia cada vez más ostensible en la comisión de hechos punibles tales como el narcotráfico, el terrorismo, la subversión, el secuestro, el tráfico de armas, robo y contrabando de vehículos, el blanqueo de dinero procedente del delito, la corrupción, el fraude financiero, la trata de mujeres y de niños, y en fin, la nueva dimensión de las formas tradicionales de criminalidad”, Gaceta del Congreso, N° 446, (Bogotá: Imprenta Nacional, 1995). Igualmente, Ministerio de Justicia y del Derecho, Crimen organizado y justicia. Informe al Congreso de la República sobre la génesis y desarrollo de la justicia regional en Colombia, 11-12, utiliza indistintamente las expresiones “empresa criminal” y “empresa del delito”, sin exponer su contenido, pero con el único fin arribar al lugar común, que era de perfilar la delincuencia organizada colombiana, en tres tipologías: “la subversión guerrillera, las bandas y las mafias”, 19.

25 Artículo 2°. Definiciones. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

Grupos Armados Organizados (GAO): Aquellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Para identificar si se está frente a un Grupo Armado Organizado se tendrán en cuenta los siguientes elementos concurrentes:

- Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado; la población civil; bienes civiles, o contra otros grupos armados.
- Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere el de los disturbios y tensiones internas.
- Que tenga una organización y un mando que ejerza liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional.

Grupo Delictivo Organizado (GDO): El grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Los delitos cometidos por estos grupos no necesariamente tendrán que ser de carácter transnacional sino que abarcarán también aquellos delitos que se encuentren tipificados en el Código Penal Colombiano.

Parágrafo. En todo caso, para establecer si se trata de un Grupo Armado Organizado, será necesaria la calificación previa del Consejo de Seguridad Nacional.

EP (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo). En tal dirección se configuró un concepto amplio de organización delictiva, donde se ubican dos formas de organización: de tipo jerárquico y de tipo red. Pese a la diferenciación, se trata de estructuras que, en sentido amplio, se definen como tipos de criminalidad organizada.

Esta vuelta de tuerca pretende mayor claridad, al valorar el crimen organizado –como bien advierte Jesús María Silva– desde los elementos de la criminalidad de la globalización: la organización y el poder económico²⁶. Para ello, se acude a una política criminal globalizada, donde se funda un derecho penal, enderezado por el principio de la integración, que pretende la edificación de un sistema jurídico supranacional común, que defina la criminalidad organizada y responda a las demandas de persecución del poder punitivo.

El campo jurídico de integración está demarcado por los diferentes instrumentos internacionales y regionales que han suscrito los países aunando tareas para la lucha contra el crimen organizado. Veamos.

III. CAMINO A PALERMO

Desde el uso de la expresión crimen organizado en la persecución estadounidense al delito de las organizaciones mafiosas italoamericanas, existió un interés por dotar conceptualmente al fenómeno y conseguir una política comunitaria para reprimir el delito de las organizaciones. El avance de la criminalidad de mercado a la par con las políticas penales acerca del tráfico de drogas y el lavado de activos, motivó los intereses por advertir la presencia de un nuevo actor en el mundo globalizado: la organización delictiva.

En mente estaba el propósito de construir un edificio normativo mundial que situara al nuevo actor dentro de los fines del derecho penal. Empieza entonces el periplo deliberativo y de consensos que llagan a la Convención de Palermo; un instrumento internacional que habilitará a los países el uso de un lenguaje común, encaminado a combatir en el derecho interno aquellas organizaciones delictivas con fines de expansión internacional.

Desde 1975, con ocasión del Quinto Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, se examinó el crimen organizado en el concierto internacional de naciones. En el desarrollo del tema 5 titulado “Cambios en las formas y dimensiones

²⁶ Jesús-María Silva, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 70.

de la delincuencia transnacional y nacional”, se debatió el concepto de “El delito como negocio: delito organizado, delito financiero y corrupción” en el ámbito nacional y transnacional, acordando que “las consecuencias económicas y sociales del delito [organizado] como negocio eran generalmente mucho mayores que las consecuencias de las formas tradicionales de la violencia interpersonal y de los delitos contra la propiedad”, presentando así una amenaza más grave para la sociedad y las economías nacionales²⁷.

Posteriormente, el Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas en 1980, dentro del tema titulado “Delito y abuso de poder: delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley”, exaltó la necesidad de investigar sobre la naturaleza y alcance de los delitos económicos realizados en el marco de “transacciones comerciales internacionales” por empresas mercantiles²⁸.

Para el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas realizado en 1985 en Milán, se advirtió que “la intensificación de las actividades de la delincuencia organizada estaba planteando una grave amenaza a nivel mundial. Se reconoció, en particular, como nueva dimensión de la criminalidad, que la delincuencia organizada había adquirido una extensión geográfica y una coordinación internacional sin precedentes, así como una eficaz diversificación en toda clase de actividades delictivas rentables”²⁹. Fruto de este congreso fueron creados el Plan de Acción de Milán y la resolución 1, titulada “Delincuencia organizada”. En el pacto exhortó a los países a “emprender una acción de gran envergadura para controlar y (...) erradicar los fenómenos destructivos del tráfico y el uso indebido de drogas y de la delincuencia organizada”, como a “compartir información y experiencias para mejorar

27 Este congreso se destaca por advertir, por una lado, la poca atención prestada por la criminología a la teorización de la delincuencia organizada, y por otro, la vaguedad de esta expresión de delincuencia colectiva; al tiempo que resulta pionera en la materia la identificación del delito de organización –como negocio– al identificar como características: “a) se cometían primordialmente con ánimo de lucro e implicaban alguna actividad comercial o industrial; b) suponían cierta organización, consistente en una serie o sistema de disposiciones relativamente formales entre las diversas partes que cometían los actos ilegales; c) implicaban la utilización indebida de técnicas comerciales o industriales legítimas, y d) las personas que participaban en su comisión solían tener gran rango social o gran poder político. Los delitos de las sociedades, por una parte, y los denominados delitos organizados, por otra, tenían muchas similitudes y relaciones mutuas; era corriente que ambos implicasen la corrupción de las autoridades policiales, judiciales y políticas. Tales delitos solían suponer una gran planificación y un gran secreto y eran sumamente complejos; así pues, tendían a ser delitos “invisibles” y eran muy difíciles de descubrir. Sin embargo, atendiendo al temor que suscitaban en el público, cabía hacer una distinción entre el delito organizado y el delito financiero”, Naciones Unidas, Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1976): 11, <https://digitallibrary.un.org/record/1296620/files/a-conf-56-10-s.pdf>; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, ix.

28 Naciones Unidas, Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1981): 28-29, 60-79, <https://digitallibrary.un.org/record/30439/files/a-conf-87-14-s.pdf>

29 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, x-xi.

los sistemas penales para enfrentar las nuevas dimensiones del delito y de la delincuencia”. Lo anterior, en tanto que en la resolución se instó a las naciones a intensificar la lucha contra la delincuencia organizada en el plano nacional, proponiendo la adopción de medidas como: “la modernización de las leyes y procedimientos penales nacionales, en particular la adopción de medidas para crear nuevos delitos que tipificaran formas nuevas y complejas de conductas criminales”, cooperar para la obtención de pruebas en el extranjero, perseguir los bienes derivados de las actividades delictivas, controlar la circulación internacional de recursos de las organizaciones, el “reforzamiento de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley”³⁰, entre otras.

En el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sesionado en La Habana en 1990, se expresó la preocupación por el alarmante ascenso de la delincuencia organizada en materia de tráfico de drogas, armas y personas, y terrorismo. Con la resolución 24 denominada “Prevención y represión de la delincuencia organizada”, se aprobaron directrices de orden sustancial y policial, para prevenir y reprimir la delincuencia organizada nacional e internacional³¹.

Como un hito para esta política criminal, se celebró en Nápoles (Italia) del 21 al 23 de noviembre de 1994 la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, que se fijó como misión para alcanzar un consenso para la elaboración de una convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional, que como fenómeno se encontraba en ascenso. El consenso fue animado por el “éxito” de la Convención de Viena de 1988 (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas) en la elaboración de instrumentos como el delito de blanqueo de dinero, que terminó por ser adoptado por los derechos nacionales. En términos explícitos “se sugirió asimismo que entre los elementos de esa convención figuraran, entre otras cosas, la tipificación como delito penal de la participación en organizaciones de tipo mafioso; la tipificación como delito penal de la participación en actos preparatorios vinculados a la delincuencia organizada; la responsabilidad penal de las personas por las acciones de los grupos a que pertenecieran”³².

En la misma Conferencia se aprobó por unanimidad la llamada Declaración de Nápoles (Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Organizada Transnacional),

30 Naciones Unidas, Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1986): 67-69, https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/7th_Congress_1985/03I_ACONF.121.22.Rev.I_Report_Seventh_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf

31 Naciones Unidas, Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1991): 163, 187-192, <https://digitallibrary.un.org/record/142947?ln=es>

32 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, xv.

en que se destacaron ciertas características de la delincuencia organizada dentro de su composición estructural y el modus operandi, tales como: “la formación de grupos para dedicarse a la delincuencia; los vínculos jerárquicos o las relaciones personales que permitían el control del grupo por sus jefes; el recurso a la violencia, la intimidación o la corrupción para obtener beneficios o ejercer el control de algún territorio o mercado; el blanqueo de fondos de procedencia ilícita para los fines de alguna actividad delictiva o para infiltrar alguna actividad económica legítima; el potencial para introducirse en alguna nueva actividad o para extenderse más allá de las fronteras nacionales; y la cooperación con otros grupos organizados de delincuentes transnacionales”³³. En orden a promover la armonización y compatibilidad de las legislaciones y los sistemas penales de los países, se recomendó la elaboración de una definición de “delincuencia organizada” que sirviera a aquella armonización legislativa y a la cooperación internacional eficaz.

En 1995, en el Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al interior del tema titulado “Medidas contra la delincuencia organizada y la delincuencia económica de ámbito nacional y transnacional, y cometido del derecho penal en la protección del medio ambiente: experiencias nacionales y cooperación internacional”, se destacó el crecimiento de la delincuencia organizada y la necesidad de tratarla como problema global, ante el fracaso en la implementación de herramientas locales que la concebían como un problema de orden público interno³⁴. Adicionalmente, en cuanto al quehacer delictivo, se reconoció que las organizaciones delictivas operan como agentes económicos en el mercado –semejando a las sociedades multinacionales–; cuya estructura fluida les permite ingresar y salir de un mercado a otro, y aprovechar con eficiencia las nuevas tecnologías y los medios de transporte. No obstante, el paradigma del tráfico de drogas, otras son las actividades delictivas explotadas por las organizaciones del delito, como los tráficos de personas, órganos humanos, de armas convencionales, de armas nucleares, de vehículos, de bienes culturales y de metales preciosos hurtados³⁵.

Resultando de capital importancia la elaboración de un marco jurídico de la delincuencia transnacional, el Consejo Económico y Social y la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas, crearon un Grupo de Trabajo abierto integrado por varios países con el fin de

33 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, xvi.

34 Naciones Unidas, Noveno Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1995): 8, https://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/9th_Congress_1995/006_ACONF.169.5_Working_Paper_Action_Against_Economic_Organized_Crime_S.pdf; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, xvii

35 Naciones Unidas, Noveno Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1995): 13.

recoger observaciones y sugerencias acerca de la iniciativa.

Toda esta preparación sería el vestíbulo para la celebración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (Convención de Palermo). Dicha convención se constituyó en el lugar común de las razones de política criminal de la comunidad internacional en torno al delito en la narrativa de la globalización.

Sustancialmente la transnacionalidad del delito –al superar la extraterritorialidad– explicada en el cruce de fronteras y la materialización de una especie de “balanza de pagos” criminal, por la circulación de recursos, derivada del tráfico de bienes y servicios prohibidos, es lo que interesa a una Convención de esta naturaleza. En cambio, la pluralidad de personas cohesionadas en una línea extensa de tiempo; llamadas organización, sólo interesan como un adjetivo del delito transnacional.

Es por esto que las deliberaciones y manifestaciones de las naciones apuntaban a la practicidad de las actividades delictivas en el mundo globalizado³⁶, a las “repercusiones en las economías nacionales, el sistema financiero mundial”, y al “poder social y económico de las organizaciones delictivas y su capacidad para infiltrarse en las actividades económicas lícitas, blanquear el producto de sus actividades delictivas y recurrir al terror y la violencia”. Se trataba de alarmar sobre las consecuencias de un nuevo agente económico en los mercados: la organización.

El pragmatismo con el que se aborda a la organización que delinque exalta las consecuencias en la economía de mercado global, desplazando las características de las organizaciones en los diferentes contextos sociales de los países. En un discurso unificador, se estima que los delitos transnacionales se realizan en todas las naciones y son operados por multinacionales del delito económico. Desde luego, se trata de un pensamiento intuitivo que explica el delito económico transnacional desde el concepto de globalización. Pero, si la globalización, en palabras de Joseph Stiglitz, es “la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras”³⁷; el delito de la organización no siempre se revela a través de las fronteras o es muestra de un “emprendimiento económico”.

36 Es propio de integración mercantil que “la economía de la globalización potencia el intervencionismo punitivo frente a sujetos o comportamientos que estima disfuncionales”, Nicolás Santiago Cordoni y Mariano Javier Hoet, “Criminalidad transnacional organizada en el ámbito del MERCOSUR: ¿Hacia un Derecho Penal Regional?” *Revista de Derecho Internacional*, Vol. 12, N° 2 (2015) 530.

37 Joseph Stiglitz, *El malestar en la globalización* (Madrid: Taurus, 2002) 34.

Lamentablemente el pragmatismo explicativo de esta narración del delito acaba por implementar un derecho penal de la globalización que, como bien señala Jesús María Silva, es “eminentemente práctico”³⁸, y en virtud de la practicidad, estima las soluciones semejantes a las de la globalización económica: integrar los mercados. Entonces, si la delincuencia organizada de la globalización es económica³⁹ y, de suyo, afecta los mercados, las respuestas deben ser prácticas, como el manejo del mercado mismo. De manera que la respuesta será, conforme a la integración económica de los mercados, la homogenización de la legislación que prevenga y reprima el delito organizado.

La homogenización del derecho, mediante Convenciones como la de Palermo, buscará, más que una armonización legislativa, una unificación acrítica de reglas jurídicas y una transculturación forzada de los criterios de imputación del delito de organización, en orden a conseguir la aculturación jurídica de los países. Esto es lo que sucede cuando las naciones acogen criterios dogmáticos de imputación en un plano global: se contraviene la naturaleza valorativa y cultural de las estructuras del delito construidas en cada nación y se recorta la democracia deliberativa en aquella construcción. Lejos de discusiones sobre principios y categorías jurídico-penales, el plan es dar respuestas prácticas al problema: perseguir y sancionar; es decir, obtener consecuencias punitivas⁴⁰.

Esto era observable en los trabajos preparatorios a la Convención de Palermo, pero se hizo más visible en Declaración de Nápoles; en las Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos; en las Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada y en los Congresos Internacionales de Derecho penal de la AIDP, celebrados en Budapest 1999 y Estambul 2009. Veámoslo desde la uniformidad que se pretende en la implementación de la llamada “participación en un grupo delictivo organizado”, a través de las conductas de conspiración y asociación para delinquir; que a la postre se pretenden homologar en su estructura como formas de intervención en un delito de organización.

La Declaración en Nápoles afirmó que “los Estados deberán considerar la promulgación de normas penales para tipificar como delito la participación en asociaciones o en conspiraciones para delinquir”. Esto debido a que las Guías legislativas para la aplicación de la Convención de Palermo instaron a los legisladores internos a penalizar la participación de personas en grupos delictivos organizados, tipificando la conspiración o la asociación para delinquir, en correspondencia con su tradición

38 Jesús-María Silva, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 72.

39 Jesús-María Silva, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 65.

40 Nicolás Santiago Cordini, “Delitos de organización: los modelos de ‘conspiracy’ y ‘asociación criminal’ en el Derecho interno y en el Derecho internacional”, Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 38, N° 104 (2017): 79.

histórico-jurídica. Así, en una visión “uniformadora” de tradiciones jurídicas se afirma que la “la Convención [de Palermo] tiene por objeto responder a la necesidad de una respuesta global y asegurar la penalización de los actos de participación en grupos delictivos. El artículo 5 de la Convención reconoce como equivalentes los dos enfoques principales de ese tipo de penalización”⁴¹. Otro tanto expresan las Disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada: “En términos generales, estas dos opciones reflejan diferentes tradiciones jurídicas, la anglosajona y la romanista. El delito de “confabulación” se estableció en los países con tradición jurídica anglosajona. En muchos países con tradición romanista, el concepto de confabulación no está reconocido, ya que la postura general es que la mera planificación de un delito, sin la comisión de un acto deliberado para llevar a la práctica ese plan, no constituye una conducta delictiva. Sin embargo, como lo demuestran los diversos ejemplos de leyes nacionales que se citan a continuación, esta distinción entre las dos tradiciones jurídicas no es absoluta, ya que algunos países tienen leyes en que se mezclan elementos de confabulación (acuerdo de cometer el delito) y asociación (participación en las actividades)”⁴².

A su turno, la AIDP en 1999 precisó que “la admisión de la conspiración (conspiracy) puede contribuir a la extensión de la responsabilidad penal a los individuos no directamente implicados en la comisión de delitos particulares”; pero adicionalmente afirmó⁴³ que “la incriminación de la pertenencia a una organización criminal es un instrumento importante en la lucha contra el crimen organizado (...) no se exige la participación en la comisión de delitos. Basta con la pertenencia a una estructura estable de organización”⁴⁴. Diez años después, en el Congreso de Estambul, se estableció que “de conformidad con los principios generales del derecho penal, sólo excepcionalmente debe la ley penal prever el castigo de actos preparatorios específicos (...) cuando es necesario para incrementar las estrategias de prevención de la comisión de delitos muy graves y sólo en caso de peligro claro y actual”⁴⁵.

La pretendida mundialización del derecho no funciona igual que la circulación de comerciantes y mercancías en la globalización económica. Lamentablemente la circulación de las ideas planetarias –como la de las penales– también es fruto de desigualdades⁴⁶. Terminan por imponerse conceptos

41 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, 24.

42 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, 32.

43 Asociación Internacional de Derecho Penal, “La expansión de las formas preparatorias y de participación”, 610.

44 Asociación Internacional de Derecho Penal, “La expansión de las formas preparatorias y de participación”, 613.

45 Asociación Internacional de Derecho Penal, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, 644.

46 Jacques Attali, El hombre nómada (Bogotá: Luna Libros, 2010), 214-215, desde una visión antropológica concibe la mundialización como un nomadismo en marcha donde las personas, necesitadas de espacio para la expansión del trabajo, el comercio y las ideas, consiguen el intercambio que facilitará el desplazamiento a otros territorios. No obstante estima

procedentes de diferentes culturas jurídicas, como el caso de la conspiración⁴⁷ de origen anglosajón, o el tipo de pertenencia a organización, en una abierta renuncia –eficientista– a las garantías y criterios de imputación de la teoría general del delito⁴⁸.

Se trata de categorías que privilegian la peligrosidad⁴⁹ como criterio de imputación standard y, por ende, la anticipación de la incriminación, mediante actos preparatorios –o acaso resolutivos– punibles como la conspiración⁵⁰ o la mera pertenencia a organización. Pese a ello, se observan posturas que tienden a homologar la conspiración y el delito asociativo, sin reparar en sus estructuras y alcances; basadas tan solo en la verificación de un acuerdo común de los participantes del delito asociativo y la conspiración⁵¹. Fruto de esta homologación, es suscribir una misma característica: la de tratarlos como “delitos de preparación”, donde el injusto del “estado de organización criminal” es aprovechado por sus integrantes⁵²; y que se trata de episodios de peligrosidad –incrementada en la asociación delictiva– en razón a que los miembros del colectivo se desinhiben de delinquir al pertenecer a la organización.

En contraste, Nicolás Cordini señala su distinción desde las propiedades dogmáticas y político criminales –como la excesiva anticipación en la punición de tempranas resoluciones humanas– que encuentran rigurosa explicación en la tradición jurídica de cada categoría, lo que genera una resistencia

que se generará desventaja para quienes no ofrecen algo para el intercambio.

47 La definición anglosajona de conspiracy como “acuerdo de dos o más personas con la intención de cometer un acto ilegítimo [ilícito] o un acto legítimo por medio ilegítimos”, Edmundo Hendler, *Derecho penal y procesal penal de los estados unidos* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996), 94, revela una “enorme y peligrosa extensión de un comportamiento”, Edmundo Hendler y Hernán Gullco, *Casos de derecho penal comparado* (Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2003), 278. En el mismo sentido crítico Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 283-284, expresa que de la traducción de la expresión unlawful (ilícito) en la conspiración, el concierto conspirativo puede contener un número incierto de conductas, que lesionarían el principio de legalidad, máxime si la conspiración derivó de una invención de los jueces.

48 Es pionero de esta crítica Jesús-María Silva, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 75, precisando que “la delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tienden a asignar menos garantías, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación ‘excepcional’, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligrosos que contiene”, p. 86. Igualmente, Nicolás Santiago Cordini, “Delitos de organización: los modelos de ‘conspiracy’ y ‘asociación criminal’ en el Derecho interno y en el Derecho internacional”, 78.

49 Raúl Carnevali, “La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano. En particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, *Ius et Praxis*, Año 16, N° 2 (2010): 74-75, aprecia una especial peligrosidad en la criminalidad organizada, a partir de apreciar un injusto propio en el este concepto empírico, lo que le motiva a proponer la creación un tipo autónomo.

50 Ubicándolo como un acto preparatorio, pese a la naturaleza resolutive de ejecutar un delito por parte de cada sujeto que se confabula, Soledad Barber, *Los actos preparatorios del delito* (Granada: Comares, 2004), 160-200.

51 Jean Pierre Matus, “La responsabilidad penal por el hecho colectivo. Aspectos de derecho chileno y comparado”, *Nuevo Foro Penal*, N° 88 (2017): 44.

52 Gonzalo Medina, “El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico”, en *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 de Chile: Universidad de Santiago de Chile, 2013), 499-503.

en la aplicación al derecho continental, máxime si la conspiración riñe con principios penales como el de reserva y *ne bis in ídem*⁵³.

IV. LA CONSPIRACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN

El carácter indeterminable de la criminalidad organizada es producto de la descripción de su narrativa polisémica. El crimen organizado puede comprender el plan delictivo de la organización, sus delitos-fin; que pueden ser los mismos que acechan cotidianamente a la ciudadanía. Pero también explica el componente pluripersonal que ejecuta la delincuencia grave.

Desde la heurística de la disponibilidad, hoy es posible afirmar que para las personas criminalidad organizada y organización criminal son nociones equivalentes que se explican con “paradigmas vividos”, como el cartel de droga o grupo armado ilegal, de los que se recibe información por los medios de comunicación. Esa primera cognición armoniza con el descuido de la probabilidad⁵⁴, que muestra la carencia de recursos para evaluar la verdadera existencia del crimen organizado y su probabilidad de operación.

Nada mejor que el miedo y la peligrosidad al crimen organizado y sus organizaciones sea expropiado del conocimiento de las personas. Los vacíos de conocimiento y la negación de una democracia deliberativa, serán un plano perfecto para la administración del crimen organizado y sus propiedades: el peligro y el miedo. La administración de las nociones y sus consecuencias es de ciertas voces influyentes que confeccionarán el conocimiento disponible a los individuos⁵⁵.

Para Zaffaroni, la administración y promoción del crimen organizado responde a una conspiración⁵⁶, en la que la policía y los políticos observan que el delito se oficia por personas que se adhieren a un perenne acuerdo por enfrentar a la sociedad y al Estado, en una carrera constante por el fundar un Estado del delito.

Las narrativas político-policiales tienden al delirio, observando –por igual– mafias en el hurto callejero, en las defraudaciones económicas, en el homicidio por parte de sicarios, en la extorsión de comerciantes, en el delito financiero, el tráfico de drogas o en la corrupción pública. Las distinciones desaparecen

53 Nicolás Santiago Cordini, “Delitos de organización: los modelos de ‘conspiracy’ y ‘asociación criminal’ en el Derecho interno y en el Derecho internacional”, 112-114.

54 Sobre el diálogo entre la heurística de la disponibilidad el descuido de la probabilidad en los riesgos y el miedo, Cass Sunstein, *Leyes del miedo. Más allá del principio de precaución* (Barcelona: Katz. 2009), 130-149.

55 Cass Sunstein, *Leyes del miedo. Más allá del principio de precaución*, 144.

56 Eugenio Raúl Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 258.

al igual que las fronteras de control. La indistinción se observa porque el crimen organizado persigue un fin económico, que resulta común en la mayoría de delitos; utiliza la corrupción para franquear las barreras de control y acude a la violencia armada para proveerse el éxito con sus “competidores” en el contexto económico. En tanto que las fronteras de control se uniforman, pues la criminalización primaria y secundaria se emprende por un intercambiable concepto de peligrosidad. Para la policía en la investigación y los jueces en sus decisiones, la criminalidad organizada ofrece peligro y miedo sin escalas.

La criminalidad organizada y su manifestación simbólica se constituyen en un nuevo enemigo social, con sus consiguientes peligros y miedos por controlar. Esa enemización⁵⁷ del poder político nacional es reasegurada por el poder transnacional que dominará el discurso penal a través del ejercicio del poder punitivo mundial. De esta forma, las nociones de delincuencia organizada transnacional, grupo delictivo organizado, conspiración y pertenencia a organización, se internalizan en el derecho nacional, justificando el reforzamiento del poder punitivo⁵⁸.

Sin que se ignore la existencia de colectivos de personas dedicadas al delito, será necesario reivindicar en cada derecho penal nacional el concepto de organización, que como estructura social encarna un objeto de análisis en el derecho penal. De su estudio surgen preguntas por su carácter organicista, por su condición de sujeto ético, por su calidad de agente económico o por su estatus antijurídico. Esto conducirá a una revisión de su diversidad en cada contexto histórico y socioeconómico, lo que abonará a la reflexión por los criterios de imputación de las personas que delinquen en y para la organización delictiva: esto es lo que se llama delito de organización.

CONCLUSIONES

En el curso del trabajo se evidenció el carácter connotativo y la naturaleza polisémica de la voz criminalidad organizada. Para solucionar el defecto conceptual se evidenció que el discurso político y de la policía, acudieron a nuevos contenidos para describir diferentes fenómenos como: la criminalidad grave, las afectaciones de la seguridad ciudadana, la corrupción administrativa, los delitos económicos y delincuencia de mafiosa.

Otra práctica fue advertida: la resignificación de la organización delictiva como un nuevo enemigo de guerra, generador de perturbación para la seguridad interna.

⁵⁷ Usamos la expresión propuesta por Eugenio Raúl Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 157-162, con la que se explica la fabricación de enemigos en la sociedad actual.

⁵⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 160.

Estas narrativas incidieron en la edificación de la Convención de Palermo, como referente normativo mundial, para sustentar el compromiso de perseguir al nuevo enemigo.

El estudio del camino transitado para la confección del texto de la Convención de Palermo, permitió demostrar que el intento globalizador de identificar un sujeto de imputación, quebrantó la autonomía de los países en lo relativo a la construcción de los delitos de organización para combatir la delincuencia organizada transnacional y los criterios de imputación para tal persecución.

BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Internacional de Derecho Penal, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal 70 (1999): http://www.penal.org/sites/default/files/files/RIDP_1999_3_4.pdf.
- Asociación Internacional de Derecho Penal, “La expansión de las formas preparatorias y de participación”, Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal 70 (2009): http://www.penal.org/sites/default/files/files/RIDP_1999_3_4.pdf.
- Attali, Jacques. El hombre nómada. Bogotá: Luna Libros, 2010.
- Barber, Soledad. Los actos preparatorios del delito. Granada: Comares, 2004.
- Carnevali, Raúl. “La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano. En particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, Ius et Praxis, Año 16, N° 2 (2010).
- Ciappi, Silvio. Delincuencia organizada. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y Consejo Superior de la Judicatura, 2010.
- Cordini, Nicolás Santiago. “Delitos de organización: los modelos de ‘conspiracy’ y ‘asociación criminal’ en el Derecho interno y en el Derecho internacional”. Revista Derecho Penal y Criminología 38, N° 104. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Cordoni, Nicolás Santiago y Mariano Javier Hoet, “Criminalidad transnacional organizada en el ámbito del MERCOSUR: ¿Hacia un Derecho Penal Regional?” Revista de Dereito Internacional, Vol. 12, N° 2. Brasília: Centro Universitario de Brasília, 2015.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de diciembre de 2001, radicación N° 14658, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.
- Gaceta del Congreso, N° 329. Bogotá: Imprenta Nacional, 1995.
- Gaceta del Congreso, N° 446. Bogotá: Imprenta Nacional, 1995.
- Granadillo, Nancy Carolina. Delincuencia organizada. En el ordenamiento jurídico venezolano. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2016.

- Hendler, Edmundo. Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
- Hendler, Edmundo y Hernán Gullco. Casos de derecho penal comparado. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2003.
- Martin, Gerard. Medellín. Tragedia y resurrección. Mafias, ciudad y Estado. 1975-2013. Medellín: La Carreta Editores, 2014.
- Matus, Jean Pierre. “La responsabilidad penal por el hecho colectivo. Aspectos de derecho chileno y comparado”. Nuevo Foro Penal N° 88 (2017).
- Medina, Gonzalo. “El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico”. en 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 de Chile: Universidad de Santiago de Chile, 2013.
- Mendoza, Juan Francisco “La pertenencia a organización dedicada al lavado de activos”, Revista Quaestionis. Publicación Científica de Divulgación Jurídica y de Ciencias Sociales de México, N° 13. Puebla, 2014.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Crimen organizado y justicia. Informe al Congreso de la República sobre la génesis y desarrollo de la justicia regional en Colombia. Bogotá: sin editorial, 1995.
- Naciones Unidas, Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1976: <https://digitallibrary.un.org/record/1296620/files/a-conf-56-10-s.pdf>;
- Naciones Unidas, Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1981: <https://digitallibrary.un.org/record/30439/files/a-conf-87-14-s.pdf>
- Naciones Unidas, Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1986: https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/7th_Congress_1985/031_ACONF.121.22.Rev.1_Report_Seventh_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf
- Naciones Unidas, Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1991: , <https://digitallibrary.un.org/record/142947?ln=es>
- Naciones Unidas, Noveno Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1995: https://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/9th_Congress_1995/006_ACONF.169.5_Working_Paper_Action_Against_Economic_Organized_Crime_S.pdf.
- Naucke, Wolfgang. Derecho penal. Una introducción. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, 2004: https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/trata/ElDelito/Migraciones/Guias_legislativas_para_Conv_ONU_delincuencia_organizada.pdf

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos. Nueva York, 2008.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Compendio de casos de delincuencia, 2012: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest_Final291012.pdf
- Silva, Jesús-María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.
- Sotomayor, Juan Oberto. “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”. REJ-Revista de estudios de la Justicia, N° 12. Santiago de Chile, 2010.
- Stiglitz, Joseph. El malestar en la globalización. Madrid: Taurus, 2002.
- Sunstein, Cass. Leyes del miedo. Más allá del principio de precaución. Barcelona: Katz. 2009.
- Yacobucci, Guillermo. “Los tipos penales relacionados con el crimen organizado”. En El crimen organizado, Coord. Guillermo Yacobucci. Buenos Aires: Universidad Austral–Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El crimen organizado: una categorización frustrada”. Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie N° 1. Córdoba, 1995.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y COMPLIANCE EN COLOMBIA: REALIDADES Y DESAFÍOS*

PAULA ANDREA RAMÍREZ**

Recibido: 8 de octubre de 2021. Aceptado: 24 de noviembre de 2021.

RESUMEN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas incluye acciones u omisiones desplegadas en las empresas por parte de sus miembros directivos, niveles intermedios, trabajadores o terceros relacionados con la compañía, que afectan su objeto social y se expresan en irregularidades organizadas. Pueden concurrir entonces responsabilidades individuales y de la corporación como consecuencia de los delitos cometidos al interior de la empresa con afectación del orden económico y social. La responsabilidad corporativa se ha nutrido de los avances informáticos, la agilidad de las tecnologías, la transnacionalidad de las operaciones y la opacidad de los efectos del crimen. La necesidad de regular el marco de consecuencias penales para las empresas que se benefician directa o indirectamente del crimen es indispensable para salvaguardar bienes jurídicos de especial trascendencia y para fortalecer la prevención. La importancia de Compliance surge como un conjunto de medidas encaminadas a la identificación, mitigación y control de los riesgos en las empresas, con incidencia en la delimitación, atenuación o exoneración de las responsabilidades penales o regulatorias específicas.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad penal, persona jurídica, *Compliance*, corporación, riesgos, prevención.

* Artículo de reflexión

** Abogada de la Universidad de Ibagué, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses de la Universidad Católica de Colombia, Máster en Estudios Políticos del Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Derecho Penal en la Universidad de Salamanca y Doctora en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.
Correo: paula.ramirez@uexternado.edu.co

CRIMINAL LIABILITY OF CORPORATE ENTITIES AND COMPLIANCE IN COLOMBIA: REALITIES AND CHALLENGES*

PAULA ANDREA RAMÍREZ**

Received: October 8, 2021. Accepted: November 24, 2021.

ABSTRACT

Criminal liability of corporate entities includes actions or omissions undertaken by their executives, mid-level management, employees or third parties working for the company, who affect its corporate charter by carrying out illicit business practices. Individual and corporate responsibility will then emerge as a consequence of crimes committed within the company that affect the economic and social order. Corporate responsibility has been developed by advances in information technology, the agility of technologies, the transnational nature of operations and the opacity of the effects of crime. The need to regulate the framework of criminal consequences for companies that benefit directly or indirectly from crime is essential to safeguard rule of law and strengthen deterrence. The importance of Compliance arises as a set of measures aimed at the identification, mitigation and control of risks in companies, with an impacting specific criminal or regulatory responsibilities.

KEY WORDS

Criminal liability, legal entity, Compliance, corporation, risks, prevention.

* Analytical article

** Lawyer from Universidad de Ibagué (Colombia), Specialist in Criminal Law and Forensic Sciences from the Universidad Católica de Colombia, Master's Degree in Political Studies from the Institute of Latin American and Portuguese Studies, Criminal Law from Universidad de Salamanca, and PhD in Criminal Law from Universidad de Salamanca.
Email: paula.ramirez@uexternado.edu.co

1. INTRODUCCIÓN

Los delitos corporativos tienen especial relevancia en la actualidad como consecuencia de la globalización, el uso extendido de sistemas electrónicos, avances tecnológicos, monedas virtuales, la apertura de los mercados, la existencia de paraísos fiscales y la transnacionalidad de los negocios que facilitan su expansión. Las diversas modalidades de criminalidad corporativa pueden asociarse con delitos como el soborno transnacional, prácticas restrictivas de la competencia, fraude fiscal, espionaje industrial, uso de información privilegiada, alteraciones contables, contrabando, blanqueo de activos, estafas empresariales, entre otros, que son cometidos por profesionales que actúan directamente o por intermediarios recurriendo a estrategias de opacidad⁰¹.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha ido incorporando en la última década en los códigos penales de Iberoamérica, pese a las discusiones vinculadas con los problemas dogmáticos para su configuración⁰². Sin embargo, la empresa como ente real, titular de derechos y obligaciones, es la gran protagonista del desarrollo económico y social de los países, que no resulta ajena a la comisión de delitos en su interior cuando no se previenen, detectan, controlan o mitigan los riesgos vinculados con el ejercicio de su objeto social o con las actividades de sus miembros o respecto a las relaciones con terceros⁰³.

En el derecho comparado y, particularmente, en los países del Common Law, la existencia de

01 Paula Ramírez, Juan Ferré, *Compliance, Derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019), 15.

02 Fue Anselm Feuerbach hace más de doscientos años quien formuló el axioma latino *societas delinquere non potest*, para despejar cualquier duda afirmando que las personas jurídicas no poseen capacidad para delinquir. A partir de este posicionamiento se han ido estructurando hasta la actualidad, con representantes de la talla de Hans Jescheck, Günther Jakobs o Claus Roxin, distintas teorías y argumentos para rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentalmente se trata de determinar si una persona jurídica tiene capacidad para llevar a cabo una conducta delictiva, es decir, si puede realizar una acción típica, antijurídica y culpable merecedora de pena. Los argumentos se pueden sintetizar en tres: • Las personas jurídicas no tienen capacidad de acción. • Las personas jurídicas no tienen capacidad de culpabilidad. • Las personas jurídicas no tienen capacidad de pena. Vid. Juan Ferré, Miguel Núñez, Paula Ramírez, *Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema* (Bogotá: Ibáñez, 2010), 730.

03 Carlos Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015)

responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene una larga tradición y una destacada aplicación práctica. En los Estados Unidos sobresale el precedente de 1909 con el caso *Hudson River vs United States*. Aunque es la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, la que ha marcado un punto de inflexión en el plano de la responsabilidad penal corporativa como respuesta a los escándalos de corrupción en los negocios⁰⁴.

También sobresale en este ámbito, la *Brivary Act* de 2010 en Reino Unido, norma que sanciona las conductas corruptas de naturaleza activa y pasiva atribuibles al propio ente corporativo. A su vez, es destacado el Decreto Legislativo 231 de 2001 en Italia sobre “Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, empresas y asociaciones” por delitos cometidos en su interés o beneficio. La Ley 1691 de 2016 del Estado francés sobre “Transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica” (conocida como “Ley SAPIN II”), todos estos, como modelos concretos del fomento de la autorregulación e implementación de mecanismos preventivos contra el delito empresarial.

En Alemania, se resalta la Sección 30 de su “Ley de Infracciones Administrativas” (“Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, OWiG) y el anteproyecto de ley que fue presentado en 2020 sobre “Sanciones a las Corporaciones” reconocido, entre otros factores, por las dificultades que enfrentan las tradicionales categorías dogmáticas del Derecho penal individual para contrarrestar la criminalidad corporativa.

La responsabilidad de las personas jurídicas en Iberoamérica se desarrolla en dos modelos diferenciados que en algunos casos pueden coincidir, bien, mediante los sistemas administrativos de autorregulación (regulada), orientados al control de las prácticas irregulares como lavado de activos o el soborno⁰⁵, o mediante los sistemas de responsabilidad penal de personas jurídicas (así lo establecen países como Chile, Ecuador, Argentina o México). En estos, confluye el interés de desarrollar procedimientos de investigación y sanción de las conductas ilegales cometidas al interior de las empresas por sus representantes, directivos o miembros sociales, entre otros⁰⁶.

Colombia ha desarrollado discusiones y avances legislativos entorno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su tratamiento sancionatorio y la importancia de las políticas de cumplimiento normativo. Han cursado en el Congreso varios proyectos de ley que buscan mediante regímenes de

04 Ramírez, Ferré, *Compliance*, Derecho penal corporativo, 231.

05 Miguel Bajo, *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial* (Madrid: Civitas, 1978), 52.; Vid también en relación al estudio de la criminalidad de la época, Agustín Fernández, *Estudios sobre criminalidad económica* (Barcelona: Bosch, 1978); Carlos Martínez-Buján, *Delincuencia y economía* (Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 1983)

06 Jesús Sánchez, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español en AAVV*, Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas (Barcelona: Atelier, 2013), 18.

responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas, el fortalecimiento de la cultura organizacional, la prevención de los delitos empresariales, la salvaguarda del orden económico y social, en un entorno de robustecimiento de la intervención penal en este ámbito⁰⁷.

En este escenario de mayor impacto de los delitos corporativos, la necesidad de garantizar la economía de mercado con estándares de autorregulación y priorización del buen gobierno empresarial, surgen los programas de cumplimiento, los cuales han adquirido protagonismo y utilidad en los esquemas de negocios y en la interacción con los diversos actores del sistema económico, más allá de los fines clásicos del Derecho penal⁰⁸. A su vez, en la proyección internacional de las corporaciones y en la conquista, expansión y consolidación de sus vínculos comerciales⁰⁹. El cumplimiento empresarial es una condición indispensable para garantizar la permanencia, consecución de ganancias, fortaleza reputacional, capacidad de crédito, confianza del mercado y éxito en los negocios¹⁰.

Los anteriores planteamientos, nos permiten avanzar desde ya, a postular el propósito de este artículo, que no es otro que la necesidad de destacar la importancia de nuevas herramientas jurídicas para enfrentar los desafíos económicos y sociales que se derivan de la globalización, tecnificación y transnacionalidad en el ámbito de la criminalidad económica organizada, por tanto, es necesario desarrollar buenas prácticas y estrategias político criminales frente a los delitos cometidos con ocasión y en desarrollo de la actividad empresarial. En este escenario, la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una realidad que debe construirse en atención a las realidades nacionales y globales, cuya implementación reclama un abordaje integrador y efectivo¹¹.

07 Ejemplo de ello Proyecto de Ley 149 de 2020, que tenía como objeto crear el régimen jurídico de responsabilidad penal para las personas jurídicas de derecho privado, definir los elementos del programa de prevención y gestión de riesgos penales y establecer los programas de prevención y gestión de riesgos penales que deben adoptar las entidades públicas. También el Proyecto de Ley 178 de 2000, “Por la cual se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional, y delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y se dictan otras disposiciones”.

08 El principal impulso para consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas proviene de los países anglosajones, en los que rige el Common Law. En dichos sistemas prevalece un punto de vista muy pragmático en esta materia, y por ello se aprecia un desarraigo de los principios dogmáticos, a diferencia de lo que ocurre en los que han resultado influidos de una u otra forma por la ciencia penal germana. El modelo jurídico anglosajón siempre ha estado dispuesto a sancionar penalmente a las personas jurídicas. Prueba de ello es el sistema vigente en los Estados Unidos, en el que la responsabilidad penal de la empresa es muy amplia, llegándose incluso a sancionar las conductas imprudentes en el sistema bancario o financiero. Para fundamentar la intervención penal se utilizan distintos y variados argumentos, que también podrían trasladarse para aceptar la criminalización de los entes colectivos. Vid. Ferré, Núñez, Ramírez, Derecho Penal Colombiano, 730.

09 Bernd Schünemann, Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación (La Rioja: ADPCP, 2002)

10 Antonio Garrigues, Manual para vivir en la era de la incertidumbre (Barcelona: Planeta, 2018), 177.

11 Juan Lascaraín, La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa (Valencia: Tirant lo Blanch), 288.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA: ASPECTOS GENERALES

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se fundamenta no sólo en el análisis del entorno actual, donde se ha venido incrementando la comisión de delitos cometidos con ocasión o desarrollo del objeto social de la empresa, sino además la insuficiencia de las estructuras tradicionales de imputación para investigar y sancionar estos hechos. Lo anterior precisa la adopción de modelos específicos que permitan la tutela del orden económico y social frente a delitos cometidos por las compañías o por sus miembros en beneficio empresarial. Una forma difusa de sancionar penalmente a las empresas es mediante un sistema procesal penal concurrente a la responsabilidad individual que puede concluir inclusive en la muerte corporativa.

En la posibilidad de regulación nacional de la responsabilidad de los entes corporativos ha tenido influencia la existencia de diversas normas internacionales y los sistemas adoptados por organizaciones transnacionales, los cuales han permitido la adopción de instrumentos específicos encaminados al fortalecimiento de la cultura organizacional, la observancia de la legalidad y la prevención de los delitos en las corporaciones. Prueba de ello, son los avances obtenidos en el marco de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la participación nacional en este organismo¹².

En Colombia, pese a no encontrarse regulada expresamente la responsabilidad penal de los entes corporativos, sí ha sido objeto de abordaje por la Corte Constitucional de Colombia. Así, en la sentencia C 320 de 1998, se pronunció en el siguiente sentido: “La imputación penal de ciertos delitos a las personas jurídicas no se deduce con fundamento en el puro nexo de autoría jurídica. Es indispensable a este respecto que la violación penal se haya cometido en el interés objetivo de la persona jurídica o que ésta haya reportado beneficio material del mismo. La persona jurídica está sujeta al cumplimiento de variados patrones de diligencia en el ejercicio de su objeto (culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*). Del mismo modo como el legislador civil gradúa las culpas, el legislador penal hace lo propio y consagra tipos penales en los que el ingrediente del delito lo constituye el dolo o la culpa. El reconocimiento de capacidad penal a las personas jurídicas, exige que en su caso por fuerza la culpabilidad esté referida a un esquema objetivo que tome en consideración la forma particular cómo se coordinan los medios puestos por la ley a su disposición en relación con el fin por ellas perseguido, de modo que con base en este examen se deduzca su intención o negligencia”¹³.

¹² Colombia celebrado diversos acuerdos internacionales que fueron aprobados por el Congreso de la República, como la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos en 1997, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción - UNCAC - en 2005 y la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales en 2012.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-320, 1998.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, en la Sentencia No. 39070 de 2014, resaltó: “Respecto de las obligaciones de las personas jurídicas y, particularmente, la posibilidad de que ellas, en su calidad de ente abstracto, puedan ser sujetos del derecho penal, vale decir, responsables de delitos, es mucho lo que la literatura jurídica ha producido, a partir de verificar como hecho cierto e indiscutible que otras legislaciones, en especial la norteamericana -Estados Unidos y Canadá- y francesa, expresamente contemplan esa opción. Incluso, al día de hoy parece advertirse necesidad ineludible la de optar por este mecanismo criminal de control, en el entendido que los sistemas corporativistas y empresariales modernos, insertos dentro de un mundo cada vez más globalizado, reclaman de respuestas adecuadas a aspectos tales como la cibercriminalidad, las estafas masivas y los delitos ambientales, que las más de las veces se escudan en el velo corporativo o diluyen la responsabilidad de los ejecutores ante la imposibilidad de hacer radicar en cabeza de una persona natural en concreto el conocimiento y voluntad de adelantar el comportamiento contrario a derecho”¹⁴.

Con esto se destaca el reconocimiento a esta forma de imputación, como consecuencia de los cambios sociales y la expansión de nuevas formas de criminalidad en el ámbito de los negocios¹⁵. En Colombia, en la actualidad, la investigación y sanción a las compañías se efectúa en el ámbito administrativo sancionador y no en la órbita penal directamente¹⁶. No obstante, la Ley 906 de 2004 en el artículo 91 prevé que, *en cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron*¹⁷. *Parágrafo. Cuando se hubiese suspendido o cancelado la personería jurídica de que trata este artículo, la persona natural o jurídica estará inhabilitada para constituir nuevas personerías jurídicas, locales o establecimientos abiertos al público, con el mismo objeto o actividad económica a desarrollar, hasta que el Juez de Conocimiento tome una decisión definitiva en la sentencia correspondiente*¹⁸.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Sentencia No. 39070, 2014.

¹⁵ Ferré, Núñez, Ramírez, Derecho Penal Colombiano, 730.

¹⁶ Francisco Bernate, Las personas jurídicas frente al Derecho Penal Colombiano (Bogotá: Ibáñez, 2020), 18.

¹⁷ El Estatuto Anticorrupción, en su artículo 34, modificado por el artículo 35 de la Ley 1778 de 2016, dispuso que las mismas medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 podían aplicarse a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la administración pública. También, a cualquier otra conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por el representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

¹⁸ Por su parte la Ley 600 de 2000 en su artículo 65 prevé la cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas, o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público.

En el ámbito administrativo sancionador la expedición de la Ley 1778 de 2016, norma marco contra el soborno transnacional, estableció la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho regulatorio y no penal¹⁹. Esta norma señala que la Superintendencia de Sociedades impondrá una o varias de las sanciones previstas a las personas jurídicas que incurran en las conductas enunciadas en la misma ley, la imposición de las sanciones se realizará mediante resolución motivada e incluye el reconocimiento a los programas de *Compliance*²⁰.

Esta en esta Ley se regulan, por primera vez, en el artículo 23, los programas de ética empresarial, al señalar de manera expresa que la Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia, la adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de este régimen, teniendo en cuenta criterios como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social. Con lo cual, la norma contiene un alcance restrictivo de aplicación, al comprender unas categorías de priorización en su aplicación²¹.

La ley 1778 de 2016 prevé, en el artículo 35, como medidas contra personas jurídicas, independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, esto es, las consagradas en el código de procedimiento penal colombiano²². De este modo, se aplicarán a las personas jurídicas que resulten beneficiadas por la comisión de delitos contra la administración pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, los cuales llegaren a ser realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

La expedición de la Ley 1778 de 2016, norma marco en la regulación del soborno transnacional como

19 Ley 1778 del 2 de febrero de 2016, en virtud de la cual se establece un régimen especial para (i) investigar e imponer sanciones administrativas a las personas jurídicas involucradas en conductas de soborno transnacional y (ii) fortalecer la prevención y lucha contra la corrupción. También, el numeral 28 del artículo 7º del Decreto 1736 de 2020, faculta a la Superintendencia de Sociedades para instruir a sus supervisados sobre las medidas que deben adoptar para promover la transparencia y ética empresarial en sus prácticas de negocios y, así, contar con mecanismos internos de prevención de actos de corrupción.

20 Vid. Ley 1778 del 2 de febrero de 2016, artículo 2 y sig.

21 La Ley 1778 de 2016, la Superintendencia de Sociedades cuenta con la facultad para investigar y sancionar administrativamente a cualquier persona jurídica domiciliada en Colombia por infracciones a la Ley 1778 de 2016, independientemente de que esa persona esté sujeta a inspección, vigilancia o control por parte de otra Entidad Estatal, así como a las sucursales de sociedades extranjeras y las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades en las que el Estado tenga participación y sociedades de economía mixta.

22 El artículo 35 de la Ley 1778 de 2016 estableció que, cuando exista sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada contra el representante legal o los administradores de una sociedad domiciliada en Colombia o de una sucursal de sociedad extranjera, por el delito de cohecho por dar u ofrecer, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes si, con el consentimiento de la persona condenada o con la tolerancia de la misma, dicha sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera se benefició de la comisión de ese delito.

crimen y conducta ilegal en el derecho administrativo sancionador, ha supuesto la concreción de responsabilidades penales y regulatorias simultáneas con consecuencias de especial entidad. Se trata de una verdadera aproximación a la responsabilidad regulatoria de la persona jurídica, similar a los modelos de atribución de naturaleza penal por las conductas contrarias a la normatividad en el ámbito corporativo. No obstante, tal regulación se torna insuficiente para resolver los problemas de imputación delictiva al interior de las empresas más allá del delito de corrupción internacional²³.

Como se señaló con antelación, en el sistema jurídico colombiano el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal²⁴, ha supuesto una forma de sanción del ente corporativo en el proceso penal de la persona individual. Lo anterior, desde un momento previo a la sentencia con la posibilidad de imposición de medidas cautelares decretadas judicialmente contra la empresa o con carácter definitivo en la sentencia. Lo cual es posible, siempre que existan los motivos fundados que demuestren la relación de la comisión del delito de la persona física con el desarrollo de la actividad social de la empresa²⁵.

También, podrían mencionarse diversas disposiciones en el ámbito contractual o en la Ley de Extinción del Derecho de Dominio²⁶, que se ocupan de incorporar sanciones a las empresas vinculadas con delitos de corrupción y otras formas de criminalidad, que suponen la exigencia de una responsabilidad directa a las empresas²⁷. Lo cual, nos permite considerar la regulación difusa o indirecta de responsabilidades en el ámbito penal dirigidas a las personas jurídicas y modelos de responsabilidad directa en el Derecho administrativo sancionador, que se encaminan a salvaguardar el orden económico y social, el buen

23 Véase, por ejemplo, el caso de Siemens, en el cual, la empresa fue condenada por el Departamento de Justicia de EE UU, al pago de aproximadamente 800 millones de dólares, después de que el juez aceptase la declaración de culpabilidad por la empresa tecnológica de Alemania. Como parte del acuerdo con Justicia, Siemens fue considerado un “contratista responsable” en los Estados Unidos y no se limitó su participación en licitaciones públicas. Siemens aceptó la designación de un supervisor independiente durante cuatro años, además de colaboración con el Departamento de Justicia en las investigaciones sobre personas implicadas en el caso de soborno trasnacional.

24 En la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal, “en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenar* a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público”. Sobre lo cual, la Sentencia C-558 de 2004, declaró exequible esta disposición “en el entendido que los efectos definitivos de la cancelación se deben determinar en la sentencia.

25 Ulrich Sieber, Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica (Valencia: AAVV, 2013)

26 Ricardo Rivera, La extinción de dominio: un análisis al Código de Extinción de Dominio (Bogotá: Leyer), 42, 43.

27 Ley 1474 de 2011 en su Artículo 34 señala la posibilidad de aplicar l medidas, a aquellas personas jurídicas que hubieran buscado beneficiarse de la comisión de delitos contra la Administración pública o cualquier otra conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados en forma directa o indirecta por el representante legal o sus administradores.

funcionamiento de los negocios y el fortalecimiento de una cultura de cumplimiento organizacional. Sin embargo, los desafíos que afrontamos por la expansión de las diversas modalidades asociadas a la delincuencia corporativa nos obligan a considerar un modelo específico de responsabilidades penales en este ámbito que vayan más allá de los delitos cometidos por los individuos.

3. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LOS DELITOS CORPORATIVOS EN COLOMBIA: LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

3.1. LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

3.1.1. RESPONSABILIDAD DIRECTA POR ACCIÓN

El sistema jurídico Iberoamericano, estructura la responsabilidad penal de las personas físicas con base a una distribución tripartita: autores, inductores y cómplices²⁸. Algunos delitos económicos han sido calificados por la doctrina de forma mayoritaria como delitos especiales, que solo podrán cometerse a título de autor por personas cualificadas, sin que en este último caso existan delitos comunes aplicables cuando el autor no reúna las características especiales exigidas²⁹. En consecuencia, es fundamental para delimitar la autoría, la identificación de la posición de garante del autor respecto al bien jurídico tutelado. Esta situación adquiere particular relevancia al momento de delimitar la responsabilidad penal de los administradores o directivos de la empresa. En ocasiones, habrá que recurrir a la figura del actuar en nombre de otro, para imputar a la persona física que actúa un delito especial que cometa la persona jurídica³⁰.

Determinar la responsabilidad penal en las corporaciones, precisa el análisis de elementos como la descentralización, delegación y estructura social, individualizando a los sujetos que dirigen, administran o desarrollan funciones específicas en la organización y cuya acción u omisión se vincula con la realización del delito. La complejidad viene marcada por el reparto de competencias y funciones, el trabajo en grupo, la toma de decisiones colectivas, la dualidad de direcciones estratégicas y técnicas, etc. La atribución de responsabilidad penal a las corporaciones es necesaria por la naturaleza y magnitud de las afectaciones a bienes jurídicos de especial trascendencia que resultan lesionados o puestos en grave peligro, como consecuencia de los delitos empresariales que suelen asociarse con el

²⁸ Ferré, Núñez, Ramírez, Derecho Penal Colombiano, 639.

²⁹ Carlos Gómez-Jara, La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU (Madrid: Ramón Areces, 2006), 83.

³⁰ Ramírez, Ferré, Compliance, Derecho penal corporativo, 143.

desarrollo de su actividad comercial. Dicha potencialidad lesiva conecta con la relevancia de la función de prevención y disuasión a las personas jurídicas para que implementen una auténtica cultura de legalidad y actúen en observancia normativa, que garantice la efectividad de las barreras de protección penal³¹.

Es por esta razón que el Derecho penal precisa de medidas diversas y específicas para garantizar la investigación, judicialización y sanción de los entes corporativos, que se diferencien del existente para los individuos como consecuencia de la realización de los delitos empresariales. Además de lo anterior, el Derecho administrativo sancionador ha demostrado que no resulta suficiente para propiciar eficaces medidas de prevención y protección de bienes jurídicos en este sector³².

Ante la comisión de un delito corporativo, la responsabilidad penal podría recaer de forma exclusiva en el sujeto que ha llevado a cabo la totalidad de los elementos del delito (consumado o intentado). Sin embargo, se deben estructurar las diversas modalidades de intervención delictiva. Si bien, en un delito empresarial pueden actuar muchas personas (que podemos llamar intervinientes en un sentido amplio), la responsabilidad penal queda circunscrita a tres grupos de sujetos: los autores, los determinadores y los cómplices en las conductas delictivas de carácter empresarial³³.

En efecto, en la comisión de los delitos que integran el Derecho penal económico, por su complejidad en la configuración, es preciso establecer el grado de responsabilidad de cada interviniente, bien se trate de delitos de dominio o de infracción de un deber. Lo anterior, implica la caracterización de responsabilidades contra individuos, en aquellos casos que participen directa o indirectamente en su realización de forma activa u omisiva con conocimiento y voluntad, o imprudencia en aquellos tipos penales que así lo contemplen. En efecto, respecto al sistema de responsabilidades individuales las normas existentes en la legislación sustancial contemplan las disposiciones necesarias para garantizar una intervención efectiva³⁴.

3.1.2. RESPONSABILIDAD POR ACTUAR NOMBRE DE OTRO

En este ámbito de responsabilidad empresarial derivada de delito tiene igualmente relevancia la cláusula de “actuar por otro” que prevé el Artículo 29 del Código Penal (Ley 599 de 2000). La norma

³¹ Ídem.

³² Jesús Silva, Deberes de vigilancia y compliance empresarial (Madrid: Marcial Pons, 2013), 104.

³³ Juan Ferré, Miguel Núñez, Paula Ramírez, Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema (Bogotá: Tiran Lo Blanch, 2021), 882.

³⁴ Lascuraín, La responsabilidad penal individual, 288.

determina que será autor aquel que actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de dicho ente jurídico, sin que signifique ello la impunidad legal del último.

Expresamente el artículo 29 del Código Penal colombiano destaca que “También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”.

El art. 29 CP se refiere a los delitos especiales, ya que extiende la responsabilidad penal a sujetos no cualificados que obran en representación de una persona física o jurídica cualificada. Se produce una disociación de los elementos objetivos del tipo entre representado y representante, convirtiéndose este último en un nuevo destinatario de la norma. El representante debe haber intervenido efectivamente, es decir, haber “realizado la conducta punible”. La actuación debe ser llevada a cabo siempre en nombre de la entidad o persona física representada.

El precepto regula con mayor detalle la actuación en nombre de una persona jurídica o de otros entes colectivos. Se imputa la autoría a aquellos que actúan como miembros o representantes jurídicos o de hecho de estos entes ideales, esto es, sus órganos de dirección y representación. En todo caso es una responsabilidad individual que podrá darse con frecuencia en el ámbito de los delitos económicos y empresariales³⁵.

3.1.3. RESPONSABILIDAD EN COMISIÓN POR OMISIÓN

La posición de garantía que poseen determinados sujetos les obliga al cumplimiento de deberes de protección respecto a concretos bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal. En los eventos que dichos sujetos omiten la observancia de los deberes que les han sido asignados, en consecuencia, se puede asignar responsabilidad criminal por un delito de comisión por omisión. En efecto, el Artículo 25 del Código Penal de Colombia, fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico y la fuente material, señalando que la función de garantía se basa en una relación innegable entre el sujeto y el bien jurídico, que establece que aquél que asuma una obligación concreta de impedir el resultado, resulta responsable de la indemnidad del interés de tutela³⁶.

35 Ferré, Núñez, Ramírez, Derecho Penal Colombiano, 667.

36 Martínez-Buján, Derecho Penal Económico y de la Empresa, 498, 499 en el sentido que: “Dicha vía consiste en acudir a la estructura de la comisión por omisión, con el fin de atribuir una responsabilidad penal por omisión impropia a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados, siempre que cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u «hombre de

El legislador, en el artículo 25 referido, pretende equiparar la realización de un resultado típico atribuible a un comportamiento omisivo con la actividad positiva. El delito de comisión por omisión supone la realización de un resultado, que permite equiparar una omisión relevante para el Derecho penal a la causación positiva de la conducta³⁷. En la comisión por omisión, en tal sentido, sólo hay una conexión no real, hipotética, y solamente cabe emitir un juicio de probabilidad en torno a que la acción omitida hubiera evitado el resultado. Por tal razón, entre otros reparos, se formulan objeciones a la equiparación causal entre acción y omisión, ya que –en la mayoría de los casos– la probabilidad de que la acción omitida hubiera evitado tal resultado no pasa de ser más o menos elevada, encontrándose muy lejos de alcanzar la equiparación cercana a la certeza³⁸.

De la revisión de la ley penal y la jurisprudencia, se extrae que, más allá de aquellos tipos penales en los que los administradores podrían ser sancionados según el artículo 29 del Código Penal por sustraerse a una obligación legal cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción penal (como el delito de omisión del agente retenedor, por ejemplo), los gestores de la corporación –sea ésta pública o privada– podrían ser objeto de imputación en aquellos casos en que, por no haber ejercido un control apropiado de las fuentes de peligro criminal intrínsecas a la actividad ordinaria de la organización, les pueden ser atribuidos los delitos de sus subordinados en comisión por omisión³⁹.

Tratándose de la constatación de responsabilidad penal en el caso de los garantes, se precisan dos requisitos. El primero, relativo a la fuente formal de la posición de garante, se relaciona con la existencia de un concreto deber jurídico del autor, que en este caso se deriva de la normativa específica, el contrato o la obligación de controlar ciertas fuentes de peligro⁴⁰. El segundo, referido al vínculo de responsabilidad, por la conexión existente entre la omisión del mencionado deber y el resultado de lesión de los bienes jurídicos afectados con el delito. El empresario como director organizativo de la estructura empresarial es el titular de un amplio entramado de obligaciones, dentro del que se

atrás» se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de ella y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa”.

37 Ferré, Núñez, Ramírez, *Derecho Penal Colombiano*, 329.

38 En relación al tratamiento de la comisión por omisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló en la Sentencia SP 14547 de 2016 (Rad. 46604), que la posición de garante no opera desde un plano general o abstracto, sino que “[...] independientemente de que se tenga previamente o asuma el rol, es lo cierto que la atribución de responsabilidad penal demanda no solo de conocimiento respecto de la existencia del riesgo específico, sino de posibilidad material de evitación...”.

39 La Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, señaló en su Sentencia del 27 de Julio de 2006, Rad. 25536, “[...] En principio las posiciones de garante se refieren a los bienes jurídicos consignados en el parágrafo del artículo 25 del Código Penal, empero, por la fórmula utilizada respecto de posiciones de garante fundadas en la protección en concreto de un bien jurídico o de la vigilancia de una fuente de riesgo de conformidad con la Carta Política o la ley, puede extenderse a otros, incluido el de la administración pública”.

40 Juan Lascaraín, *¿Quién responde por los delitos de empresa?* (Madrid: Almacén de Derecho), 2.

encuentra el deber genérico de control de los riesgos generado con la apertura de la empresa y el desarrollo de las actividades productivas conexos con la producción de bienes y servicios⁴¹.

Lo anterior, trae implícito una serie de obligaciones relacionadas con el desarrollo del objeto social, el control de los peligros asociados, la facilitación de los medios de seguridad adecuados para los trabajadores, la protección del medio ambiente, la garantía de los derechos de los consumidores y usuarios, entre otros. Éstos se corresponderían con distintas obligaciones no sólo de carácter material, sino también con las de naturaleza organizativa, formativa y técnica, muchas de ellas propias a la criminalidad empresarial⁴².

Las obligaciones del empresario como garante, según dichos requisitos, pueden configurar responsabilidades en la órbita de la autoría por omisión, donde se imputa un resultado por no evitarlo. De otra parte, cuando su incumplimiento puede favorecer el delito de otro y por ello puede suponer una responsabilidad a título de participación; o por el incumplimiento de las obligaciones generales de solidaridad, que pueden dar lugar a un delito de omisión del deber de socorro. La determinación del contenido formal de la fuente de garantía del empresario proviene de unas específicas responsabilidades que emana de la normatividad existente. Esta relación, por tanto, obliga al empresario a ejercer una continua labor de salvaguarda de los bienes jurídicos vinculados con el desarrollo del ejercicio social. Es por eso, que corresponde al empresario y demás sujetos obligados el control y supervisión de las fuentes de peligro en el trabajo, proporcionar los medios de seguridad necesarios, la calidad de los bienes prestados y la garantía de los derechos a los trabajadores, terceros y consumidores. También, inspeccionar las fuentes de riesgos; y desplegar un efectivo control sobre los riesgos empresariales endógenos y exógenos⁴³.

En este contexto, un programa de *Compliance* podría servir como instrumento de defensa de los directivos, garantes e individuos que integran los órganos de administración. La razón de ello es simple: si el fundamento de responsabilidad radica en una posible omisión en la aplicación de cautelas como el control en la selección y vigilancia del subalterno que cometió el ilícito atribuido a los primeros, un programa de cumplimiento efectivamente implementado, podría servir como prueba de descargo para revertir tal presunción legal. Lo anterior, en virtud de que dichos programas constituyen

41 Ramírez, Ferré, *Compliance*, Derecho penal corporativo, 160.

42 Paula Ramírez, El delito contra la seguridad y salud en el trabajo: Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal español (Madrid: Iustel, 2007), 118.

43 Juan Lascuraín, Salvar al oficial Ryan: Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento (Madrid: AAVV, 2014) 301, 337; Raquel Montaner, El criminal compliance desde la perspectiva de delegación de funciones, en Estudios Penales y Criminológicos (Barcelona: Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV, 2013), 733, 782.; Ricardo Planas, El responsable de cumplimiento “Compliance Officer” ante el Derecho penal (Madrid: AAVV, Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas, 2013)

precisamente el mecanismo de gestión más pertinente para demostrar una debida diligencia en el control y supervisión de los riesgos penales que enfrenta una organización⁴⁴.

3.2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LOS ENTES CORPORATIVOS Y COMPLIANCE

La determinación de las responsabilidades penales en el marco de empresas e industrias es un asunto complejo, que precisa la distinción de las responsabilidades individuales y la de los entes corporativos. Como se anotó con anterioridad, los individuos físicos que dirigen, administran o simplemente actúan dentro de las empresas responden por vía penal, normalmente a título de autores del hecho delictivo. La complejidad viene marcada por el reparto de competencias y funciones, el trabajo en grupo, la toma de decisiones colectivas, la dualidad de direcciones estratégicas y técnicas, lo cual, supone contar con criterios fiables para delimitar las responsabilidades penales individuales y distinguirlas de las atribuibles a los entes corporativos⁴⁵.

Las personas jurídicas de Derecho privado y público están expuestas a un alto riesgo de incumplimientos normativos por la realización de delitos vinculados con el desarrollo de su objeto social. Con independencia de las responsabilidades de las corporaciones establecidas en diversos sectores del ordenamiento jurídico, existe en el Derecho penal sustancial marcos orientados a fijar responsabilidades directas a los administradores y/o representantes de las organizaciones.

En Colombia, como se destacó con anterioridad, existen consecuencias jurídicas equivalentes a las asociadas a los sistemas de responsabilidad penal corporativa. El presupuesto normativo, como se anotó se encuentra en el Artículo 91 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), ampliado en su alcance por el Artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que, a la empresa, por parte del juez penal de conocimiento, se le podría imponer la sanción más grave que prevén los sistemas de responsabilidad penal formal de las corporaciones, esto es la cancelación de la personería jurídica o multas de cuantía considerable⁴⁶.

En este contexto, reiteramos que la Ley 1474 de 2011, en el artículo 34, señala la posibilidad de

44 Señala Ivó Coca, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada en AAVV, “Criminalidad de empresa y Compliance? Prevención y reacciones corporativas (Barcelona: AAVV, “Criminalidad de empresa y Compliance? Prevención y reacciones corporativas, 2013), 58

45 Ferré, Núñez, Ramírez, Derecho Penal Colombiano, 882.

46 Sobre este aspecto, la Sentencia C-558 de 2004, señaló que dichas medidas pueden decretarse con carácter definitivo en la sentencia emanada del juez de conocimiento. Resultando un tema problemático, cabe mencionar, el de la “dedicación parcial” a actividades delictivas y la observancia de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad centrados en los “motivos fundados”, que habilitarían la imposición definitiva de la sanción.

aplicar medidas sancionatorias, a aquellas personas jurídicas que procuraran beneficiarse de la comisión de delitos contra la administración pública o cualquier otra conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados en forma directa o indirecta por el representante legal o sus administradores. Sin dudas, se trata de una norma imprecisa en relación con el alcance del beneficio empresarial de la conducta delictiva de sus agentes; también, deja un vacío frente a la falta de garantías procesales para la defensa de la empresa⁴⁷.

También, el artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, puesto que las personas jurídicas podrían enmarcarse bajo distintos supuestos de extinción, por ejemplo, cuando los bienes o recursos hubieran sido “(...) producto directo o indirecto de una actividad ilícita” (numeral 1º), o bien frente a aquellos que hubieran “(...) sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas” (numeral 5º). Esa naturaleza material, se refuerza por la competencia, ya que la pretensión extintiva se radica en titularidad de la Fiscalía General de la Nación y la decisión en un juez penal del circuito especializado de extinción de dominio⁴⁸.

En este contexto, consideramos que los programas de *Compliance* surgen como un cuerpo normativo interno que gestiona riesgos penales y administrativos, que se estructuran considerando una serie de medidas de distinta naturaleza con un objetivo común: promover el cumplimiento de la legalidad y la ética en la empresa, evitando que en su interior se logren los objetivos empresariales contrariando la normatividad existente, lo que incluye impedir la comisión de hechos delictivos. *Compliance* no se basa en un deber jurídico en sentido estricto, sino en un incentivo para posicionar de mejor manera a la empresa ante la presencia de determinados riesgos y escenarios con presencia delictiva⁴⁹.

La efectividad de los sistemas de gestión de riesgos, *Compliance* o auditoría, son parte integrante del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta visión podría resultar útil frente a los delitos que comprometen a las empresas, más allá de una visión estrictamente punitiva, que permita fortalecer las visiones integradoras que contengan pilares de disuasión, precaución y cumplimiento como aspectos centrales asociados a la prevención general y especial propia del Derecho penal de todos los tiempos.

En este punto cabe plantear cómo un programa de cumplimiento podría servir para demostrar la buena fe cualificada (diligente y prudente, exenta de culpa) que se exige como descargo en los procesos

47 Los instrumentos de *Compliance* que prevé la legislación comparada podrían servir al juez como base de interpretación de los referidos “motivos fundados”.

48 Ricardo Rivera, La extinción de dominio, 42, 43.

49 Ramírez, Ferré, *Compliance*, Derecho penal corporativo, 97.

de extinción encabezados por la Ley 1708 de 2014. A pesar de que el artículo 7º dice presumir la “buena fe” en todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de bienes, no obstante, en la práctica, el titular del derecho debe probar esa diligencia y prudencia exenta de culpa que prevé el mismo precepto⁵⁰.

En el Derecho comparado la adopción de un eficaz programa de *Compliance* puede llevar a una exoneración plena de responsabilidad penal, a una mera atenuación de pena o resultar irrelevante si el juzgador considera que no cumple con los requisitos legalmente establecidos. En el caso de España, por ejemplo, el legislador ha contemplado estas eximentes y atenuantes sobre la base de la ausencia o disminución de culpabilidad⁵¹. Por lo tanto, el desorden empresarial o defecto de organización se convierte en el fundamento de la culpabilidad y de la pena previéndose un régimen diferenciado si se trata de actuaciones en las que han intervenido directamente los responsables de la empresa en los términos del art. 31 bis a.1 CP (representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios) o los subordinados, conforme a lo dispuesto por el art. 31 bis a.2 del Código Penal de España⁵².

En Colombia, consideramos que los programas de cumplimiento podrían servir como mecanismo de interpretación y determinación de la responsabilidad que consagra el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 y su complemento del Artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (extinción de la personería jurídica, cierre de locales comerciales y de establecimientos de comercio). El fundamento radica en que dichos programas podrían servir como criterio de interpretación al juez de conocimiento en la valoración de los “motivos fundados” que convalidan la inferencia sobre que la empresa se ha dedicado al desarrollo de actividades delictivas⁵³.

4. LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La Ley 1778 de 2016 consagra la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en Colombia (derivada del delito de soborno trasnacional), establece la obligación de implementar los “Programas de Transparencia y Ética Empresarial” previstos por el Artículo 23 y desarrollados por la Circular

50 Ricardo Rivera, La extinción de dominio, 42, 43.

51 Ramírez, Ferré, Compliance, Derecho penal corporativo, 143.

52 Silva, Deberes de vigilancia y compliance, 101.

53 Paula Ramírez, Derecho penal corporativo y compliance: Criterios de imputación penal en las empresas (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2020), 275. señala que “Por primera vez, la Ley 1778 de 2016 regula en su artículo 23 los programas de ética empresarial, al señalar de manera expresa que la Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia la adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de instrumentos y normas internas de auditoría, de la promoción de la cultura de transparencia y de la verificación de mecanismos de prevención de las conductas delictivas”.

Externa 100-000003 de 2016 de la Superintendencia de Sociedades, por parte de las corporaciones enmarcadas bajo la Resolución No. 100-0062621 del 2 de octubre de 2020 del mismo ente regulador.

De igual manera, la Superintendencia de Sociedades, el 9 de agosto de 2021, expidió la Circular 100-000011, por medio de la cual, se modificó integralmente las directrices aplicables a la adopción de los programas de transparencia y ética empresarial en el país. Se trata de una disposición orientada a la prevención integral del soborno transnacional y la corrupción. La circular modifica los criterios para que una entidad se considere obligada a adoptar programas de transparencia a partir del 2022, esto es, las corporaciones con ingresos o activos de menor valor respecto a las que resultan obligadas en la actualidad⁵⁴.

La Circular también introdujo la obligatoriedad de contar con un oficial de cumplimiento para la implementación del programa y los requisitos que debe tener el responsable de *Compliance*. Dentro de los que se incluyen estar domiciliado en Colombia y no pertenecer a la administración, a los órganos sociales o al órgano de revisoría fiscal o quien ejecute funciones similares. En todo caso, este oficial de cumplimiento podrá ser la misma persona que sea designada para la implementación del manual de Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SAGRILAF)⁵⁵.

La Circular incluye, además: 1) la identificación y gestión de riesgos de corrupción, lo cual supone, que los programas no solo deberán incluir una regulación para prevenir la comisión de soborno transnacional sino también los riesgos relacionados con la contratación con entidades estatales nacionales; y 2) lineamientos más específicos y obligatorios respecto a la forma como deben adelantarse las distintas etapas del programa respectivo⁵⁶.

Determinar entonces, las responsabilidades en el ámbito empresarial, supone analizar los riesgos y su concreción en resultados lesivos, también, valorar la eficacia de los programas de *Compliance* para aminorar las fuentes de peligro que afectan intereses de especial relevancia. En efecto, en el ordenamiento jurídico de Colombia se contemplan sanciones administrativas a las entidades obligadas por mandato del Artículo 86 de la Ley 222 de 1995, y la Ley 1778 de 2016, en su Artículo 7, para quienes

⁵⁴ Thomas Rotsch, *Criminal Compliance* (Barcelona: InDret, 2012), 5. “(1) Una primera particularidad fundamental reside en el objetivo del Criminal Compliance. En la mayoría de los casos se circunscribe éste a la evitación de la responsabilidad (...)”. Sobre la relevancia de los programas de *compliance* con respecto a la responsabilidad individual y la relativa a la criminalidad de las empresas o proveniente de ellas, Vid. Sieber, *Programas de compliance en el derecho penal*, 89

⁵⁵ Ver Circular 100-000011 de 2021.

⁵⁶ Esta circular comenzará a regir a partir del 1 de enero de 2022, derogando expresamente y a partir de su vigencia, la Circular Externa 100-000003 de 2016. Es importante recordar que la no adopción del PTEE según las instrucciones de esta circular puede implicar la apertura de investigaciones administrativas y las imposiciones de sanciones.

incumplan el control de los riesgos. El marco legal referido señala en consecuencia, “la existencia, ejecución y efectividad” de los Programas de Cumplimiento como criterio para la atenuación de la multa de hasta 200.000 SMMLV, que podría imponer la entidad reguladora por esas conductas de soborno.

En lo relacionado con los delitos contra la administración pública por parte o desde empresas de Derecho privado, igual relevancia alcanza la previsión del inciso tercero del artículo 34 de la Ley 1474 de 2011. El inciso se refiere a la posibilidad que tendría la Superintendencia de Sociedades de imponer a la persona jurídica la sanción de hasta 200.000 SMMLV, en aquellos casos en los que sus representantes legales o administradores hubieren sido condenados por el delito de *cohecho por dar u ofrecer*⁵⁷.

Sobre este aspecto, existe un riesgo legal notorio para la persona jurídica, pues si bien el mencionado Parágrafo 1º prevé que para los efectos de la graduación de dicha sanción podrían ser tenidas en cuenta diversas circunstancias “atenuantes”, entre las que se hallaría la existencia, ejecución y efectividad de Programas de Transparencia y Ética Empresarial (u otros mecanismos anticorrupción) o que la persona jurídica haya entregado pruebas relacionadas con la actividad delictiva por parte de sus administradores o empleados, no obstante, dicho precepto no prevé ninguna causal eximente de responsabilidad. Es aquí donde dichos Programas podrían servir de criterio para que el supervisor pueda interpretar los principios de razonabilidad y proporcionalidad a los que se halla vinculado, para moverse en la mínima porción que permita el amplio margen que consagra la sanción de hasta 200.000 SMMLV que podrían imponerse.

En este contexto, sobresalen los Programas de Cumplimiento como instrumentos que recogen estrategias en la prevención y mitigación de los riesgos empresariales y en el fortalecimiento de la cultura ética de todos los miembros de la organización. El mundo de los negocios se caracteriza por su constante evolución y por el incremento de los riesgos asociados con el ejercicio social que precisan la actualización constante de las medidas de *Compliance*. En determinados supuestos, las conductas de incumplimiento pueden ser consecuencia de un proceso de delegación deficiente, la ausencia de gestión de los peligros asociados con la actividad corporativa o la adopción de medidas ineficaces o simbólicas. En efecto, como lo prevé la Circular de 9 de agosto de 2021 los Programas de Transparencia y Ética Empresarial no pretenden sustituir o eximir la evaluación particular, el autocontrol y gestión que cada Entidad Obligada deba hacer acerca de sus Riesgos de Corrupción y/o Riesgos de Soborno Transnacional, así como los mecanismos que adopte para enfrentar tales riesgos. Destacando además que un buen programa está orientado a, prevenir, detectar y corregir situaciones que tengan la

57 Artículo 34 de la Ley 1474 de 2011.

potencialidad de convertirse en una práctica de corrupción⁵⁸.

5. ASPECTOS ESENCIALES EN UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Aunque existen muchos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es preciso destacar las cuestiones comunes en la mayoría de esos sistemas, puesto que La responsabilidad penal de los entes corporativos no es igual a la de la persona física. En realidad, hay una responsabilidad penal doble: la de la persona física, que se rige por los parámetros ordinarios de cualquier hecho delictivo, y la responsabilidad penal añadida de las personas jurídicas⁵⁹.

Para poder estructurar este tipo de responsabilidad, normalmente se exige como presupuesto que un miembro de la empresa haya cometido un hecho delictivo, dentro del marco propio de las actividades empresariales y buscando beneficios o ventajas para la entidad.

Debe constatarse un hecho delictivo cometido por un miembro de la empresa, esto es, una persona física. Puede exigirse que se trate exclusivamente de un directivo u otro miembro relevante de la empresa. Algunos sistemas exigen que el hecho se realice personalmente por el directivo, pero en otros casos es suficiente con que el directivo lo autorice o tolere. Incluso puede apreciarse responsabilidad porque el directivo no ha cumplido con sus deberes de supervisión, vigilancia y control de sus subordinados en la empresa, que son los que efectivamente han realizado el hecho. En otros sistemas es suficiente con que el delito sea llevado a cabo por cualquier empleado, trabajador o agente de la empresa⁶⁰.

En otros, por último, ni siquiera es necesario identificar al concreto directivo o trabajador que ha cometido el delito, siempre que se compruebe que es obra de algún miembro indeterminado de la empresa. En este supuesto es imprescindible demostrar la culpabilidad de la entidad, que existirá si se comprueba una gran desorganización interna, esto es, el llamado “disturbio empresarial”⁶¹.

58 Ver Circular 100-000011 de 2021, donde se señala que un Programa de Ética Empresarial, deberá contener los procedimientos encaminados a poner en funcionamiento las Políticas de Cumplimiento, con el fin de identificar, detectar, prevenir, gestionar y mitigar los Riesgos de Corrupción y/o los Riesgos Soborno Transnacional. De acuerdo con las mejores prácticas internacionales, un PTEE deberá redactarse en forma simple y clara, de manera que pueda ser entendido por cualquier persona que tenga acceso a él.

59 Ramírez, Ferré, *Compliance, Derecho penal corporativo*, 65.

60 OCDE, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20* (Paris: Éditions OCDE, 2016) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>: “El marco del gobierno corporativo garantizará la comunicación oportuna y precisa de todas las cuestiones relevantes relativas a la empresa, incluida la situación financiera, los resultados, la propiedad y sus órganos de gobierno”.

61 Ferré, Núñez, Ramírez, *Derecho Penal Colombiano*, 882.

En consecuencia, el que actúa debe hacerlo dentro del marco propio de actividades de la empresa. Excluye todo hecho delictivo en el que esté implicado un directivo o trabajador a título particular. Debe haber un hecho de conexión, una relación entre el ilícito cometido por el individuo y las actividades propias de la entidad. Además, tiene que perseguir beneficios o ventajas para la empresa. Si las ventajas del delito fueran exclusivamente para el directivo o trabajador que interviene, quedará excluida la responsabilidad de la sociedad⁶².

Consideramos que la responsabilidad de la persona jurídica debe fundarse en un defecto de organización: si una empresa ha establecido correctamente los mecanismos de gestión, organización y control para evitar delitos y pese a ello se comete un hecho delictivo, la entidad no responderá penalmente, pues no existe culpabilidad. Además, si una vez cometido el delito, la empresa demuestra un comportamiento postdelictivo adecuado, probando que el suceso ha sido puntual y adoptando las normas internas pertinentes para evitar nuevos delitos en el futuro, la culpabilidad y la pena pueden llegar a desaparecer.

En cuanto al fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, debe existir, como es lógico, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Pero la sanción no puede sustentarse en una falta de motivación ante la amenaza de pena, ya que las personas jurídicas no son en sí motivables. De allí, la importancia del *Compliance*. Se trata de un sistema que identifica, previene y mitiga los riesgos, mediante códigos de conducta y de mecanismos de control y auditoría que toda empresa debe asumir, observar e implementar. Las empresas, según sus dimensiones, deben dictar códigos internos que ayuden a prevenir delitos (controles, régimen disciplinario, sanciones, etc.). Si lo hacen, su conducta no será culpable y por lo tanto quedarán exoneradas de responsabilidad.

Pero el defecto de organización no es el único fundamento posible para adoptar un modelo directo de culpabilidad de la empresa. Como lo destaca HEINE, es relevante la culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial. Lo anterior, dado que la culpabilidad de la empresa no sólo se estructura sobre la base de un defecto empresarial, sino en un sistema corporativo defectuoso de los riesgos⁶³. Así, para todas las empresas que realizan actividades peligrosas durante un largo periodo de tiempo deben mantener la organización empresarial dentro del riesgo permitido, es decir, la exigencia de no descuidar los riesgos típicos de la actividad y el aseguramiento de fuentes de peligro, supervisión y control de

62 En el modelo de responsabilidad vicarial. (Responsabilidad objetiva de la empresa) Con un gran paralelismo con las responsabilidades civiles, es el sistema vigente en distintos países como Reino Unido o Francia (vicarious liability). Una vez que se comprueba que en una sociedad o persona jurídica se ha cometido un delito, siempre que lo materialice un miembro de la empresa actuando dentro del marco propio de las actividades empresariales y buscando beneficios o ventajas para la entidad, parte de la responsabilidad será transferida a la, de tal forma que se sancionará tanto al individuo que ha realizado el hecho como a la propia persona jurídica.

63 Ferré, Núñez, Ramírez, Derecho Penal Colombiano, 730.

toda la actividad empresarial, mantener el nivel de seguridad en la delegación de competencias, etc.⁶⁴

Las sanciones que lleguen a ser impuestas a las empresas deben pretender la autorregulación de la sociedad, motivar a los responsables para que se organicen, y establezcan ciertos códigos de prevención contra el delito en el interior de la empresa. En este contexto, la sanción por excelencia es la multa, que tendrá en cuenta la capacidad económica de la corporación. Pero dado que se está castigando por no contar con una organización interna adecuada, la intervención o supervisión judicial serán sanciones significativamente importantes. También es de gran trascendencia, la posibilidad de disolver o liquidar la empresa. Igualmente se podrían establecer otras sanciones de impacto para determinados sectores económicos o empresariales, como la imposibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, o de participar en concursos públicos, la revocación de una concesión administrativa, etc.⁶⁵.

En un modelo de responsabilidad penal atribuible a la persona jurídica, deben respetarse los principios fundamentales, en particular, el principio de culpabilidad, donde sus contenidos resulten matizados y adaptados a un ente colectivo. No debemos olvidar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un espacio que aún está en construcción en Iberoamérica. Seguramente se alcanzará un modelo más depurado, que permita consagrar una solución eficaz, pero a su vez garantista para las personas físicas y jurídicas⁶⁶.

6. DESAFIOS Y VISIONES DE FUTURO EN LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y COMPLIANCE

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y *Compliance* se han incorporado en la realidad político criminal de los países de nuestro entorno, logrando protagonismo en las discusiones relacionadas con la criminalidad corporativa. En este contexto, los programas de cumplimiento contribuyen a determinar y abordar los riesgos a los que se exponen las personas jurídicas y quienes las representan en el marco de su actividad productiva⁶⁷.

Uno de los retos más importantes para Colombia frente a su compromiso con la ética, la buena gobernanza y la prevención de prácticas contrarias a la legalidad en las corporaciones (como la corrupción), es su adhesión como miembro a la OCDE⁶⁸. Sin perjuicio de las Convenciones

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ramírez, Ferré, *Compliance*, Derecho penal corporativo, 143.

⁶⁶ Ferré, Núñez, Ramírez, *Derecho Penal Colombiano*, 882.

⁶⁷ OCDE, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*, 13, 15.

⁶⁸ OECD, *Countries agree to invite Colombia as 37th member*, <https://www.oecd.org/newsroom/oecd-countries-agree-to-invite-colombia-as-37th-member.htm> “As part of its accession process, Colombia has been subject to in-depth reviews by 23 OECD

Internacionales suscritas por el país, con impacto en el gobierno corporativo y la adopción de buenas prácticas contra la delincuencia en las organizaciones⁶⁹.

Colombia ha asumido compromisos en la prevención y persecución de la criminalidad corporativa, que buscan fomentar mayores incentivos para la autorregulación en las corporaciones que faciliten la prevención de malas prácticas y el fortalecimiento de la cultura de legalidad, la transparencia y la ética⁷⁰.

La reputación corporativa es el resultado del cumplimiento y ética empresarial que garantiza la capacidad competitiva de las compañías. Por tal razón, las empresas se esfuerzan por vincularse con valores éticos y gozar de la confianza de los consumidores, empresarios y sociedad en general. Los códigos éticos, no obstante, consagran un catálogo de valores y principios básicos que no derivan en medidas concretas que puedan evitar la corrupción⁷¹. La misma OCDE ha señalado, que la autorregulación constituye una vía propicia para generar confianza en las relaciones contractuales privadas y la misma gestión del riesgo de integridad.

Cuando una corporación implementa un programa de *Compliance* eficaz supone la adopción de una estructura interior en la empresa, potestativa con carácter general y solo puede ser beneficiosa para la persona jurídica, en los términos que la ley conceda beneficios a quienes han recurrido a su establecimiento. En efecto, puede tener consecuencias eximentes o atenuantes de responsabilidad penal. También, puede resultar favorable a la hora de decidir si se imponen medidas cautelares contra la empresa, tras el inicio de un proceso penal en su contra⁷².

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está generando una especie de prueba compleja, construida bajo el supuesto de exoneración de responsabilidad en torno a los programas *Compliance*.

Committees and has introduced major reforms to align its legislation, policies and practices to OECD standards, including on labour issues, the reform of its justice system, corporate governance of state-owned enterprises, anti-bribery, trade as well as new national policies on industrial chemicals policy and waste management”.

69 Este conjunto de políticas responden en parte a los compromisos asumidos por el Estado tras la suscripción de tratados como la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Ley 67 de 1993), el Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Ley 808 de 2003), la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (Ley 800 de 2003), la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 970 de 2005) y la *Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos en Transacciones Comerciales Internacionales* de la OCDE (Ley 1573 de 2012).

70 Existen varios proyectos de ley como el 149 de 2020, 178 de 2020 y 341 de 2020, sobre responsabilidad de personas jurídicas que consagran distintos mecanismos de Compliance como vía para el fomento de la cultura ética en las corporaciones privadas y públicas, el cumplimiento de la legalidad y la prevención de prácticas irregulares.

71 Así, por ejemplo, la recomendación de la OCDE para combatir el cohecho extranjero, adoptada en 2009, insta a los países miembros que alienten a las empresas a desarrollar y adoptar controles internos adecuados, así como programas o medidas de ética y cumplimiento con el fin de evitar y detectar el cohecho de funcionarios públicos extranjeros.

72 Ramírez, Ferré, Compliance, Derecho penal corporativo, 65.

Por una parte, deberá demostrarse que la empresa “ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”⁷³.

Un programa de Compliance entonces, debe implicar a la totalidad de directivos y trabajadores, que permita la detección temprana de ilícitos penales y administrativos. Entre otros elementos necesarios de prueba, destacan las competencias atribuidas al *Compliance Officer*, su actitud hacia las denuncias y su grado de tolerancia hacia eventuales comportamientos de los altos directivos contrarios a la ética en los negocios.

Además, el programa de cumplimiento debe ir acompañando de todos los protocolos que sustenten la seriedad del compromiso en contra del riesgo delictivo (investigaciones llevadas a cabo por el *Compliance Officer*, expedientes internos, sanciones a trabajadores, actualización del modelo, etc.). Conducido de los modelos específicos de reacción de la empresa ante los riesgos relacionados con el objeto social corporativo que puedan desencadenar en delitos⁷⁴.

En el programa de cumplimiento corporativo, tiene especial relevancia la figura del *Compliance Officer*, ya que este sujeto suele tener acceso al máximo órgano social o a un asesor jurídico de primer nivel y ser un individuo clave en la prevención y observancia de la cultura de ética organizacional en articulación con el consejo de dirección, ya que este último, es el órgano decisorio que adopta las medidas importantes vinculadas con las políticas de *Compliance* de la compañía. En efecto, el panorama de la autorregulación corporativa es inevitable. Bien, mediante una modalidad de autorregulación de imposición consciente de reglas, meta-regulada mediante el establecimiento de medidas generales por parte del Estado y generación de incentivos para su adopción, o de autorregulación regulada o co-regulación y control estatal estricto. Definitivamente, las empresas, los directivos de las corporaciones, los trabajadores, terceros y las agencias del Estado concernidas, deben continuar avanzando en la toma de conciencia sobre la importancia del cumplimiento y de las graves consecuencias por no llevarlo a cabo, tanto de naturaleza penal como regulatoria.

7. REFLEXIONES FINALES

El panorama mundial corporativo se enfoca en la adopción de buenas prácticas por parte de las organizaciones privadas y públicas, con el propósito de evitar no sólo los riesgos asociados al

73 Ramírez, Ferré, *Compliance, Derecho penal corporativo*, 143.

74 Ibid.

incumplimiento de disposiciones legales o regulatorias. Sino además a su existencia misma entidad, como un riesgo estratégico que puede incidir en el desarrollo de la actividad empresarial, relaciones con terceros, confianza en los negocios y éxito corporativo.

La persona jurídica se enfrenta a un horizonte social, económico y político en el que su aplicación regulatoria debe comprender el impacto en la sociedad, en los trabajadores, consumidores y competidores, también, en el medio ambiente en el que opera y la economía de mercado en la que desarrolla su objeto social. En un escenario complejo y cambiante, la delimitación de modelos de responsabilidad jurídica es fundamental para potencializar el éxito en los negocios y la confianza entre los actores del orden económico y social. La utilidad del *Compliance* resulta eficaz si se encamina no sólo a la observancia de los mandatos legales en estricto sentido, sino, además, en el fortalecimiento de la autorregulación, precaución y acatamiento de la conducta ética y de buena gobernanza, que incidan en el desarrollo de los negocios, la responsabilidad social corporativa y el impulso de la economía.

Sin lugar a dudas, cuando se trata de la investigación y judicialización penal por hechos cometidos al interior de las empresas las dificultades son significativas. De una parte, por las limitaciones de las estructuras clásicas del Derecho penal para resolver estas formas de criminalidad y de otra, las complejidades propias a los delitos que se cometen a través de la persona jurídica. Además, los delitos corporativos precisan de métodos especializados en la detección y persecución de estas formas de criminalidad que plantean nuevos instrumentos complementarios al Derecho penal como *Compliance*.

Los programas de cumplimiento precisan entonces, de una mirada diferente al Derecho penal clásico, pues suponen modelos orientados a la prevención y al fortalecimiento de medidas eficaces de vigilancia que garanticen la observancia de la legalidad y los mecanismos de regulación, orientados al fortalecimiento de una cultura ética que resulte transparente, incluyente, integra y sin excepciones de ninguna naturaleza. Las empresas deben desarrollar buenas prácticas de cumplimiento regulatorio, como parte integrante de su objeto funcional y su compromiso empresarial que sean acatadas por todos los actores que la integran.

La existencia del *Compliance* fortalece la buena gestión de los riesgos asociados con la actividad empresarial e impulsa una gestión responsable de los negocios. La consolidación de un conjunto de procedimientos y practicas eficaces en las organizaciones encaminadas a la detección y abordaje de los riesgos empresariales y legales, supone el desarrollo de mecanismos idóneos en su gestión, prevención y control, los cuales, deben incluir estándares de ética, transparencia y buen gobierno corporativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Bernate, Francisco. Las personas jurídicas frente al Derecho Penal Colombiano. Bogotá: Ibáñez, 2020.
- Cigüenza, Javier. La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural en la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Del Moral, Antonio. Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo” en AAVV, “Tratado sobre compliance penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Dezner, John. Compañías y personas no estadounidenses y la FCPA: la ley contra prácticas corruptas en el extranjero. La Rioja: Actualidad Jurídica Aranzadi, 2010.
- Faraldo, Patricia. Los *compliance programs* y la atenuación de la responsabilidad penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Feld, Kayla. Controlling the Prosecution of Bribery: Applying Corporate Law Principles to define a Foreign Official. Washington: Washington Law Review, 2013.
- Fernández, Javier. El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Ferré, Juan, Miguel Núñez, Paula Ramírez, Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema. Bogotá: Tiran Lo Blanch, 2021
- Flores, Ignacio, Ana, Sánchez, La ausencia de la persona jurídica en el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Galán, Alfonso. Acción, tipicidad y culpabilidad penal de la persona jurídica en tiempos del compliance: Una propuesta interpretativa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Garrigues, Antonio. Manual para vivir en la era de la incertidumbre. Barcelona: Deusto, 2018.
- Gómez, Carlos. La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU. Madrid: Ramón Areces.
- González, Maria. La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- González, José. Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos, en AAVV: Tratado sobre compliance penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- González, Piedad. El derecho fundamental a la libertad de empresa y compliance penal” en AAVV: Tratado sobre compliance penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- González, José, Claudio, Nash. Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos. Informe de la tercera reunión regional de especialistas. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2011.
- Hernández, Esperanza. La importancia de afrontar un enfoque ético en el desarrollo de programas compliance, en AAVV, Actualidad Compliance. Navarra: Aranzadi, 2018.
- Huskins, Priya. FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch. Stanford: Stanford Law Review, 2008.

- Israel, Jerol et al. Proceso penal y la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Khulen, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal, en AAVV, Compliance y teoría del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Lascuraín, Juan. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Martínez, Leandro. Guía para prevenir la responsabilidad penal en la empresa. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- Montiel, Juan, Lothar Kuhlen, Íñigo Ortiz. Compliance y teoría del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Nieto, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.
- Ortiz, Íñigo. Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en EEUU”, en AAVV, Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Ramírez, Paula, Juan Ferré, Compliance, Derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.
- Ramírez, Paula, Juan Ferré. Compliance, Compliance, El delito de Corrupción Transnacional en Estados Unidos y Colombia: alcance del principio de extraterritorialidad de la Ley Penal Norteamericana y Compliance. Bogotá: Derecho Penal, Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Ramírez, Paula. La Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero. La FCPA de los Estados Unidos: “Compliance”, Extraterritorialidad y Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht”, en Desafíos del Derecho Penal en la Sociedad del Siglo XXI. Bogotá: Temis, 2018.
- Ramírez, Paula. Derecho penal corporativo y *Compliance*: Criterios de imputación penal en las empresas”, en AAVV, Problemas actuales de derecho penal Económico. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2020.
- Rivera, Ricardo. La extinción de dominio: un análisis al Código de Extinción de Dominio. Bogotá: Leyer, 2015.
- Schünemann, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. Madrid: Tecnos, 2002.
- Sieber, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Valencia: AAVV, El Derecho penal económico en la era de compliance, 2013.
- Silva, Jesús. Deberes de vigilancia y compliance empresarial en AAVV Compliance y teoría del Derecho

- penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Silva, Jesús. Criminalidad de empresa y Compliance. Barcelona: Atelier, 2013.
- Sutherland, Edwin. Is 'White-Collar Crime' Crime? Washington: American Sociological Review, 1945.
- Tarum, Robert. The Foreign Corrupt Practices Act Handbook. Nueva York: American Bar Association, 2013.
- Uribe, Saúl. Delitos contra la Administración Pública. Medellín: Ediciones Unaula, 2014.
- U.S Department of Justice. Evaluation of Corporate Compliance Programs. Evaluation of Corporate Compliance Programs. Criminal Division, Fraud Section, 2017.
- U.S Sentencing Commission. Guidelines Manual, Chapter Eight. Sentencing of Organization, 2016.
- Villegas, María. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos. Pamplona: Aranzadi, 2016.
- Westbrook, Amy. Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act. Athens: Georgia Law Review, 2011.
- Wrage, Alexandra, Anne Richardson. Siemens G-Violations of the Foreign Corrupt Practices Act. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PERSONAS JURÍDICAS: ¿RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR DELITOS O INFRACCIONES, O RESPONSABILIDAD PENAL?

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY 1778 DE 2016*

MERY ANGÉLICA MANTILLA**

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 8 de diciembre de 2021.

RESUMEN

En este artículo se acepta la responsabilidad penal de la persona jurídica como viable, no hay rechazo a esta posibilidad, desconocerla es omitir el papel protagónico de los entes corporativos en la provisión de bienes y servicios en el contexto mundial actual. Sin embargo, antes de aceptar la aplicación de este tipo de régimen, es necesario revisar como ejemplo teórico y práctico, el diálogo que la Ley 1778 de 2016 ha entablado entre responsabilidad administrativa, delitos e infracciones administrativas, al menos en lo que corresponde a las conductas de soborno transnacional y cohecho por dar u ofrecer. A partir del análisis de la Ley 1778 de 2016: “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”, puede realizarse el debate sobre algunos criterios y presupuestos que son necesarios tener claros a la hora de implementar de manera práctica, un régimen de esta naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano. Ahora bien, sea que se tome el camino de la responsabilidad penal de la persona jurídica o de su responsabilidad administrativa por delitos (o infracciones), habrá un punto de encuentro: las políticas de cumplimiento o *compliance*; ese será el elemento fundamental en la previsión y prevención del riesgo, y a la hora de enfrentar el juicio del reproche penal o administrativo

PALABRAS CLAVE

Cohecho local, cohecho por dar u ofrecer, *compliance*, cumplimiento, responsabilidad administrativa, infracciones administrativas, régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

* Artículo de reflexión.

** Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Instituciones Jurídico-Penales de la Universidad Nacional de Colombia y Magíster en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo: meryangelicamantilla@outlook.com. Todo lo que se manifiesta aquí, se hace a título personal y no representa ninguna posición institucional ni compromete su posición objetiva al momento de enfrentarme a la aplicación del mandato de la ley.

LEGAL PERSONS: ADMINISTRATIVE LIABILITY FOR CRIMES AND INFRACTIONS, OR CRIMINAL LIABILITY?

SOME CONSIDERACIONS ON LAW 1778 OF 2016*

MERY ANGÉLICA MANTILLA**

Received: september 30, 2021. Accepted: december 8, 2021.

ABSTRACT

This article accepts the criminal liability of the legal person as viable, there is no rejection of this possibility; to ignore it is to omit the leading role of corporate entities in the provision of goods and services in the current world context. However, before accepting the application of this type of regime, it is necessary to review the theoretical and practical example that the dialogue on Law 1778 of 2016 has established among administrative liability, crimes and administrative offenses, at least in what corresponds to the foreign bribery and local bribery. Based on the analysis of Law 1778 of 2016: *“By which regulations are issued on the liability of legal persons for acts of transnational corruption and other provisions are issued in the fight against corruption”*, we can do a debate on some criteria and assumptions that must be clear, when it comes to practically implementing a regime of this nature in the Colombian legal system. Now, being in the path of criminal liability of the legal person or administrative liability for crimes, there will be a meeting point: compliance policies; this will be the fundamental element in the forecasting and prevention of risk and when facing the trial of criminal or administrative reproach.

KEY WORDS

Administrative liability, administrative offenses, compliance, criminal liability of companies, foreign bribery, local bribery.

* Analytical article.

** Lawyer from Universidad Nacional de Colombia, Specialist in Criminal Institutions from Universidad Nacional de Colombia and Master of Law and Economics from Universidad de Buenos Aires, Argentina. Email: meryangelicamantilla@outlook.com. Everything said here is on a personal basis and does not represent any institutional position or compromise her working position when facing the application of the law.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es realmente un tema en construcción y aún bajo análisis de toda la dogmática penal. No hay una posición unánime y tanto opositores como abanderados poseen argumentos contundentes, los mismos o bien se ubican en la esencia del derecho penal como teoría de la conducta y por ende la culpabilidad *-nullum crimen sine culpa-*, o en el contexto socioeconómico mundial donde las corporaciones son las protagonistas en la construcción de entornos de bienestar para el ser humano y donde sin las mismas, algunos esquemas de corrupción no hubieran obtenido el propósito delictivo esperado.

En este sentido, este escrito plantea ideas que invitan a la reflexión; reconocer un régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica deberá en todo caso hacerse de manera progresiva; aceptarla, sin tener claro el marco procesal, su acusador y juez naturales, y el debido proceso estricto que le corresponde puede ser peligroso. Este tema demanda muchos retos, como pensar que quizá la culpabilidad, que tanto se echa de menos en la estructura del punible respecto a entes morales, se halla en el beneficio obtenido por el ente social o, que quizá un régimen de responsabilidad administrativa consecuencia de fallos de responsabilidad penal o delitos hechos infracciones, pueda ser más disuasivo.

Casos mediáticos ponen sobre la mesa la necesidad de imponer una responsabilidad penal a las personas jurídicas para contrarrestar la impunidad y las dificultades de vincular situaciones corporativas con reproches individuales; pero precisamente no se trata de encontrar respuestas con ánimo populista ni tratar el tema solo en la coyuntura. Otros casos no son tan claros, y ahí entonces se revela la dificultad de hacerse de esta posición una máxima positiva en algunos ordenamientos jurídicos de talante conservador.

Pese a lo anterior, jurisdicciones en la región Latinoamericana como Ecuador⁰¹, Chile⁰², Guatemala⁰³ y México⁰⁴, han reconocido directamente la existencia de la responsabilidad jurídica penal de las sociedades. En otros países como Colombia, Perú, Nicaragua y República Dominicana se han incorporado medidas accesorias y sistemas de responsabilidad administrativa⁰⁵. Esta ha sido la respuesta de la región al estándar internacional que impone la necesidad de modificar las propias legislaciones y reconocer que la persona jurídica puede ser sancionada por la comisión de conductas penales, bien por la vía de la jurisdicción penal ordinaria, o por la vía de regímenes especiales sancionatorios; correlativamente esto permite ser partícipe de gremios internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-, lo cual brinda un estatus importante que hace que los países sean más atractivos para la inversión extranjera, presupone la disminución del riesgo país, la existencia de una institucionalidad más imparcial y objetiva que brinda seguridad jurídica, y en general, permitiría un mercado internacional que tiende al equilibrio y permite de una manera óptima, el intercambio de bienes y servicios⁰⁶.

Y ¿cómo viene resultando? Complejo determinarlo, pues dependerá desde dónde se le mire, si desde un enfoque represivo, que no encuentra contraprestación en fallos de responsabilidad penal contra personas jurídicas como se esperaría; o desde un enfoque preventivo, en el que un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas puede generar incentivos de prevención importantes: como la autogestión del riesgo y todo lo que comporta el concepto de cumplimiento o *compliance*⁰⁷, reduciendo las estadísticas de corrupción y riesgo de lavado de activos.

Además de estos incentivos y si de eficiencia y disuasión se trata, un régimen de responsabilidad administrativa de las sociedades por delitos e infracciones administrativas puede entonces ser mucho más conveniente, y esto ya está ocurriendo, y así lo trata incipientemente la Ley 1778 de 2016⁰⁸ en

01 Código Penal Orgánico Integral, artículos 49 y 50. Ecuador.

02 Ley 20.393 del 2 de diciembre de 2009, artículo 2º. Chile

03 Código Penal de Guatemala, artículo 38. Guatemala.

04 Código Nacional de Procedimientos Penales Federal, Artículo 422. México.

05 Organización de Estados Americanos, *La responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de corrupción en América Latina*, acceso el 28 de septiembre de 2021, https://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf

06 “Acerca”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-, acceso el 1º de noviembre de 2021, <https://www.oecd.org/acerca/>

07 Un concepto claro sobre lo que es hoy cumplimiento, se recoge en el capítulo XIII, Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades. “2. Definiciones (...). “Programa de Transparencia y Ética Empresarial o PTEE: es el documento que recoge la Política de Cumplimiento, los procedimientos específicos a cargo del Oficial de Cumplimiento, encaminados a poner en funcionamiento la Política de Cumplimiento, con el fin de identificar, detectar, prevenir, gestionar y mitigar los Riesgos de Corrupción o los Riesgos de Soborno Transnacional que puedan afectar a una Entidad Supervisada, conforme a la Matriz de Riesgo, y demás instrucciones y recomendaciones establecidas en el presente Capítulo”.

08 Diario Oficial 49.774, 2 de febrero de 2016. Ley 1778 de 2016: “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de

materia de soborno transnacional y cohecho por dar u ofrecer, aunque otorgándosele un tratamiento diferente a cada una de estas conductas, como veremos.

Antes de entrar en un análisis en detalle, revisemos algunos dogmas.

1. EL MITO DEL *SOCIETAS DELIQUERE NON POTES*

Muchas discusiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se zanan bajo la máxima *Societas Delinquere Non Potes*, que quiere indicar que una sociedad no puede delinquir. Realmente ¿no pueden delinquir?; Odebrecht, HSBC⁰⁹ y AIRBUS¹⁰, entre otras, parecieran indicarnos que sí, tanto que lo han aceptado y se han comprometido, al menos las dos últimas, en continuar en el ruedo fortaleciendo sus programas de cumplimiento.

Casos como estos, advierten que sin el brazo orgánico y financiero que poseen corporaciones de tal talante, hubiera sido imposible pensar, diseñar, implementar y ejecutar un esquema de corrupción en esas dimensiones, abrazando como en el caso de la primera, a casi toda la región latinoamericana. Una gran corporación que puede acceder a grandes contrataciones estatales, ganar reputación, acreditar solvencia y liquidez, y experiencia, puede extenderse creando pares en cada una de las jurisdicciones locales en las que desea operar, y todo esto, bajo el “buen nombre” que se ha ganado como estructura societaria.

Lo anterior demuestra que constituye un grave error en la argumentación fundarse en una máxima que empieza a resultar desueta y desactualizada. Ningún dogma puede tenerse como estático y absoluto; ello hubiera impedido la reivindicación de los derechos fundamentales de minorías que en esencia les correspondían y no en virtud de la ley, el reconocimiento de la constitucionalización del derecho y la democratización de la elección popular de algunos cargos públicos. Si el derecho se fundara sobre axiomas, nada pasaría. Todo ha venido siendo cambiante y dinámico; y no es porque nos hayamos dado cuenta de nuevas verdades, no, lo que advertimos es que muchos pensamientos se hallaban mal fundamentados: en paradigmas o creencias limitantes.

las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”.

09 “HSBC said to near 1.9 billion settlement over money laundering”, *DEAL BOOK NEW YORK TIMES*, acceso el 27 de septiembre de 2021, <https://dealbook.nytimes.com/2012/12/10/hsbc-said-to-near-1-9-billion-settlement-over-money-laundering/>.

10 “Airbus reaches agreements with French, UK, and US authorities”, *AIRBUS*, acceso el 27 de septiembre de 2021, <https://www.airbus.com/newsroom/press-releases/en/2020/01/airbus-reaches-agreements-with-french-uk-and-us-authorities.html>.

Argumentar bajo un axioma sin contexto puede llevar a conclusiones erradas, y aceptar dogmas en virtud de la tradición jurídica, puede ser equivocado.

Ello puede haber ocurrido con el supuesto principio de *Societas Delinquere Non Potest*:

“Si las bases de nuestro sistema de derecho civil responden al modelo implantado por el derecho romano, reintroducido en la Edad Media a través de la escuela de Bolonia, no ocurre lo mismo con el derecho penal, que está en constante renovación tanto en la parte especial, con la introducción y supresión de tipos penales.

(...)

*Esta diferencia entre la influencia del derecho romano en los ordenamientos civil y penal no siempre es tomada en cuenta por los especialistas, que en ocasiones han buscado la autoridad de Roma como argumento para defender sus tesis. Eso es lo ocurrido con la frase *societas delinquere non potest*, que con frecuencia incorporaba un argumento que podría glosarse así: no se debe reconocer la responsabilidad penal corporativa porque no la reconocían los romanos, como demostraría la propia frase”¹¹.*

¿Será que lo entendimos mal, que se trata de un mito, y que nunca existió dicho precepto? Lo cierto es que hoy dicha máxima no está funcionando pues no responde a la realidad de un mundo que enfrenta fenómenos como la macrocriminalidad y la convergencia criminal. Exploremos estos conceptos:

1.1. MACROCRIMINALIDAD

Hoy no estamos frente a organizaciones constituidas con el propósito fiel de delinquir y lograr superar para su fin barreras fronterizas, controles y garantías legales, vigilancia y judicialización. No, no se trata de mafias o carteles, que genuinamente se dedicaban al negocio criminal y que periféricamente creaban sociedades y establecimientos de comercio fachada que apoyaban sus propósitos delictivos. Este es un modelo desueto y aunque existe aún y genera externalidades negativas en los mercados y en la institucionalidad, la preocupación también se ha trasladado a otros actores reconocidos como legítimos.

Hoy preocupan las grandes corporaciones y las multinacionales, que con un propósito legal y una firme convicción de dar desarrollo a su objeto social, con o sin conocimiento o, con o sin consentimiento de directivas y representantes legales, incorporan dependencias y oficinas en sus propios domicilios y en el extranjero dedicadas al *managment* de los propósitos delictivos.

¹¹ Víctor Martínez Patón, *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina Societas Delinquere Non Potest* (Buenos Aires: B de F, 2019), 43.

Se trata de verdaderas Organizaciones Criminales Transnacionales (OCT) como se ha reconocido en la literatura¹², que se permiten el sustento de sus utilidades mediante el desarrollo legal de su objeto social y también la ejecución sistemática de conductas penales: soborno transnacional, cohecho local, falsedad, lavado de activos, celebración indebida de contratos, corrupción de alimentos, delitos contra el medio ambiente; entre otras. En otros términos, para mantenerse en el mercado han recurrido a la ejecución de delitos de manera sistemática, viéndose obligados posteriormente dar apariencia de legalidad a esas ganancias. Se trata así de un ciclo delictivo en que intervienen áreas corporativas¹³ y personas naturales, quienes ejecutan no la voluntad individual propia sino la de la corporación, a través de la realización de sus funciones y bajo el propósito común de desarrollar un objeto social.

Esta macrocriminalidad va más allá de superar las fronteras nacionales; para mantenerse en un mercado global que implica simultaneidad en varias geolocalizaciones, se deben influenciar gobiernos, tercerizar servicios, girar dineros en jurisdicciones no cooperantes¹⁴, enviar emisarios a cerrar negocios, asumir gastos de entretenimiento, cautivar voluntades, derribar o comprar licencias, exportar ficticiamente para lograr divisas, registrar proveedores que solo existen en el papel, aparentar solvencia financiera, y para esto, hay que crear corporaciones, compañías, sucursales y en general, sociedades, y todas estas como: legales.

La macrocriminalidad corporativa es uno de los grandes retos del Derecho Penal, pues inmersa en la legalidad logra escapar a la vigilancia tradicional, por ello, el control debe dispersarse e iniciar en las mismas corporaciones, como corresponde en esta sociedad de autogestión del riesgo.

1.2. CONVERGENCIA CRIMINAL

Refiere este concepto a la comisión de múltiples conductas penales que se organizan en una secuencia cíclica de medio a fin, donde el medio transmuta a fin y este a su vez en medio de otra finalidad delictiva. No se trata de concursos penales que se ubican anticipadamente para cumplir un objetivo específico; sino se trata de ciclos, fases o etapas en que las conductas punibles se ejecutan de manera continua e incluso se confunden con acciones legales para poder pasar desapercibidas. El desarrollo de un contrato en todas sus partes legal, por ejemplo, puede estar anclado a pagos periféricos indebidos y continuos de entretenimiento a quienes definen la suerte de un negocio permitiendo conservar dicha relación contractual; así que si bien se puede estar frente a la ejecución de un contrato con objeto

¹² Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales* (Navarra: Aranzari, 2015), 38.

¹³ Ibid.

¹⁴ “Asuntos Internacionales, Lista de Países no cooperantes y jurisdicciones de alto riesgo”, UIAF: Unidad de Información y Análisis Financiero, acceso el 28 de septiembre de 2021, https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/lista_paises_no_cooperantes_29282

lícito, el mismo se nutre para su operatividad de un delito subyacente.

Es por ello común en este contexto de convergencia criminal¹⁵ que concursen tipos penales que atentan contra aparentes inconexos bienes jurídicos en principio, ejemplo los delitos contra la propiedad industrial, el tráfico de personas y delitos contra la integridad sexual. De alguna u otra forma, la industria de la piratería usa mano barata, migrantes ilegales cuya voluntad es muchas veces coaccionada mediante agresiones de naturaleza sexual. Comprar piratería por ejemplo, financia indirectamente el tráfico de personas, pues incentiva la constitución de grandes maquilas ilegales cuya mano de obra principal pueden ser los inmigrantes víctimas de a quienes coaccionan para trabajar allí, sin las condiciones justas y todo bajo un manto de ilegalidad que se aprovecha de la vulnerabilidad humana¹⁶. Algunas veces ni si quiera se trata de comercialización de mercancía usurpada, sino de la distribución de bienes propios que traen consigo una industria manchada por el atentado a la propia dignidad humana.

Por esto lo importante de una política de cumplimiento o *compliance* que también incorpore programas de transparencia y ética empresarial coherentes¹⁷; porque al final se trata de esto, de un sentido ético en la vida. El contexto socioeconómico actual, bajo los dos elementos mencionados, exige que entendamos el papel del Derecho Penal bajo otros paradigmas, lejos de una idea tradicional fundada exclusivamente en conductas volitivas subjetivas, puestas en ejecución por el ser humano.

Si hablamos por ejemplo de cumplimiento o *compliance* como un elemento necesario en la prevención de riesgos de lavado de activos, financiación de terrorismo, proliferación de armas de destrucción masiva y corrupción nacional e internacional para una persona jurídica, necesariamente estamos dejando de lado supuestos de inimputabilidad e imposibilidad de verificar su culpabilidad, pues le estamos otorgando a la persona jurídica la capacidad de autogestionar el riesgo: identificarlo, medirlo y mitigarlo. Como indica la doctrina: “En tales casos la responsabilidad no se imputará porque la entidad participe realmente en la malicia o el dolo, sino porque el acto se lleva a cabo para el beneficio del capital, es decir, de la propia compañía...”¹⁸.

¹⁵ Michael Miklaucic y Jacqueline Brewer, *Convergence, Illicit Networks and National Security in the Age of Globalization* (Washington: Center for Complex Operations, 2013).

¹⁶ Un referente claro de esta situación que nos aporta el cine es: “Biutiful”, película dirigida por Alejandro González Iñárritu en la que se plantea esta problemática. El cine, la mayor de las veces, es un recurso más contundente para visualizar problemáticas sociales que una reseña bibliográfica.

¹⁷ Ley 1778 de 2016, artículo 8º y capítulo XIII, Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades. “Programa de Transparencia y Ética Empresarial o PTEE: es el documento que recoge la Política de Cumplimiento, los procedimientos específicos a cargo del Oficial de Cumplimiento, encaminados a poner en funcionamiento la Política de Cumplimiento, con el fin de identificar, detectar, prevenir, gestionar y mitigar los Riesgos de Corrupción o los Riesgos de Soborno Transnacional que puedan afectar a una Entidad Supervisada, conforme a la Matriz de Riesgo, y demás instrucciones y recomendaciones establecidas en el presente Capítulo”.

¹⁸ Juan Gabriel Rojas López, *Derecho Administrativo Sancionador* (Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia,

Ahora bien, bajo el contexto anterior, queda más que claro que puede ser urgente la implementación de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿pero será eficiente, o podría mejor, establecerse una responsabilidad administrativa derivada de responsabilidades penales?

Revisemos lo que justamente viene sucediendo con la Ley 1778 de 2016.

2. FUENTES DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: INFRACCIÓN Y DELITO

Hoy Colombia no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo, a partir de la Ley 1778 de 2016 mediante la cual se “(...) *dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*”, sí se establece el régimen de responsabilidad administrativa de sociedades, por la conducta de soborno transnacional y cohecho por dar u ofrecer, bajo supuestos y requisitos específicos. Aclaro, el escenario es estrictamente administrativo sancionatorio y no penal, aunque se relacione con conductas tipificadas en el Código Penal Colombiano en sus artículos 433 y 407.

Este régimen administrativo da un tratamiento bajo un procedimiento específico a cada una de estas conductas¹⁹, así:

- i. Tipifica como infracción administrativa una conducta que igualmente es delito (artículo 2º de la Ley 1778 de 2016).
- ii. Determina que la declaratoria de una condena penal en firme por el delito de cohecho por dar u ofrecer contra administradores o representantes legales, permite iniciar la acción administrativa sancionatoria contra la Sociedad que resultó beneficiada con esa conducta punible (artículo 35 de la Ley 1778 de 2016).

Revisemos el primero de los puntos:

2020), 198.

19 “¿Cuál es el rol de la Superintendencia de sociedades en materia de soborno transnacional?” *Superintendencia de Sociedades*, acceso el 13 de diciembre de 2021, <https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Infografias/Infografia-Soborno-Transnacional.pdf>; “Facultades de investigación y sanción a sociedades por condenas penales de sus administradores y/o representantes legales por el delito de cohecho por dar u ofrecer”, *Superintendencia de Sociedades*, acceso el 13 de diciembre de 2021, <https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Infografias/Facultades-investigacion-conductas-cohecho.pdf>

2.1. ¿DELITOS O INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS?

A partir del artículo 2º de la Ley 1778 de 2016, se tipificó como infracción administrativa la conducta de soborno transnacional, que igualmente corresponde a una conducta punible según el artículo 433 del Código Penal Colombiano.

En el siguiente paralelo se destacan las diferencias y similitudes para la conducta como delito e infracción administrativa:

Art. 433 Ley 599 de 2000 – Código Penal Colombiano	Art. 2º Ley 1778 de 2016
El que dé prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Parágrafo. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la calidad cualquier funcionario o	Las personas jurídicas que por medio de uno o varios: (i) empleados, (ii) contratistas, (iii) administradores, o (iv) asociados, propios o de cualquier persona jurídica subordinada: (i) den, (ii) ofrezcan, o (iii) prometan, a un servidor público extranjero, directa o indirectamente: (i) sumas de dinero, (ii) cualquier objeto de valor pecuniario u (iii) otro beneficio o utilidad, a cambio de que el servidor público extranjero; (i) realice, (ii) omita, (iii) o retarde, cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional. Dichas personas serán sancionadas administrativamente en los términos establecidos por esta ley. Las entidades que tengan la calidad de matrices, conforme al régimen previsto en la Ley 222 de 1995 o la norma que la modifique o sustituya, serán responsables y serán sancionadas, en el evento de que una de sus subordinadas

funcionario o agente de una organización pública internacional.	incurra en alguna de las conductas enunciadas en el inciso primero de este artículo, con el consentimiento o la tolerancia de la matriz. Parágrafo 1º. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional. Parágrafo 2º. Lo previsto en esta ley para las personas jurídicas se extenderá a las sucursales de sociedades que operen en el exterior, así como a las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades en las que el Estado tenga participación y sociedades de economía mixta. Parágrafo 3º. Lo previsto en el presente artículo no se aplica cuando la conducta haya sido realizada por un asociado que no detente el control de la persona jurídica.
--	---

La conducta de soborno transnacional, como infracción y delito, es realmente la misma; y para la infracción administrativa el soborno transnacional, se precisan los posibles sujetos activos en relación con la persona jurídica infractora y se modifica naturalmente la sanción a una multa como “pena” principal.

Ahora bien, ¿cuáles son las diferencias entre una infracción administrativa y un delito? Ninguna

de manera ontológica. La distinción es útil a nivel práctico: permite asignar competencias a las instituciones, determinar el debido proceso a regir y establecer la naturaleza lógica de la sanción principal: multa o pena privativa de libertad.

Según nuestro ejemplo, es claro que para el caso del delito, por mandato constitucional intervendrá la Fiscalía General de la Nación, y frente a la infracción administrativa, la Superintendencia de Sociedades en virtud del artículo 3º de la misma Ley y conforme el proceso debido establecido, sin que podamos decir cuál de las dos situaciones resulta más gravosa; de hecho, para una Sociedad puede ser más gravosa la sanción que pueda imponer la Superintendencia al incidir de manera concurrente en su patrimonio, en su activo reputacional e impedirle contratar o ser beneficiaria del Estado:

“Artículo 5º

Sanciones.

La Superintendencia de Sociedades impondrá una o varias de las siguientes sanciones a las personas jurídicas que incurran en las conductas enunciadas en el artículo 2º de esta ley. La imposición de las sanciones se realizará mediante resolución motivada, de acuerdo con los criterios de graduación previstos en el artículo 7º de la presente ley:

- 1. Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
- 2. Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años. La inhabilidad para contratar con el Estado iniciará a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada. Esta inhabilidad será impuesta a las personas jurídicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993.*
- 3. Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.*
- 4. Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años”.*

Parágrafo. Una vez ejecutoriada el acto administrativo por medio del cual se impongan las sanciones de que trata esta ley, este deberá inscribirse en el registro mercantil de la persona jurídica sancionada. La Superintendencia de Sociedades remitirá el acto administrativo a la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica o a la Superintendencia Financiera de Colombia, según sea el caso, para su inscripción en el registro correspondiente a fin de que esta información se refleje en el correspondiente certificado de existencia y representación legal.

En el caso de personas que no tienen la obligación de tener el registro mercantil que llevan las Cámaras de Comercio, el acto administrativo sancionatorio se remitirá al ente de control que los supervisa o

vigila, con el fin de que lo publique en su página web. La publicación deberá realizarse en un aparte que se destine exclusivamente a la divulgación de los nombres y número de identificación tributaria de las personas que hayan sido sancionadas de conformidad con esta ley”.

Este análisis es recurrente en la doctrina y literatura administrativa, así por ejemplo:

“No existen diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y el delito, lo cual no significa que no haya diferencias de otra índole. Partiendo de la base de que el derecho es producto de los acuerdos sociales y del proceso político, la determinación de lo que será calificado como infracción administrativa y delitos es fundamentalmente, por lo que, en última instancia, terminará siendo delito lo que el legislador califique como tal, y lo propio ocurrirá con la infracción administrativa”²⁰.

En otras palabras, no hay misterio, por decirlo de una manera coloquial, entre lo que es delito y lo que es infracción administrativa, y contrario a esto, la diferenciación es puramente nominativa y práctica, para situarnos o bien en el régimen sancionatorio penal o administrativo. Así, la clasificación apunta más a definir dónde se ubica la competencia funcional para investigar, sancionar y/o judicializar en tal caso, el delito y/o la infracción.

Otra postura doctrinaria refuerza esta idea, con lo cual se confirma que no es caprichosa esta conclusión:

“Hemos sostenido, con la mayor parte de la doctrina, que la distinción entre injusto penal y administrativa no es cualitativa, ni tampoco cuantitativa, sino puramente formal. Es injusto penal el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales, y en aplicación de un procedimiento criminal. Es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos administrativos, con sanciones administrativas, aunque fueran punitivas o retributivas, y mediante un procedimiento administrativo. Otra distinción de carácter sustancial no es posible”²¹.

Pretender encontrar diferencias entre una y otra categoría es inútil, no conlleva ninguna finalidad; en sí, se trata de una decisión derivada de la libertad de configuración del legislador y que apunta a permitir esa asignación de competencias en la distribución de cargas en la institucionalidad. Definir que una categoría es más gravosa que otra es una ilusión; una infracción administrativa puede conllevar a una multa y a una exposición reputacional que puede resultar más gravosa para una persona jurídica, que

20 Juan Gabriel Rojas López, *Derecho Administrativo Sancionador* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2020), 407.

21 Silvina Bacigalupo y Miguel Bajo Fernández; *Política Criminal y blanqueo de capitales* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2009), 130.

enfrentar hasta el momento, un proceso penal en contra de sus administradores²² y/o representantes legales.

Conforme lo anterior, igualmente tendría sentido que la investigación y sanción de la infracción administrativa, como ocurrió en este caso donde la misma conducta constituye delito e infracción administrativa, le sea asignada a otra entidad diferente al titular natural del *ius puniendi*, como lo es la Fiscalía General de la Nación. Esto quiere indicar que el derecho administrativo sancionador también se equipara a dicha facultad emanada del Estado, y que en pro del interés que le corresponde vigilar, le pueden ser asignadas competencias específicas a otras entidades, que concurren con igual legitimación en la protección del mismo bien jurídico tutelado.

Como ocurre a tenor del artículo 3º de la Ley 1778 de 2016, la Superintendencia de Sociedades vela porque el sector real se desarrolle dentro de los límites de la legalidad y las buenas prácticas empresariales, conforme las sanas prácticas de competencia, evitando que las compañías o sucursales colombianas, sean vehículos exportadores de corrupción con capacidad de trasgredir la sana competencia empresarial en jurisdicciones extranjeras. Al evitarse estas prácticas, igualmente se protege la economía nacional, pues si bien, como ocurre en el soborno transnacional el destinatario es el servidor público extranjero, al final estos dineros o pagos indebidos pueden justificarse contablemente bajo otros conceptos y la alteración de estados financieros, y de conseguirse el resultado, las utilidades obtenidas pueden volver a nuestro mercado mediante maniobras de aparente legalidad, es decir, constitutivas de lavado de activos.

2.2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR CONDENAS DE SUS ADMINISTRADORES: COHECHO POR DAR U OFRECER²³.

El artículo 35 de la Ley 1778 de 2016, por su parte, prevé que habrá lugar a responsabilidad administrativa cuando:

“**Artículo 35. Medidas contra personas jurídicas.** Modifíquese el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 34. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se

²² Ley 222 de 1995, artículo 22.

²³ Ley 599 de 2000. Artículo 407: “El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

Cuando exista sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada contra el representante legal o los administradores de una sociedad domiciliada en Colombia o de una sucursal de sociedad extranjera, por el delito de cohecho por dar u ofrecer, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes si, con el consentimiento de la persona condenada o con la tolerancia de la misma, dicha sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera se benefició de la comisión de ese delito. Igualmente, podrá imponer la sanción de publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. También podrá disponer la prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años. En esta actuación, la Superintendencia de Sociedades aplicará las normas sobre procedimiento administrativo sancionatorio contenidas en el Capítulo III del Título III de la Ley 1437 de 2011. Parágrafo 1º. Para efectos de la graduación de las sanciones monetarias de que trata el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a. *la existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera;*
- b. *la realización de un proceso adecuado de debida diligencia, en caso que la sociedad domiciliada en Colombia o la sucursal de sociedad extranjera haya sido adquirida por un tercero y que*
- c. *la persona jurídica haya entregado pruebas relacionadas con la comisión de las conductas enunciadas en este artículo por parte de sus administradores o empleados.*

Parágrafo 2º. En los casos de soborno transnacional, la Superintendencia de Sociedades aplicará el régimen sancionatorio especial previsto para esa falta administrativa”.

También para el caso del delito de cohecho por dar u ofrecer, cuando se cumple con todos los presupuestos de la norma, la competencia de investigación y sanción le fue asignada a la Superintendencia de Sociedades. En este caso, entendemos que tales facultades se legitiman en el interés de proteger directamente el rol de las empresas en la economía nacional y su relación con la administración pública, en términos éticos y transparentes.

Si bien la Ley 1778 de 2016 se enfoca en prevenir, investigar y sancionar la corrupción en el contexto nacional e internacional, reprochando que se cautive la voluntad del funcionario público nacional y extranjero en favor del interés de la sociedad; en este caso no se mutó la conducta de cohecho por dar u ofrecer en una infracción administrativa, donde bien pudo haberse tenido en cuenta como sujeto activo a la sociedad favorecida ilícitamente. Contrario a esto, el legislador determinó como requisitos de procedibilidad para esta competencia:

- La existencia de una condena penal en firme por el delito de cohecho por dar u ofrecer.
- Que dicha responsabilidad penal sea contra el administrador o el representante legal.
- Que se haya ejecutado la conducta para beneficio de la sociedad.
- Que haya mediado consentimiento o tolerancia de la persona condenada para beneficiar a la sociedad.

Como se aprecia en norma en cita, habrá lugar a imponer sanciones monetarias y reputacionales, y para efectos de su graduación, también se tendrá a favor la existencia de programas de transparencia y ética empresarial, es decir, el nivel de *compliance* o de cumplimiento como valor corporativo de la empresa.

Grandes retos y dificultades a la hora de investigar a aquellas sociedades que incurren en el pago de dádivas a funcionarios públicos nacionales, pues una vez cometida la conducta y logrado el beneficio ilícito, pueden pasar muchos años para obtenerse una declaratoria de responsabilidad penal en firme. A esta conclusión se llega una vez leída la norma en estudio y teniendo en cuenta las dinámicas procesales de nuestro sistema penal acusatorio hoy, desde la etapa de indagación hasta la de juicio oral y respectivos recursos. Litigantes y estudiosos de este tema, ya habrán advertido las dificultades para la aplicación de esta ley conforme la realidad procesal penal colombiana.

¿Habrá pensado en esto el legislador, habrá pensado en las normas de caducidad, en la pérdida de mismidad de la evidencia al transcurrir el tiempo y las dificultades para lograr su recaudo, especialmente en poderse probar de manera conducente el beneficio obtenido por la sociedad pese al transcurrir del tiempo? Por ahora, solo dejo estos interrogantes.

Además, a diferencia de lo que ocurrió con incorporar el delito de soborno transnacional como infracción administrativa, a la cual se le asignó un procedimiento especial en los términos del artículo 8º de la Ley 1778 de 2016; la investigación administrativa que adelante la Superintendencia de Sociedades por cohecho por dar u ofrecer se surtirá por el procedimiento sancionatorio previsto en el artículo 47 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, las razones por las que el legislador ha incorporado como presupuesto de responsabilidad administrativa la existencia de una condena penal para un delito en específico, o por qué equipara un delito a infracción administrativa, no se revelan en la exposición de motivos de la Ley referida, y sí una fuerte contradicción al respecto:

“Finalmente se proponen cinco artículos nuevos para dar mayor efectividad a las investigaciones administrativas que deberán adelantar las Superintendencias. Una preocupación expresada al Gobierno Nacional por los evaluadores de la OCDE tiene que ver con el vínculo que tendría que existir entre las actuaciones penales y las administrativas. De acuerdo con la OCDE, para que haya una verdadera independencia entre la responsabilidad de la persona natural y aquella de la persona jurídica, las Superintendencias deben contar con las herramientas para realizar sus investigaciones autónomamente sin la necesidad de aguardar el resultado de una investigación penal por parte de la Fiscalía”²⁴.

Como se observa en la Ley 1778 de 2016, al menos en lo que corresponde al delito de cohecho por dar u ofrecer, habrá que esperar el resultado del proceso penal y respetar, como corresponde, la autonomía e independencia judicial. Ciertamente es que en lo que corresponde a la lucha contra la corrupción nacional, no se tuvo en cuenta la dinámica de los procesos penales a cargo de su jurisdicción ordinaria; prever que deba existir una condena penal en firme, le resta independencia a la Superintendencia de Sociedades en el análisis del caso, y en la verificación de si la Persona Jurídica ha resultado beneficiada al incurrir en pagos, promesas y/o entregas de dineros o beneficios ilícitos a servidores públicos nacionales. Si la Entidad puede hacerlo para el tema de soborno transnacional, sin requerir un fallo penal de responsabilidad penal individual, bien podía hacerlo respecto a actos constitutivos de cohecho por dar u ofrecer.

Al final, no se trata de invadir el análisis de la responsabilidad penal individual, sino poder determinar en aras de evitar la impunidad de aquellos casos donde los esquemas de corrupción son evidentes; es usual que corporaciones contraten *lobbistas*, terceros y asociados para que mediante el pago de dádivas y favores, logren levantar las garantías legales necesarias para el funcionamiento correcto del mercado, la libre competencia y la generación de empleo. Y en esto también falló el legislador, restringir la norma a solo representantes y administradores, es desconocer la lógica criminal con la que actúan las corporaciones que usan este tipo de conductas amañadas, pues también estos servicios son tercerizados a quienes al final, no tienen ningún vínculo jurídico con la sociedad, pero sí actúan en su representación.

²⁴ Gaceta del Congreso, año XXIV, No. 380, viernes 5 de junio de 2015.

III. COMPLIANCE: EL PUNTO DE ENCUENTRO. LAS POLÍTICAS DE CUMPLIMIENTO Y LOS PROGRAMAS DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA EMPRESARIAL

Independientemente del camino que se elija, la responsabilidad penal de la persona jurídica de manera directa, o la administrativa por delitos o infracciones que replican conductas punibles, la estrategia de prevención del riesgo y la estrategia de defensa ante una u otra jurisdicción será la misma: *compliance*. En otras palabras, esa debida diligencia intensificada²⁵, hoy se debe incorporar en la correcta implementación y ejecución material de las políticas de cumplimiento corporativas.

Es una realidad inevitable como lo reconoce la doctrina:

“Merece mención un área de gestión, especialmente desarrollada en las sociedades de capital, que día a día vienen adquiriendo mayor realce y que ciertamente determinar el ámbito de responsabilidad jurídica tanto para la persona jurídica como para sus agentes. Se trata de la función de control o fiscalización de este tipo de entidades, labor que puede estar referida a la situación contable y financiera de aquella, y que se ejerce internamente -controller- o de manera externa a disposición de la junta o asamblea de asociados - revisoría fiscal, síndico, inspector de cuentas, comisario-. Pero además, los estándares internacionales están imponiendo una función de control adicional para la prevención de determinados delitos -como el blanqueo de capitales y la corrupción pública- que se debe realizar a través de la institución del compliance, y que resulta de particular importancia en la determinación de las responsabilidades penales, para y dentro de los entes morales”²⁶.

Como se indica, el cumplimiento además de ser una exigencia legal se viene implementando en el sector real de manera espontánea pues se reconocen ya sus beneficios en materia de prevención, hoy se ha comprendido que la promesa de una sociedad perdurable también se halla en la autogestión de sus propios riesgos.

Si bien la Ley Colombiana, en el proceso para la implementación de su política de cumplimiento ha detallado a las empresas obligadas directamente, a través de varias disposiciones normativas²⁷ para la de prevención de riesgos asociados a lavado de activos, financiación del terrorismo, corrupción y soborno transnacional; lo cierto es que en general, deben predominar los siguientes elementos:

²⁵ Superintendencia de Sociedades, Circular Externa No. 100-000016 de 24 de septiembre de 2021.

²⁶ Juan Carlos Prías Bernal, *Anotaciones sobre Derecho Penal Económico* (Bogotá D.C: Legis, 2021), 262.

²⁷ Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, Capítulos X y XIII; Sarlaft 4.0, Superintendencia Financiera Circular Externa 027 de 2020.

3.1. ENFOQUE DE RIESGO Y AUTOGESTIÓN

El enfoque de riesgo se fundamenta en validar el conocimiento propio que las sociedades tienen de su operación. La institucionalidad acepta que sean las mismas sociedades las que, siguiendo una metodología general de detección, mitigación y control del riesgo, se permitan autónomamente y de manera responsable, determinar sus riesgos inherentes, operacionales, jurisdiccionales, entre otros, e implementar mejores y mayores controles para dar seguimiento a los riesgos residuales, y en sí, para evitar que sean vehículos de corrupción y criminalidad.

3.2. CUMPLIMIENTO MATERIAL: RIESGO, CONTROLES Y SEGUIMIENTO

Años atrás las normas que en Colombia iniciaron la regulación del cumplimiento, fueron acogidas solo formalmente. Los supuestos sistemas de autogestión solo se detallaban en el papel y en buenas intenciones de gobiernos corporativos. Hoy se exige que haya una realidad material de estos sistemas de cumplimiento, idoneidad profesional de quienes custodian los procesos de autogestión del riesgo y seguimiento efectivo. En otras palabras, debe realmente haber un compromiso ético y lo debido es involucrarse en cada proceso que asumen las compañías, lo que permitirá conocer los riesgos reales y ejecutar medidas idóneas de mitigación y control.

Un adecuado enfoque de riesgo permitirá una adecuada autogestión del mismo y el cumplimiento material de controles y validación (seguimiento) de los mismos. En relación con estos puntos vale la pena traer en cita esta reflexión:

“(…) es indispensable tener en cuenta que si bien la normatividad faculta a cada empresa para que diseñe libremente el programa, sistema o plan que mejor se acomode a sus características, necesidades, políticas y objetivos, la posibilidad de autorregularse está limitada por el conjunto mínimo de mecanismos de detección, prevención y reporte contenidos en dicha normatividad. Luego, las empresas deben diseñar programas, sistemas o planes que, en todo caso, satisfagan ese estándar mínimo previsto en la regulación. (...) las empresas deben recordar que cualquiera que sea el programa, sistema o plan que adopten, este debe servir para mitigar el riesgo de corrupción y no solo para cumplir formalmente la norma, por consiguiente, su diseño debe estar precedido de un estudio de riesgo que identifique y mida el nivel de exposición, como medida inicial de riesgo inherente que luego se comparará con mediciones periódicas posteriores de riesgo residual, que determinarán si el programa es eficaz.

(...)es importante aceptar que cada empresa es un mundo diferente. No hay dos empresas iguales, ni siquiera cuando pertenecen al mismo sector y operan en las mismas jurisdicciones, ofreciendo los mismos bienes o servicios. En consecuencia, no puede haber dos empresas que tengan el mismo programa, sistema

*o plan anticorrupción*²⁸.

Conforme esto y considerando las pautas que determine la Ley que hoy se enfrenta a un desarrollo acelerado en materia de cumplimiento, será importante que las empresas logren que sus dependencias se involucren activamente en la identificación de aquellos riesgos potenciales a través de reportes oportunos a las áreas de cumplimiento. Claro está, en la práctica hay varios retos:

- Creación de canales que faciliten estos reportes internos, transparencia en el proceso y acompañamiento en la realización de reportes y seguimiento de potencialidad de riesgos para aligerar la carga de quienes realizan esta gestión.
- La responsabilidad del análisis del riesgo al final debe estar en las áreas de cumplimiento, que deben proveer herramientas y conocimiento a los directamente encargados de una operación en específico para un diagnóstico conjunto y no operar a la inversa, lo cual desincentivaría la posibilidad de reportes futuros. Ejemplo: el no adecuado manejo y estudio de un factor de riesgo, puede inhibir la realización de operaciones esenciales en la sociedad o generar un temor futuro de reporte.
- Las direcciones de cumplimiento deben de manera continua acompañar este proceso y asumir igualmente la responsabilidad; si el factor de riesgo es verificable sí se amerita la cancelación de una operación en específico, pero no ante la mera sospecha y ausencia de acompañamiento al área involucrada directamente.
- Sensibilizar sobre la importancia de hacerse partícipe en el proceso de detección de riesgos, sin incurrir en políticas premiales que puedan distorsionar la objetividad de las alertas. Para este cometido se requiere una fuerte estrategia de pedagogía y concientización de la importancia de estos procesos en la operatividad de las sociedades.

Con esto último se concluye que la dirección o áreas de cumplimiento de una sociedad, adquieren un rol protagónico para su misma operatividad, si bien deberán dialogar y lograr consensos con los ejes fundamentales de la organización empresarial, serán el órgano consultor permanente en la revisión de los planes y proyectos en curso y los futuros, y en todo caso, serán el pilar de la defensa ante el reproche de una responsabilidad administrativa asociada a conductas punibles o una responsabilidad jurídica penal directa, si en un futuro esta última es reconocida en el ordenamiento jurídico Colombiano.

La siguiente apreciación va incluso más allá y con esto invito a la siguiente reflexión:

²⁸ Wilson Alejandro Martínez Sánchez, *Guía para la gestión del riesgo de corrupción en las empresas* (Bogotá: Legis, 2019), 38.

“My point is that a well-designed progressive compliance program should be designed to educate, inspire, and enforce all the behavioral standards of the organization, especially those that are deemed so important that they are labeled as core values”²⁹.

IV. MÁS QUE CONCLUSIONES, ALGUNAS REFLEXIONES

Frente a todo lo anterior y especialmente lo que comporta un régimen de responsabilidad administrativa versus una responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, planteo lo siguiente:

- En el ordenamiento jurídico colombiano no hay claridad sobre los fundamentos de si debe instituirse un régimen de responsabilidad administrativa de manera directa o indirecta, en relación con conductas penales. Si pueden iniciarse procesos administrativos de manera simultánea al proceso penal, como ocurre en materia de soborno transnacional, o si la responsabilidad administrativa se genera en virtud de un fallo individual en firme de responsabilidad penal de administradores y representantes. Por ahora y solo respecto a dos delitos como hemos visto y como se muestra, se han instituido dos vías diferentes.

La solución no es pacífica, el primer supuesto implicaría volcar un sin número de delitos como infracciones administrativas, para poder allí iniciar una distribución de competencias conforme la legitimidad de múltiples entidades: Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia Financiera, Superintendencia de Vigilancia y Seguridad, entre otras. Casi que una distribución por competencias en relación con su interés en la tutela de los bienes jurídicos vulnerados.

Esto impediría institucionalizar un verdadero régimen sustancial y procesal de la responsabilidad administrativa derivada de conductas penales, o entender como concepto dogmático que la declaratoria de responsabilidad penal en firme, es fuente directa de responsabilidad administrativa de la sociedad beneficiada.

- También se han hecho reproches a la forma en que hoy se surten los procesos administrativos

²⁹ “Mi punto es que un programa de cumplimiento progresivo bien diseñado debe diseñarse para educar, inspirar y hacer cumplir todos los estándares de comportamiento de la organización, especialmente aquellos que se consideran tan importantes que se etiquetan como valores fundamentales”. Traducción libre: Michael Josephson, JD, *Redefining compliance and the role of the Chief Compliance Officer*, acceso 30 de septiembre de 2021: <https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/ethikos/past-issues/2014/scce-2014-05-ethikos-josephson.pdf>

y se reclama un ejercicio más garantista³⁰. Total razón hay en ello. No escapa el catálogo de principios y garantías constitucionales a la facultad administrativa sancionatoria, quizá esta inquietud nos avoque a asignar en un futuro, competencias en un nivel jurisdiccional para estos temas también a las mismas Superintendencias, como ya viene ocurriendo.

- Considerarse que la responsabilidad administrativa de una sociedad por conductas penales pueda coexistir con un régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica debe revisarse respecto a retos y dificultades: principio de proporcionalidad, coherencia entre las sanciones a imponer por una y otra jurisdicción, análisis económico costo – beneficio de las penas a imponer (necesidad de pena). Un régimen de responsabilidad administrativa puede ser más disuasivo: multa, afectación reputacional y compromisos en reforzar programas de cumplimiento para permitir que la sociedad se mantenga en el sector real como unidad económica productiva y generadora de empleo. Si esto ocurre así, la sanción administrativa puede cumplir de una mejor manera con efectos de prevención especial y general, permitiendo además, la existencia de la sociedad en el mercado. Lo contrario, una pena derivada de una responsabilidad penal puede generar una externalidad tan negativa como: desempleo, desequilibrio de la competencia y favorecimiento de monopolio, si es el caso de la suspensión de la persona jurídica.

- Hasta tanto no se haya definido con claridad la aplicación de un posible régimen de responsabilidad penal de la empresa, y se reorganicen las competencias entre las diferentes entidades que poseen interés para intervenir como investigadores y sancionadores -y que quizá amerita la imparcialidad de un juez -tercero-, será difícil diseñar, implementar y poner en ejecución un régimen eficiente de responsabilidad penal que lleve a sanciones realmente disuasivas. Por ahora tentativamente me animo a decir que el país no cuenta con la infraestructura para el tamaño de esta misión; y que en todo caso requeriría de toda una estructura orgánica propia y especializada a cargo del propio acusador natural: la Fiscalía General de la Nación, o a quien delegue esta entidad, según se logre un desarrollo legal importante de la aplicación del parágrafo 2º³¹ del artículo 250 de la Constitución Política.

- De implementarse un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, será necesario una política criminal coherente con el rol de las otras jurisdicciones. La imposición

30 “Quien investiga no puede ser que sancione”, *Asuntos Legales*, acceso: 21 de junio de 2021, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/quien-investiga-no-puede-ser-quien-sancione-3181587>

31 Constitución Política de Colombia. “Artículo 250: (...)Parágrafo 2º. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.

de penas sobre las personas jurídicas derivadas de conductas punibles (artículo 91, Ley 906 de 2004), deberá tener en cuenta que puede traer al piso objetivos que se pretenden en otras jurisdicciones: sanciones que atienen más a la capacidad patrimonial y que intentan mantener la operatividad de la empresa o incentivar la aplicación de los beneficios por colaboración en sede administrativa (artículo 19, Ley 1778 de 2016).

Sobre los beneficios por colaboración, deben lograrse acuerdos: cómo entenderse su operatividad misma frente al proceso penal, si debe ser tenida como debida diligencia y buena fe calificada al advertirse la existencia de dicho riesgo aunque sea posteriormente -ejemplo si lo advierte una nueva administración después de un proceso de compra de una compañía- sin que ello corresponda a una autoincriminación que trascienda a lo penal. Frente a la acción de extinción de dominio ocurre lo mismo, la imposición de medidas cautelares deberá someterse a un juicio más estricto, para impedir tanto la inoperancia de sociedades que aún pueden y merecen estar en el mercado, como la imposibilidad de que se apliquen y se hagan efectivas las sanciones de otras jurisdicciones que sí pueden resultar más disuasivas y no fulminantes.

Lo mismo sucederá cuando una sociedad deba ser llamada como tercero civilmente responsable en el escenario de reparación³² de los perjuicios en el proceso penal, y el análisis de la calidad de víctima que una sociedad pretenda como estrategia procesal anticipada para evadir responsabilidades, cuando realmente se trata de la ausencia de debida diligencia y de la flexibilización de los controles para hacerse a un negocio o para impedir recibir importantes flujos de caja. Hay muchas cosas en juego, y la rigurosidad con la que se aplique cada uno de estos conceptos, brindará mayor claridad a los mismos.

Con lo anterior quiero concluir, que el debate no está en si las personas jurídicas pueden ser declaradas penalmente responsables, sino en cómo aplicar, al menos en el ordenamiento jurídico colombiano dicho régimen; y cómo el mismo, debería dialogar con otras jurisdicciones, iniciando por la instituida ya responsabilidad administrativa planteada para el soborno transnacional y el cohecho por dar u ofrecer, sin que se afecte el principio de proporcionalidad y la continuidad y prosperidad de una compañía; pues sanciones incoherentes provenientes de una y otra jurisdicción pueden afectar su capacidad patrimonial y su desarrollo futuro. De aceptarse, habrá que ponderarse aquellos casos en donde la corrupción no ha hecho metástasis en la sociedad, permitiéndosele continuar en el sector real.

Una respuesta preliminar a este reto y planteamiento puede estar en la cooperación y en el principio

32 Incidente de Reparación Integral. Ley 906 de 2004, artículo 102.

constitucional de coordinación armónica entre entidades; las entidades pueden definir estrategias coherentes y concertadas que permitan la imposición de sanciones ejemplarizantes pero también eficientes y necesarias. La implementación de ello puede estar en los convenios administrativos que ya hoy son de aplicación y que constituyen una herramienta en la lucha contra la corrupción nacional e internacional, y lejos de intervenir en la autonomía de cada autoridad, se trata de lograr el éxito de las investigaciones a cargo de la institucionalidad en general.

BIBLIOGRAFÍA

“Acerca”, *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-*, acceso el 1º de noviembre de 2021, <https://www.oecd.org/acerca/>

“Airbus reaches agreements with French, UK, and US authorities”, *AIRBUS*, acceso el 27 de septiembre de 2021, <https://www.airbus.com/newsroom/press-releases/en/2020/01/airbus-reaches-agreements-with-french-uk-and-us-authorities.html>.

“Asuntos Internacionales, Lista de Países no cooperantes y jurisdicciones de alto riesgo”, UIAF: Unidad de Información y Análisis Financiero, acceso el 28 de septiembre de 2021, https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/lista_paises_no_cooperantes_29282

Bajo Fernández, Miguel y Silvina Bacigalupo, . *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*. Marcial Pons, 2009.

Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzari, 2015.

Código Penal Orgánico Integral. Ecuador.

Código Penal de Guatemala. Decreto 17.73. Guatemala.

Código Nacional de Procedimientos Penales Federal. México. 2014.

Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

“¿Cuál es el rol de la Superintendencia de sociedades en materia de soborno transnacional?” *Superintendencia de Sociedades*, acceso el 13 de diciembre de 2021, <https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Infografias/Infografia-Soborno-Transnacional.pdf>

“Facultades de investigación y sanción a sociedades por condenas penales de sus administradores y/o representantes legales por el delito de cohecho por dar u ofrecer” , *Superintendencia de*

Sociedades, acceso el 13 de diciembre de 2021, <https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Infografias/Facultades-investigacion-conductas-cohecho.pdf>

Gaceta del Congreso, año XXIV, No. 380, viernes 5 de junio de 2015.

“HSBC said to near 1.9 billion settlement over money laundering”, *DEAL BOOK NEW YORK TIMES*, acceso el 27 de septiembre de 2021, <https://dealbook.nytimes.com/2012/12/10/hsbc-said-to-near-1-9-billion-settlement-over-money-laundering/>.

Josephson, Michael. *Redefining compliance and the role of the Chief Compliance Officer*. Acceso 30 de septiembre de 2021. <https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/ethikos/past-issues/2014/scce-2014-05-ethikos-josephson.pdf>

Ley 222 de 1995. “Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995.

Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000.

Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Ley 20.393 del 2 de diciembre de 2009. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. Chile. 2009.

Ley 1778 de 2016. “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”. Diario Oficial 49.774, 2 de febrero de 2016.

Martínez Patón, Victor. *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina Societas Delinquere Non Potest*. B de F, 2019.

Martínez Sánchez, Wilson Alejandro. *El lavado de activos en el mercado de valores*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004.

Miklaucic, Michael y Brewer, Jacqueline. *Convergence, Illicit Networks and National Security in the Age of Globalization*. Center for Complex Operations, 2013.

Organización de Estados Americanos, *La responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de*

corrupción en América Latina, acceso el 28 de septiembre de 2021, https://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf

Prías Bernal, Juan Carlos. *Anotaciones sobre Derecho Penal Económico*, Legis. 2021.

“Quien investiga no puede ser que sancione”, *Asuntos Legales*, acceso: 21 de junio de 2021, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/quien-investiga-no-puede-ser-quien-sancione-3181587>

Rojas López, Juan Gabriel, *Derecho Administrativo Sancionador*, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Superintendencia Financiera. Circular Externa 027 de 2020 de la Superintendencia Financiera. 2 de septiembre de 2020.

Superintendencia de Sociedades. Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

Superintendencia de Sociedades. Circular Externa No. 100-000016 de la Superintendencia de Sociedades. 24 de septiembre de 2021.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA ESPAÑOL*

ALEJANDRO AYALA GONZÁLEZ**

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 7 de noviembre de 2021.

RESUMEN

Un primer análisis del planteamiento legislativo español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas conduce a la conclusión de que, por imperativo del principio de legalidad, ninguna actuación orientada al cumplimiento normativo (*compliance*) permitiría a los entes colectivos evitar su enjuiciamiento. Esto es, no podrían abandonar el proceso penal en fase de instrucción y estarían sometidos a la “pena de banquillo” en todo caso. No obstante, tanto la Fiscalía General del Estado como, principalmente, el Tribunal Supremo han interpretado el Código Penal de modo que tal consecuencia no tenga que darse necesariamente. Aunque estos pareceres institucionales puedan parecer -a primera vista- más coherentes con la esencia y fundamento que informan actualmente la responsabilidad penal de las personas morales, tal hermenéutica puede despertar recelos en relación con su consonancia con la vigencia de un principio de legalidad que, en todo caso, parece ceder -en clave de oportunidad- en algunos preceptos sobre la materia, como pueden ser las reglas de determinación de la pena corporativa o de la conformidad de los entes colectivos.

PALABRAS CLAVE

Principio de legalidad, pena de banquillo, responsabilidad penal de las personas jurídicas, principio de oportunidad, hecho de conexión, *compliance*, artículo 31.bis del Código Penal español.

* Artículo de reflexión

** Abogado en ejercicio. Doble Grado en Derecho y Administración de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid y Máster de Acceso a la Profesión de Abogado por la Universidad Autónoma de Madrid.
Correo: alejandro.aya.gonza@gmail.com.

PRINCIPLE OF LEGALITY AND CORPORATE CRIMINAL LIABILITY: SOME CONSIDERATIONS ON THE SPANISH SYSTEM*

ALEJANDRO AYALA GONZÁLEZ**

Received: september 30, 2021. Accepted: november 7, 2021.

ABSTRACT

A first analysis of the legislative approach to the corporate criminal liability in Spain concludes that, due to the principle of legality, no compliance performances would allow corporations to avoid prosecution. In this regard, organizations would not be able to evade a criminal proceeding at the pre-trial stage and they would stand a trial anyway. However, both the Attorney General's Office's and, more importantly, the Supreme Court's interpretations of the Criminal Code allow this circumstance not to necessarily occur. Although these understandings at first glance seem to be more aligned with the essence and rationale that currently governs corporate criminal liability, they may lead to misgivings about their consistency with the principle of legality. This despite some statutory provisions on corporate criminal liability can be interpreted as expressions of the principle of opportunity, as the case of the rules on both the determination of the corporate penalty and the organization's conformity with the accusation.

KEY WORDS

Principle of legality, corporate criminal liability, opportunity principle, Anknüpfungstat, compliance, Article 31-bis Spanish Criminal Code.

* Analytical article

** Lawyer. Double Bachelor's Degree in Law and Business Administration at Universidad Carlos III de Madrid and Master's Degree in Access to the Legal Profession at Universidad Autónoma de Madrid.
Email: alejandro.aya.gonza@gmail.com.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está dejando de ser, poco a poco, una *rara avis* y está normalizándose dentro de los marcos de discusión jurídica fuera del *common law*, lugar de origen de su imperante conceptualización ligada al cumplimiento normativo (o *compliance*, si se prefiere)⁰¹. Aunque el destierro del *brocardo societas delinquere non potest* no es uniforme y definitivo a nivel global, son varios los ordenamientos que van explorando la posibilidad de procesar y castigar penalmente a los entes colectivos. Prueba de ello es que, por ejemplo, en Sudamérica, el reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas morales sigue siendo objeto de discusión en Colombia, mientras que en otras jurisdicciones, como pueden ser las de Chile, México, Argentina o Ecuador, esta opción ha ido tomando posiciones en la última década larga.

Por su parte, en el viejo continente, aparte de Italia o Francia, entre otros, uno de los ordenamientos que ha reconocido la posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente es el de España.

01 Aunque parece correcto ubicar en las jurisdicciones del *common law* la cuna de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su vertiente del cumplimiento normativo (a partir del *Chapter VIII* de las *US Sentencing Guidelines* de 1991), adviértase que, en contra del pensamiento generalizado de que la institución en sí misma se originó en ellas, lo cierto es que esta estuvo reconocida en los ordenamientos de corte romano-germánica mucho tiempo antes. La responsabilidad de los entes colectivos y *universitates* formó parte de la realidad jurídica de la Europa continental desde el siglo XII hasta el advenimiento y consagración de los postulados de la Revolución Francesa y de las tesis *ius* penalistas modernas (de Cesare Beccaria y otros), momento en que se excluyó su viabilidad dogmática y se deificó la responsabilidad individual como norma única y excluyente. Por su parte, la idea de que las personas morales pudieran delinquir no fue acogida por el *common law* hasta mediados del siglo XIX. Véase al respecto Giorgio Marinucci, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, Tomo I, VV.AA., (España: Edisofer, 2008), 1183. Sobre las *Sentencing Guidelines* estadounidenses, puede acudir a Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el plano internacional. Las *US Sentencing Guidelines* y su aplicación práctica”, en *Defensa Corporativa y Compliance*, VV.AA. (Pamplona: Thomson Reuters, 2019), *passim*. En la doctrina española, la conexión que se hace entre el cumplimiento normativo y la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ve bien representada en Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, (Madrid: Iustel, 2008), 81-84 y Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa* (Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2005), 248-274. Sin embargo, en contra de la posición mayoritaria, coincido con las voces que apuntan que la relación entre ambas nociones es contingente (una puede vivir sin la otra y viceversa). Al respecto, véase Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, VV.AA. (Madrid: La Ley, 2013), 485-491.

Los artículos 31.bis y concordantes del Código Penal (en adelante, “CP”) estipulan las condiciones que deben darse para imponer o no un castigo penal corporativo. Por un lado, establecen los requisitos que suponen o implican la responsabilidad penal del ente colectivo: la comisión de un delito en nombre y beneficio del ente organizacional sin la concurrencia de un adecuado programa de cumplimiento. Por otro lado, determinan las circunstancias en las que una persona jurídica puede evitar el reproche penal (la implementación de tal programa) o, al menos, atenuarlo (confesar el hecho delictivo antes de que el procedimiento se dirija contra ella, entre otras).

Informado por el principio de legalidad, en la jurisdicción penal española, desde el momento en que resulte la comisión de un hecho delictivo, prevalece el interés público de castigar a los responsables al margen de consideraciones sobre las circunstancias del hecho o del autor⁰². Esto es, la corroboración del carácter delictivo de unos hechos conlleva indefectiblemente procesar y sancionar, conforme al debido proceso, a quien corresponda.

La vigencia del principio de legalidad y una interpretación de la literalidad de los artículos 31.bis y concordantes del CP invitan a pensar en un panorama poco (o nada) alentador para los entes colectivos. Por una parte, el modelo de responsabilidad corporativa que se deduce de la norma obligaría a que las personas jurídicas se vieran sometidos a una “pena de banquillo”⁰³, con independencia de los esfuerzos de cumplimiento normativo que realizasen. Ninguna actuación organizacional en este ámbito evitaría que tuvieran que verse sometidas a un enjuiciamiento, imposibilitando el archivo de la causa contra ellas en la fase previa de investigación. Asimismo, actuaciones de este corte durante la instrucción – como se predica de la confesión o autodenuncia corporativa– tan solo permitirían rebajas penológicas en sede de condena, pero en modo alguno eludir el reproche penal. Ciertamente, así planteado, el horizonte legislativo-judicial penal de las personas jurídicas resulta preocupante.

02 Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 98.

03 Concepto reservado para quien indebidamente se sienta en el “banquillo de los acusados” y, por ende, sufre perjuicios morales y socialmente estigmatizantes aun cuando quede finalmente absuelto. Es especialmente predicable en los procedimientos que reciben una importante atención mediática. En la tradicional escenografía y disposición de una sala de enjuiciamiento española, las personas acusadas se han venido sentando en un banco (el “banquillo”; actualmente, una silla o fila de sillas) que se sitúa de frente al tribunal, tras el espacio donde se practica la prueba y lejos de los estrados que ocupan el Ministerio Fiscal y las direcciones letradas (señaladamente, el abogado defensor). A esta ubicación, que responde a una norma consuetudinaria y no escrita, se asocia una imagen de reproche social, a pesar de la presunción de inocencia que ampara a quien la ocupa. No solo pende contra el encausado un procedimiento penal, sino que además se le “aisla” en el plenario alejándolo de la esencia del propio acto: esta decimonónica práctica supone, paradójicamente, que el acusado sea el único partícipe del proceso penal que no puede visualizar la expresión de las personas que presten declaración en el plenario, por estar a sus espaldas, y puede tener dificultades para alcanzar a ver al resto de participantes. Sobre la actual tendencia a permitir que el acusado pueda sentarse junto a su abogado en estrados, y no en el tradicional banquillo de los acusados, para un mejor ejercicio del derecho de defensa y evitar su “deslocalización” y mayor estigma, véase la STS, Sala 2ª, número 167/2021, de 24 de febrero [RJ 811/2021].

Sin embargo, frente a esta situación, el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, “TS”) y la Fiscalía General del Estado (en adelante, “FGE”) han desarrollado una labor de exégesis sobre el CP que permite superar estas dificultades. Las interpretaciones ofrecidas por estos operadores de primer orden, aunque dispares entre sí, otorgan en algunos casos soluciones más flexibles que admiten que el despliegue de una predisposición corporativa hacia el cumplimiento normativo se vea recompensada con anterioridad a la fase de juicio oral. Ahora bien, aunque estos pareceres institucionales puedan parecer más coherentes con la esencia y fundamento que reside en la incorporación de la responsabilidad de las personas morales en el ordenamiento penal español, no dejan de albergar dudas sobre su consonancia con el principio de legalidad. Un principio, como se verá, cuya vigencia puede regular en clave de oportunidad en algunos concretos planteamientos legislativos, como pueden ser las reglas de determinación de la pena corporativa o de la conformidad de las personas jurídicas.

El presente trabajo (i) considera el estado teórico de la vigente situación legislativa y práctica a través del establecimiento, al efecto, de cuatro premisas. Sobre esta hipótesis, (ii) analiza la concepción jurisprudencial de la responsabilidad criminal de los entes colectivos y sus consecuencias prácticas, que distan de las establecidas en el punto de partida; (iii) examina la propuesta del Ministerio Público para recompensar las confesiones corporativas más allá de la atenuación penológica que estipula el CP; (iv) desarrolla un análisis crítico de ambas propuestas y, por último, (v) atiende a dos previsiones legales (una regla de determinación de la pena corporativa y la conformidad de la persona moral) que podrían interpretarse como tímidas manifestaciones de un principio de oportunidad en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. PUNTO DE PARTIDA: EL ESTADO DE SITUACIÓN (TEÓRICAMENTE) VIGENTE

Como punto de partida, trazaremos el estado de situación actual a través de cuatro premisas: tres de ellas no controvertidas, que denominaremos las *premisas sistemática, procesal y normativa*, y una (mucho) más polémica, la *premisa hermenéutica*.

2.1 PREMISA SISTEMÁTICA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La premisa sistemática descansa en la indubitada vigencia del principio de legalidad en el derecho penal español, al constituir uno de los pilares constitucionales de su sistema jurídico (artículo 9.3 de la Constitución Española, en adelante “CE”). Recogido en el Título Preliminar de la Carta Magna, se entroniza como un pilar transversal del ordenamiento en general y, como columna vertebral del derecho público, su trascendencia en la jurisdicción penal deviene incuestionable. No solo se erige como una de las más trascendentales garantías del encausado frente al *ius puniendi* estatal (*nullum*

crimen, nulla poena, sine lege; artículos 1 a 4 del CP), sino que, además, es una regla de procedimiento o de actuación del poder público en el proceso penal.

De manera resumida, como bien es sabido, la perspectiva sustantiva del principio garantiza que la ley sea escrita (*scripta*) y previa a la consumación de los hechos punibles (*praevia*), además de estricta (*stricta*) y clara (*certa*) en su contenido; esto es, ha de determinar de manera concisa y precisa las características de los hechos objetos de sanción y sus correspondientes consecuencias punitivas⁰⁴. En lo que nos interesará, debemos atender a una derivada del requisito de *lex stricta*: la prohibición de analogía in *malam partem* en el derecho penal debe distinguirse de la exégesis (indispensable en la ciencia jurídica). Mientras que aquella supone aplicar la norma a supuestos no contemplados, la segunda consiste en la búsqueda del significado del texto sin escapar de su sentido literal posible⁰⁵.

Por su parte, la acepción procesal, informada por razones de orden público, implica la necesidad u obligatoriedad del proceso penal cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito público⁰⁶. Esto quiere decir que el ejercicio de la acción penal se rige por un estricto criterio de sujeción a la ley: desde el momento en que aparezcan indicios sobre la perpetración de un ilícito perseguible de oficio, el Ministerio Fiscal viene obligado a ejercitar la acusación con independencia de cualquier consideración político-criminal o las circunstancias personales del encausado⁰⁷.

Esta segunda perspectiva ha sido entendida como la garantía de la aplicación de la justicia punitiva⁰⁸ que, por consiguiente, puede ser relacionada con el principio de oficialidad, el cual impera en el proceso penal como rasgo esencial: el derecho del Estado a castigar es también, a su vez, un deber, pues supone que la averiguación del delito es incumbencia del poder público, que la incoación del proceso puede hacerse de oficio por el órgano competente o, a los efectos de este trabajo, que se atribuye a un órgano del Estado (el Ministerio Fiscal) el ejercicio obligatorio de la acción penal cuando existan razones sustanciales para creer que se ha cometido un delito⁰⁹.

04 Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, *Sobre el concepto de Derecho Penal* (Madrid: Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1981), 321 y ss.

05 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984), 70. Sin perjuicio de que la multitud y calidad de fuentes sobre el principio es inabarcable, un estudio general y crítico puede encontrarse, *inter alia*, en Francisco Javier Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009). Sobre su concepción subjetiva en el ámbito interamericano, puede acudirse a Alejandro Ayala González, "El principio de legalidad penal desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos* VIII, n.º. 8 (2018), *passim*.

06 Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I (Buenos Aires: Ejea, 1951), 286.

07 Moreno Catena y Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal*, 98.

08 James Goldschmidt, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Buenos Aires: Editorial B de f, 2016), 124.

09 Alfonso Melón Muñoz et. al., *Memento Práctico Procesal Penal* (Madrid: Francis Lefebvre, 2019), 13. De esta manera, no existe discrecionalidad en el reproche penal de los hechos (tan solo la hay en cuanto a su concreción y siempre bajo

Así las cosas, aunque es cierto que pueden apuntarse manifestaciones del principio de oportunidad en el ordenamiento español (que veremos más adelante –apartado 4–)¹⁰, lo cierto es que en España el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, con sujeción, entre otros, al principio de legalidad (artículo 124 de la CE). De esta manera, la fiscalía debe ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos u oponerse a las ejercitadas por otros –recordemos que no ostenta el monopolio de la acusación¹¹– cuando proceda en virtud, entre otros, del principio de legalidad (artículos 2 y 3.4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

En definitiva, si de la información disponible resulta la existencia de fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un delito de cualquier naturaleza o gravedad (siempre que sea perseguible de oficio), el principio de legalidad obliga al Ministerio Fiscal a promover el inicio de la fase de instrucción. Del mismo modo, si los indicios perduran finalizada la investigación judicial, deberá formular acusación contra los presuntos responsables para su enjuiciamiento, ejercitando la acusación con el objeto de que se castigue a los encausados en fase de juicio oral. Todo ello a través de una estricta interpretación de la norma penal por parte de los tribunales y de la propia fiscalía

2.2 PREMISA PROCESAL: LA PRUEBA DE LAS CAUSAS OBSTATIVAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

La premisa procesal asume que, por un lado, la carga de la prueba de las causas obstativas de responsabilidad (o los hechos impositivos, como se prefiera) corresponde a la parte que quiere hacerse valer de ellas (esto es, a la defensa¹²) y, por otro lado, que esta prueba ha de tener lugar en fase de juicio oral y no en la previa de investigación¹³.

los criterios legalmente establecidos), a diferencia del principio de oportunidad, que, apoyado en esencia en el aforismo *minima non curat praetor*, permite la abstención acusatoria en determinados supuestos.

¹⁰ El principio de oportunidad no significa exclusivamente una renuncia, bajo determinadas circunstancias, a la acción penal y punir, sino un tratamiento diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo. Al efecto, véase Enrique Bacigalupo Zapater, “Descriminalización y prevención”, Cuadernos del Poder Judicial, II (1986), 14. Ahora bien, el principio de legalidad sí comprende una renuncia a esta diversificación de tratamiento: no hay disposición estatal sobre los hechos y el autor.

¹¹ En el ordenamiento español, la acción penal es pública (artículos 25 de la CE y 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en adelante, “LECrim”–), de tal manera que los perjudicados de un delito pueden ejercitarla (acusación particular) e, incluso, existe la denominada acusación popular (figura procesal que otorga legitimación activa en un procedimiento penal a cualquier ciudadano, dentro de los términos legales y jurisprudenciales establecidos).

¹² Entre otras, SSTS, Sala 2ª, número 336/2009, de 2 de abril [RJ 2009/4151] y número 531/2007, de 18 de junio [RJ 2007/3461]. Para una postura crítica sobre la jurisprudencia del TS y la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba, véase Antonio Cuerda Riezu, “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, InDret, nº 2/2014 (2014).

¹³ Entre otras, SSTS, Sala 2ª, número 1524/2004, de 29 de diciembre [JUR 2005/830] y número 903/2011, de 15 de junio

Es doctrina consolidada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho activo, sino de carácter reaccional¹⁴. Esto significa que no precisa de comportamiento proactivo por parte del titular del mismo; no requiere que este solicite o practique prueba para acreditar su inocencia si quiere evitar la condena, en tanto que la carga de la prueba de su culpabilidad está atribuida al que la afirme existente, que es el que tiene que acreditar la existencia no solo del hecho punible, sino la intervención que en él tuvo el acusado¹⁵. Dicho de otro modo, corresponde a la acusación la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal¹⁶ en tanto que el ámbito de la presunción de inocencia son los hechos presuntamente delictivos que se imputan al acusado y su ejecución por el mismo. Probados por la acusación tanto el hecho y como la participación del acusado en el mismo, la carga probatoria se traslada a este cuando alega hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaran como por él cometidos¹⁷. En este contexto, se diferencia entre el hecho negativo y el hecho impeditivo, en el sentido de que no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aun acreditándose aquellos, impida sus efectos punitivos. Esto último debe probarlo quien lo alega¹⁸. Consecuentemente, lo que dispensa o “libera” de carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención en el hecho: pero acreditada la misma, se produce una equiparación procesal entre las partes, de tal modo que la acusada, si introduce en la causa un hecho impeditivo, tiene que probar su existencia¹⁹. La jurisprudencia expresada, mantenida de modo pacífico e inveterado, ha sido enarbolada con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁰.

El segundo elemento relevante a los efectos de este análisis es determinar el momento en el que deben probarse las causas obstativas de responsabilidad. Al respecto, la jurisprudencia ha determinado que la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre la participación de una persona en hechos presuntamente delictivos es suficiente para fundamentar la imputación frente a la misma (*i.e.*, es suficiente para acordar la apertura del juicio oral). Tan es así que el juez encargado de la investigación,

[R] 2011/5862].

14 Entre otras, STS, Sala 2ª, número 836/1994, de 18 de abril [R] 1994/3338].

15 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 349/1996, de 19 de abril, [R] 1996/2887].

16 STC, Sala 1ª, número 303/1993, de 25 de octubre [RTC 1993/303], por señalar una de las mismas fechas a las que pertenece el corpus jurisprudencial al que estamos atendiendo.

17 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 166/1995, de 9 de febrero, [R] 1995/803].

18 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 147/1995, de 4 de febrero [R] 1994/665].

19 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 349/1996, de 19 de abril, [R] 1996/2887]. El tribunal afirmó que entender lo contrario (esto es, que basta la alegación de un hecho impeditivo por la defensa) privaría de sentido al derecho fundamental a producir prueba de descargo reconocido en los tratados internacionales y dirigido, si se priva de él, a evitar la indefensión.

20 Señaladamente, SSTs, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [R] 2016/600] y número 221/2016, de 16 de marzo [R] 2016/824]. Más adelante se verán las particularidades que han surgido al respecto.

salvo en casos manifiestos y diáfanos, no puede adentrarse en cuestiones que afectan a la culpabilidad, entrando en juicios de inferencia, pues ello supondría rebasar las funciones propias de la instrucción. La lógica que subyace es que los elementos que determinan la culpabilidad del procesado exigen la celebración de verdaderos actos de prueba –que tan solo tienen lugar en fase de juicio oral (con anterioridad, solo serán diligencias que confirmen o no indicios inculpativos)–, y análisis valorativos más profundos que meras inferencias. Lo contrario, sostiene esta misma jurisprudencia, implicaría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión de la parte acusadora²¹. Ciertamente es que el artículo 637 de la LECrim permite el archivo y sobreseimiento libre cuando “*aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados*”. Por ello, esa diaphanidad manifiesta que señala la jurisprudencia se refiere a supuestos en los que una causa de inimputabilidad o de justificación resulte clara, nítida y diáfana –valga la redundancia– del material de la instrucción²².

Con este panorama, se puede concluir que la carga de la prueba de las causas obstativas de responsabilidad corresponden a quien las alega (i.e., la defensa) y que deberá hacerlas valer en fase plenaria, y no durante la investigación, para que sea objeto de prueba y valorada como tal en sentido estricto (salvo en supuestos muy específicos).

21 Paráfrasis de las SSTs, Sala 2ª, número 1524/2004, de 29 de diciembre [JUR 2005/830] y número 903/2011, de 15 de junio [R] 2011/5862].

22 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 1216/2000, de 7 de julio [R] 2000/7459]. No obstante, en relación a un recurso de casación interpuesto contra un sobreseimiento libre, la STS, Sala 2ª, número 548/2018, de 13 de noviembre [R] 2668/2017] dispuso: “en este punto esta Sala ha señalado (sentencia núm. 202/2018, de 25 de abril) que la resolución que decide dirigir el procedimiento frente al investigado, auto de procesamiento si es un procedimiento ordinario o la conversión en procedimiento abreviado en otro caso (artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no debe limitarse a una constatación de la concurrencia, al menos indiciaria, de los elementos objetivos de la infracción, sin que en tal fase procesal previa sea dable indagar sobre otras cuestiones. De esta forma se expresa en la referida sentencia que, de aceptar tal limitación “... la coherencia abocaría a procesar a toda persona que haya realizado una acción típica, aunque esté amparada por una causa de justificación (elementos subjetivos de justificación). A esta observación básica se unen otras palmarias razones de economía procesal que en el régimen constitucional constituyen algo más que un tributo a pagar al pragmatismo. Es una exigencia engarzable en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 de la Constitución Española). Alargar un proceso de forma innecesaria es dilación no debida. Debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable. “Criminalidad” a los efectos de los arts. 384 o 783 LECRIM es algo más que “tipicidad objetiva”. Por “criminalidad” hay que entender la existencia de un delito con todos sus elementos. Por tanto, el Instructor, en el momento de dictar o denegar el auto de procesamiento, se encuentra a estos efectos en idéntica posición que la Audiencia a la hora de dictar sentencia. La única variante es que al Instructor le basta la existencia de una probabilidad para decretar el procesamiento (o abrir el juicio oral, o decretar la conversión en abreviado -art. 779.1.4ª-), en tanto que la Audiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio necesitará certeza. En lo demás, la posición es idéntica. Si el Instructor aprecia la existencia de una causa de justificación, razones que pueden llevar a la inculpabilidad o una excusa absolutoria, deberá denegar el procesamiento o la apertura del juicio oral por no existir indicios de “criminalidad”. Podría, por tanto, deducirse una tendencia que podría modificar este segundo postulado de la premisa procesal y, por ende, nuestro punto de partida. Habrá que estar a la venidera jurisprudencia para confirmar la pulsión del TS y, en su caso, dejar en papel mojado estas reflexiones.

2.3 PREMISA NORMATIVA: LA DICCIÓN DEL ARTÍCULO 31.BIS Y CONCORDANTES DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La premisa normativa atiende a la literalidad del CP en materia de responsabilidad criminal corporativa. El CP establece una relación cerrada de tipos penales sobre los que se puede predicar responsabilidad penal de las personas morales (i.e., es un sistema *numerus clausus*)²³. Así, el artículo 31.bis.1 dispone que, en los supuestos previstos en la norma, *“las personas jurídicas serán penalmente responsables”*²⁴:

a) *“de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*; y

b) *“de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”*²⁵.

Para el caso de que el delito haya sido cometido por uno de los individuos a los que se refiere el apartado a), el artículo 31.bis.2 del CP establece que *“la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad”* si se cumplen cuatro condiciones, a saber:

23 En la parte especial del CP, los ilícitos seleccionados por el legislador incorporan una regla como la que sigue: *“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas”*, enumerándose las concretas sanciones a imponer al ente organizacional. Estos delitos van más allá de los relativos a la corrupción e incluyen ilícitos relativos a la trata de seres humanos, la explotación sexual, el descubrimiento y revelación de secretos o medioambientales, entre otros muchos. Un repaso de cómo ha evolucionado el elenco de los delitos que generan responsabilidad penal corporativa y su estado actual puede encontrarse en Beatriz Bustamante Zorrilla, *“Prevención de los riesgos penales de la persona jurídica”*, en *Defensa Corporativa y Compliance*, VV.AA. (Pamplona: Thomson Reuters, 2019), 296-298. Criticando esta relación por insuficiente, véase José Miguel Zugaldía Espinar, *“La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo)”*, en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. (Madrid: Universidad Ramón Acero, 2016), 710.

24 Nótese que la no homogenización en los criterios de listar unos y otros extremos (con números o mediante letras) en este apartado responde a la propia dicción de la norma.

25 Es importante resaltar que el artículo 31.ter del CP estipula un sistema de responsabilidad autónoma y acumulativa al disponer que la responsabilidad penal de la persona jurídica es exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Así, la responsabilidad corporativa no excluye la del individuo, y viceversa, y persiste con indiferencia del reproche concreto del individuo que debiera responder (José Miguel Zugaldía Espinar, *“Societas delinquere potest (análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”*, *La Ley Penal*, nº 76 (2010), 6).

1. Que se hubiera adoptado antes de la comisión delictiva un modelo de organización y gestión (i.e. de cumplimiento) idóneo para prevenir ese ilícito o reducir de forma significativa tal riesgo;
2. Que el funcionamiento y cumplimiento del modelo se haya confiado a un órgano independiente²⁶;
3. Que los infractores hayan cometido el ilícito eludiendo fraudulentamente el modelo; y
4. No concurre una omisión o insuficiencia en la supervisión de ese órgano independiente.

Por el contrario, cuando el delito haya sido cometido por los individuos del apartado b), dispone el artículo 31.bis.4 del CP que la persona moral “*quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”²⁷.

Con independencia de que el ilícito de referencia haya sido cometido por los individuos del apartado a) o del apartado b) del artículo 31.bis.1, la acreditación parcial de estas condiciones será valorada a los efectos de atenuación de la pena corporativa, según los artículos 31.bis.2 y 4 *in fine*.

En todo caso, para que la persona jurídica pueda quedar “*exenta de responsabilidad*”, estos modelos de organización y gestión que hemos señalado han de cumplir seis requisitos (artículo 31.bis.5 del CP)²⁸:

26 Salvo, ex artículo 31.bis.3 del CP, en personas jurídicas de pequeñas dimensiones (esto es, que estén autorizadas por la legislación aplicable para presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada), en cuyo caso esa función la podrá desarrollar el propio órgano de administración.

27 Existe controversia sobre si el CP dispone un único sistema de exención o más bien dos distintos y diferenciados entre sí cuando diferencia expositivamente entre si el delito base ha sido cometido por las personas enunciadas en el párrafo a) o por las apuntadas en el párrafo b) del artículo 31.bis. Es decir, el debate se centra en si las condiciones que deben operar en uno y otro supuesto son o no las mismas. Para algunos, la única semejanza relevante que existe es la condición de elusión fraudulenta, que solo aplicaría en los supuestos en los que el hecho haya sido perpetrado por las personas indicadas en el artículo 31.bis.1.a (por ejemplo, la FGE en su Circular 1/2016, 62; Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sección 1. Cuestiones materiales”, en Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa, VV.AA. (Madrid: Francis Lefebvre, 2016), 184; o José León Alapont, “Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 vis 2 a 5 CP y 31 quater CP”, Revista General de Derecho Penal, nº 6 (2019), 22-23). Por otro lado, algunas voces encuentran mayores diferencias (como Alfonso Galán Muñoz, Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 156 y ss. José L. González Cussac, “La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, Estudios penales y criminológicos, nº 39 (2019): 598 y ss.

28 De esta manera, aunque parece acertado no hablar de forma uniforme y canónica de estos modelos –en tanto que

1. Identificación de las actividades en cuyo ámbito se puedan cometer los delitos a prevenir.
2. Establecimiento de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.
3. Destinación de recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al órgano encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. Establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
6. La verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Como se ve, los modelos no deben limitarse a aportar directrices de conducta o códigos de buen comportamiento, sino que han de contener igualmente medidas idóneas para evitar, o al menos dificultar, la comisión de delitos²⁹. Su objeto es sistematizar los procedimientos y las medidas adoptadas dirigidas a este fin³⁰.

variarán según el tamaño, el sector y la idiosincrasia de la entidad—, el legislador ha establecido una serie de pautas mínimas y genéricas que deben atenderse para que los modelos puedan desplegar sus efectos normativos. Ahora bien, recordemos que la Circular de la FGE 1/2016 (a la que después aludiremos) es menos exigente para con los fiscales en supuestos de personas jurídicas de pequeñas dimensiones: “*Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (art. 31 bis, 3) podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.*” Nótese que, hasta la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 1/2015, existía discusión sobre el trato que merecía contar con un programa de cumplimiento en el momento de la comisión del delito. Aunque estaba —y sigue estando— reconocido como una atenuante haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, el CP nada decía hasta la reforma de 2015 sobre el trato que merecía la existencia de los modelos al tiempo de la comisión, como advertía, entre otros, Jacobo Dopico Gómez-Aller “Responsabilidad de personas jurídicas”, en *Memento Experto (Reforma Penal 2010)*, VV.AA. (Madrid: Francis Lefebvre, 2010), 170. Ciertamente sector doctrinal ya se inclinó por la propuesta vigente, véase entre otros Silvina Bacigalupo Saggese, “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, *Diario La Ley*, nº 7541 (2011), 7.

29 Jacobo Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, VV.AA. (Madrid: Dykinson, 2018), 148.

30 Osvaldo Artaza Varela, “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo

Además de la ya señalada atenuante por la acreditación parcial que estipulan los artículos 31.bis.2 y 4 *in fine*, el CP dispone que son atenuantes “*haber realizado con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales*” una o varias de las siguientes cuatro actividades (artículo 31. quater)³¹:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Dejando a un lado las cuestiones relativas a las personas jurídicas excluidas del régimen de responsabilidad penal (artículo 31.quinquies), el régimen de consecuencias accesorias (artículos 129 y concordantes), al elenco de penas corporativas y la modulación penológica (artículos 33.7 y 66.bis del CP) y alguna cuestión puntual más, como la relativa a los efectos de la transformación corporativa (artículo 130.2), lo transcrito sería a grandes rasgos la referencia normativa sustantiva española para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.4 PREMISA HERMENÉUTICA. LA TEORÍA DEL HECHO DE CONEXIÓN COMO MODELO SEGUIDO POR EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL PARA ACOGER LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

Establecidas las premisas no controvertidas, discurramos sobre la hermenéutica que ofrece una

empresarial y su utilidad jurídico-penal”, en Responsabilidad de la Empresa y *Compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal, VV.AA. (Edisofer: Madrid, 2014), 237. Sobre los modelos en general, véase entre otros Adán Nieto Martín, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en *Compliance y teoría del Derecho*, VV.AA. (Madrid: Marcial Pons, 2013), *passim*.

31 Al respecto, acúdase a Beatriz Goena Vives, Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica (Marcial Pons: Madrid, 2017), *passim*.

concepción interpretativa del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurada por el legislador en el artículo 31.bis y concordantes del CP. Para evitar malentendidos, adelantamos que está lejos del consenso, pues tanto el TS como la FGE discrepan al respecto, como veremos³².

Hemos visto que el artículo 31.bis dispone que “*las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos*” por determinadas personas físicas en determinadas circunstancias. Una interpretación literal del precepto nos guiaría a concluir que el modelo implantado responde a un sistema vicarial o de heterorresponsabilidad: cometido un delito por un sujeto en las condiciones del precepto, la persona jurídica responde penalmente por el mismo. La responsabilidad “*de los delitos cometidos*” por los individuos se transfiere al ente colectivo.

Como bien es conocido, el sistema vicarial sigue un modelo principal-agente³³ e implica, en el marco de la teoría jurídica del delito germánico-continental, que cuando una persona física es responsable por la comisión de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, tal responsabilidad es igualmente predicable de la persona jurídica. Los elementos delictivos tanto objetivos como subjetivos que concurren en un individuo que actúa en nombre de la entidad a la que pertenece son directamente imputables a esta última, de tal modo que esta es criminalmente responsable por el comportamiento de aquel. Ahora bien, esta responsabilidad corporativa se modularía a través de las cláusulas relativas al cumplimiento normativo que hemos reproducido en la premisa normativa. Estaríamos, pues, ante un sistema similar en la esencia al estadounidense³⁴. Esta interpretación es, precisamente, la que sigue

32 Véase, en este sentido, Alejandro Ayala Gonzalez, A., desarrollando *in extenso* esta premisa, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas. La extralimitación contra legem del Tribunal Supremo, la hermenéutica incompleta de la Fiscalía General del Estado y la vaguedad del art. 31.bis CP”, *InDret*, nº 1/2019 (2019), 14 y ss.

33 Un modelo principal-agente en el que el primero (persona moral) debe responder por los actos ilícitos cometidos por los segundos (sus integrantes) en tanto que también se beneficia de la imputación de los actos beneficiosos que desarrollan. Así, los ilícitos cometidos por los integrantes de una organización son imputables a esta siempre que hubieran actuado en el marco de las competencias que tenían atribuidas. No solo se imputa la conducta, sino también el elemento subjetivo con la que esta se desarrolló. Véase Ellen S. Podgor, “Disruptive Innovation in Criminal Defense: Demanding Corporate Criminal Trials”, *Mercer Law Review*, nº 69 (2018), 827-828.

34 Adviértase que se hace esta afirmación con plena consciencia de que el legislador español replicó íntegramente, salvo algún detalle menor, el modelo italiano plasmado en el Decreto Legislativo nº 231, de 8 de junio de 2001 (en adelante, DLeg). La responsabilidad que se establece en el país vecino es de carácter administrativo derivada de la comisión de delitos, una suerte de *tertium gentius* que conjuga los trazos esenciales del sistema penal y del ámbito administrativo (Motivo I Exposición de Motivos del DLeg. 231). La expresión “*la persona jurídica será responsable de los delitos cometidos por determinadas personas físicas*” acuñada en Italia, traspasada al ordenamiento penal español, implica una configuración literal que invita hacia su interpretación en clave de heterorresponsabilidad. Esta opción se agudiza si se tiene en cuenta que, en la legislación itala, cuando los hechos criminales se imputan a los directivos de la entidad (art. 6.1 DLeg. 231, equivalente al art. 31.bis.1.a de nuestra Ley), se produce una presunción legal de responsabilidad corporativa que se excluye solo si se acreditan determinados extremos relativos a los modelos de organización y control. Es decir, se establece una presunción *iuris tantum* de responsabilidad. Para acceder a un análisis sistemático de los modelos italiano o estadounidense, véase, entre otros, Helena Prieto González y Alejandro Ayala González, “Derecho Comparado”, en *Memento Experto Compliance Penal*, VV.AA. (Madrid: Francis Lefebvre, 2017), 237 y ss. En todo caso, para conocer sobre el sistema estadounidense, véase Jennifer Arlen, “Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence”, en *Research Handbook on the Economics of*

y propone la FGE en sus Circulares 1/2011 y 1/2016³⁵, así como algunas voces³⁶.

Sin embargo, y sin entrar en grandes disquisiciones por no ser este el objeto de este trabajo³⁷, el modelo vicarial resulta difícilmente superable en términos constitucionales, que proscriben esa responsabilidad por hecho ajeno en la que innegablemente se ancla la heterorresponsabilidad. Estaríamos ante una suerte de responsabilidad objetiva en la que, aunque modulada a través de unos filtros relativos al cumplimiento normativo, se traslada la responsabilidad de los vicarios a la entidad. En el estado actual de las cosas, el consagrado principio de culpabilidad hace que esta línea interpretativa sea difícilmente viable³⁸. No en vano los artículos 31.bis.2 y 4 del CP hablan de la posibilidad de que la persona jurídica “*quede exenta*”. Adicionalmente, esta transferencia no parece encajar con el sistema de responsabilidad autónoma y acumulativa que instaura el artículo 31.ter del CP³⁹: si existiera una transferencia en sentido estricto, la responsabilidad penal de la persona jurídica no podría ser exigible cuando la concreta persona física responsable no hubiera sido individualizada y hallada responsable

Criminal Law, VV.AA. (Boston: Elgar Publishing, 2012), *passim* o Brandon L. Garrett, Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations (Cambridge: Harvard University Press, 2016), *passim*. Para un repaso histórico del sistema norteamericano, en castellano, acúdase a Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way”, en Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, VV.AA. (Edisofer: Madrid, 2014), *passim*. Respecto al modelo italiano, véase, entre otros, Sergio Seminara “Compliance y Derecho penal: la experiencia italiana”, en Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, VV.AA. (Edisofer: Madrid, 2014), *passim*.

35 Las circulares son los instrumentos que la propia FGE elabora a efectos de mantener la unidad de actuación del cuerpo de fiscales, resolver consultas y dirigir instrucciones dentro de la institución.

36 Véase Bernardo del Rosal Blasco, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, Diario La Ley, nº 8731 (2016), 12 o José Luis Díez Ripollés, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, InDret, nº 1/2012, (2012), 14 y ss.

37 Para ello, puede acudir a Luis Rodríguez Ramos, “Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTs 514/2015, 154 y 221/2016)”, Diario la Ley, nº 8766, (2016), *passim*.

38 Algunas voces abogan por que el principio de culpabilidad no rige como tal cuando se exige responsabilidad penal a los entes colectivos. Véase al respecto Miguel Bajo Fernández, “La responsabilidad penal colectiva”, Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, T. VII, VV.AA. (Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2006), 66 y ss. Comparto la idea de que la responsabilidad criminal de los entes colectivos no implica admitir que estos deban someterse a un régimen idéntico al existente para las personas físicas. Las categorías de acción y culpabilidad de la teoría del delito son difícilmente predicables de las personas jurídicas: ciertamente, creo que poco se puede reprochar al ya clásico “*no body to kick, no soul to damn*” (ningún cuerpo que patear, ningún alma a la que reprochar), que refleja la dual incapacidad de las organizaciones en términos metafísicos. Al respecto, se recomienda la lectura, entre otros, de Meir Dan-Cohen, “Sanctioning corporations”, en Journal of Law and Policy, nº 19-1 (2010), *passim*; Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, *passim*; o Javier Cigüela Sola, La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa (Madrid: Marcial Pons, 2015), 43 y ss. y 293 y ss. Estos autores analizan la responsabilidad criminal de los entes organizacionales desde metodologías distintas a las tendencias más comunes propias del holismo y teorías luhmannianas de sistemas (como el individualismo metodológico). Ahora bien, tales propuestas son, si se permite la expresión, dogmática de *lege ferenda* mientras que lo que esta reflexión realiza es un trabajo exegético (dogmática de *lege lata*), por lo que, en este ejercicio normativo-positivista, no podemos obviar, me temo, el elemento culpable al día de la fecha.

39 Véase la nota 25.

previamente, pues esto es condición necesaria para poder proceder con la transferencia. De hecho, el propio legislador, mediante la reforma del CP desarrollada por la Ley Orgánica 1/2015, indicó que, con la misma, se ponía *“fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”*. Por ello, un déficit de técnica legislativa no debe ser óbice para que la hermenéutica a desarrollar sea compatible con los principios y postulados del ordenamiento, siempre –claro– que se respete la dicción del CP o, como decíamos en la premisa sistemática, entre dentro del sentido literal posible de la norma. La interpretación, entiendo pues, debe ser otra.

Así las cosas, se puede partir de la base de que todavía no han sido superadas las limitaciones antropomórficas del derecho penal, de tal manera que la imputación de una persona jurídica pasa por la actuación previa de una persona física determinada⁴⁰; existe una acción “personal” para poder hablar de una “propriadamente” corporativa⁴¹. Tal es así que resulta que la acción de un individuo constituye un presupuesto de la responsabilidad penal de los entes colectivos: sin la conducta de aquel no puede entenderse una actuación corporativa en términos penales.

Pues bien, si atendemos a las propuestas doctrinales que existen actualmente para explicar y articular la responsabilidad criminal de las personas morales, parece que una opción razonable y respetuosa con la dicción del CP y los principios fundamentales del ordenamiento es entender que el legislador español ha optado por un modelo del hecho de conexión (o hecho de referencia)⁴². La acción (ontológicamente) realizada por los individuos es jurídicamente imputable al ente organizacional cuando concurren los requisitos que estipula el artículo 31.bis (giro de empresa, beneficio directo o indirecto para esta última y, en el apartado b) del precepto, indebido control por parte de los sujetos del apartado a)). Es decir, la norma enumera las condiciones que deben darse para que la actuación de determinadas personas físicas pueda considerarse jurídicamente como propia del ente colectivo. La acción típica de la persona jurídica consiste en la realizada por una persona física cuando concurren los requisitos

40 Debe guardar cierta relación con el ente colectivo, como se afirma en Miguel Bajo Fernández, Bernardo Jose Feijoo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2.^a ed. (Cizur Menor: Civitas Aranzadi, 2016), 65 y ss.

41 Miguel Bajo Fernández, Bernardo Jose Feijoo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2.^a ed. (Cizur Menor: Civitas Aranzadi, 2016), 91.

42 Adviértase que se pueden encontrar diferentes alusiones al “hecho de conexión” o “hecho de referencia” cuando se tratan teorías o propuestas dogmáticas distintas. Y ello tanto en la doctrina como en la propia jurisprudencia (la cual, como veremos, mantiene una concepción de responsabilidad penal corporativa distinta). Para evitar problemas semánticos, en este contexto el hecho de conexión no se utiliza como un “presupuesto” de la responsabilidad, sino como el nombre dado al propio sistema por cuya interpretación se está optando. Nótese que el presente trabajo atiende a las categorías dogmáticamente desarrolladas para explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aceptándolas tal y como han sido enunciadas generalmente por la doctrina. No obstante, no se es ajeno a las voces que se dirigen a afirmar que el modelo del hecho de conexión responde, en realidad, a una suerte de heterorresponsabilidad.

de vinculación entre ambos que normativamente se exigen (presupuestos del art. 31.bis.1 del CP). En este esquema, el hecho ejecutado por la segunda puede considerarse propio de la primera en términos jurídico-penales⁴³. De este modo, el CP instituye un sistema de atribución de responsabilidad a las entidades colectivas por el hecho delictivo cometido por una persona física perteneciente al ámbito social: hecho de conexión como hecho propio⁴⁴.

Esto significa que las personas físicas no *transfieren su responsabilidad* al ente colectivo. El sistema de atribución del CP parte de la base de que las personas morales requieren de individuos para poder actuar y, atendiendo a esta realidad metafísica y ontológica, estipula qué condiciones normativas deben concurrir para entender un hecho como propio de la persona jurídica, para que esta sea concebida como autora del mismo⁴⁵. Así, el acto realizado por una persona física, concurriendo los debidos requisitos (presupuestos del art. 31.bis 1 CP), es jurídicamente imputable al ente colectivo. En definitiva, para suplir la incapacidad de acción que tienen las personas jurídicas, el CP estipula un sistema de atribución determinando las condiciones que deben concurrir para que ese ilícito pueda considerarse, jurídico-penalmente, como cometido por el propio ente colectivo⁴⁶.

Por su parte, en relación con la culpabilidad, los artículos 31.bis.2 y 4 del CP hablan expresamente de que la persona jurídica “*quedará exenta de responsabilidad*” si cuenta con un modelo de organización determinado. La existencia de un modelo idóneo de prevención sería la faz negativa de la responsabilidad penal corporativa⁴⁷, estipulado como una circunstancia que permite eximir de responsabilidad o, en caso de acreditación parcial, atenuarla. Por ello, si estamos ante un elemento que permite que la persona moral *quede exenta* de responsabilidad, si la técnica legislativa de estos preceptos sigue el modelo genérico tanto de las causas de exención (y justificación), como de las atenuantes por acreditación

43 José Miguel Zugaldía Espinar, La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 270 y ss. Podría hablarse de una suerte de autoría accesoria (Bernardo Jose Feijoo Sánchez, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), VV.AA. (Pamplona: Thomson-Civitas, 2011), 92), en la que se normativamente se hace responsable –o corresponsable– de un tipo penal alguien que ontológicamente no puede cometerlo (Bernardo Jose Feijoo Sánchez, El delito corporativo en el Código Penal español, 2ª ed. (Navarra: Civitas, 2016), 75 y ss.

44 Silvina Bacigalupo Saggese, “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”, en Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, VV.AA. (Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2013), 80.

45 María Jesús Guardiola Lago, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 57.

46 Silvina Bacigalupo Saggese, “La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código Penal”, en Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo, VV.AA. (Madrid: Universidad Ramón Acero, 2016), 32.

47 Antonio del Moral García, “Las investigaciones internas. La colaboración con la administración de justicia. El secreto profesional”, en Defensa corporativa. Sistemas de cumplimiento. Prevención y reacción ante el incumplimiento – Cuadernos de Derecho para ingenieros, 53, VV.AA. (Madrid: Wolters Kluwer, 2021), 211.

parcial, estipulado en los artículos 20 y 21 del CP⁴⁸, es plausible entender que estamos ante una causa eximente⁴⁹ y que, por ende, esos modelos de gestión se insertan en el ámbito de la culpabilidad.

Así, la culpabilidad corporativa está constituida por el denominado defecto de organización. El reproche social se fundamenta en que la persona moral y sus órganos sociales no han tomado las suficientes medidas de cuidado que son necesarias para garantizar un negocio ordenado y ajeno a la ilicitud penal⁵⁰. La persona jurídica es culpable por haber omitido tomar las medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo social no delictivo⁵¹, por haber permitido una ausencia de organización eficiente que de haber existido habría permitido evitar, o al menos dificultar, la comisión del delito base⁵². El ente colectivo muestra un grado de desorganización suficiente que no le ha permitido prever e impedir la comisión del ilícito de referencia, lo que fundamenta su reproche.

En definitiva, la premisa hermenéutica reside en que el legislador español ha optado por un modelo del hecho de conexión (o hecho de referencia) para definir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas⁵³.

2.5 ESTADO DE SITUACIÓN. EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO PREMIO TARDÍO Y LA PENA DE BANQUILLO COMO REPROCHE CORPORATIVO INELUDIBLE

La lectura sistemática de las premisas anteriores nos lleva a concluir que el panorama que deriva del planteamiento del legislador se presenta, a priori, como muy adverso para los entes colectivos encausados.

Si en virtud del principio de legalidad el Ministerio Fiscal tiene obligación sin margen de

48 El artículo 20 recoge el elenco de circunstancias que hacen que “estén exentos de responsabilidad criminal” los reos, mientras que el artículo 21.1 determina que es circunstancia atenuante “las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

49 Rodríguez Ramos, “Sobre la culpabilidad”, 11 y ss.

50 Silvina Bacigalupo Saggese, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Barcelona: Bosch, 1998), 171.

51 José Miguel Zugaldía Espinar, “Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)”, *La Ley Penal*, nº 119 (2016), 5.

52 José Miguel Zugaldía Espinar, “Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)”, *La Ley Penal*, nº 119 (2016), 5.

53 En el mismo sentido, Manuel Gómez Tomillo, “Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 25 (2011), *passim*; Silvina Bacigalupo Saggese, “La responsabilidad penal de los entes colectivos”; José Miguel Zugaldía Espinar, “Societas delinquere potest”, *passim*. Para profundizar en la propuesta dogmática del hecho de conexión, puede acudir a Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed. (Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2015), *passim*.

discrecionalidad de ejercitar la acción penal cuando aprecie la concurrencia de los elementos de un tipo penal (*i.e.*, existan indicios incriminatorios); si las causas obstativas de responsabilidad han de ser valoradas en fase de juicio oral y no en la fase previa de investigación (salvo en supuestos de carácter nítido, rotundo y diáfano); si, en el caso de las personas jurídicas, la tipicidad viene determinada por el hecho de referencia y la conducta de una o varias personas físicas, pero los modelos de organización se insertan en el ámbito de la culpabilidad, la conclusión parece sencilla: en los procedimientos que se dirijan contra una persona física y una persona jurídica por un delito que acarree responsabilidad penal corporativa, cualquier indicio delictivo suficiente contra la primera implicará el enjuiciamiento no solo del individuo, sino también, de manera automática, el del ente colectivo, sin importar el despliegue de cumplimiento normativo que haya podido realizar internamente (antes o después de la comisión delictiva).

Si configuramos el hecho de referencia como hecho propio de la persona jurídica, digamos que esta se encuentra atada a la actuación de sus integrantes, a su merced de modo superlativo. La corroboración de la existencia indiciaria de una conducta típica por parte de un integrante de una organización supone, según la teoría del hecho de conexión, que también hay indicios incriminatorios contra esta. Las personas morales estarán sometidas sí o sí al escrutinio de juicio oral por unos hechos sobre los que, en puridad, ontológicamente, no tuvo un verdadero dominio del hecho –sino, a lo sumo, un dominio de organización funcional-sistemática⁵⁴–. Su posición respecto al hecho de referencia es distinta a la que cualquier persona física pueda tener e, inevitablemente, siempre estará a priori “más alejada” o “distante” en términos de perpetración, ontológicamente hablando. Aun así, tendrá que afrontar un juicio oral.

El juicio de probabilidad que debe desarrollarse en la instrucción (sobre indicios), distinto al juicio de certeza del juicio oral (sobre pruebas), difícilmente puede determinar de manera nítida, rotunda y diáfana la causa obstativa de responsabilidad penal de los entes colectivos. La acreditación de los modelos de control y su valoración constituyen una empresa apriorísticamente no sencilla y, consecuentemente, no cumplirán con los requisitos jurisprudenciales determinados para ser acogidos en sede de investigación. De hecho, el carácter pericial por el que muchas veces se aboga como medio de prueba⁵⁵ supone que su valoración y sus efectos se desplieguen en fase de juicio oral⁵⁶.

54 Silvana Bacigalupo Saggese, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 179 y ss., refiriéndose a la teoría desarrollada por Günter Heine.

55 Entre otros, Fernando Gascón Inchausti, Proceso penal y persona jurídica (Madrid: Marcial Pons, 2012), 147 o Adán Nieto Martín, “Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, en Manual de cumplimiento penal en la empresa, VV.AA. (Valencia, Tirant lo Blanch: 2015), 116.

56 No es poco usual –desgraciadamente– que en la práctica diaria la prueba pericial de parte se reserve para la fase plenaria en una argumentación sustentada en que los artículos 456 y ss. de la LECrim regulan solo los análisis periciales judiciales, que serían las que podrían practicarse como diligencias de investigación en fase de instrucción, quedando

Así, el ente organizacional podrá combatir en fase de instrucción la concurrencia del hecho de referencia, como cualquier otro investigado, pero no podrá enarbolar la bandera del cumplimiento normativo; al menos, con la esperanza de abandonar el procedimiento en tal fase. En este escenario, la persona jurídica podrá intentar hacer valer su sistema de prevención y control en la fase de investigación, pero a los únicos efectos de que el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, entienda que concurre una causa eximente y, por tanto, aunque exista un hecho típico (y antijurídico), no es culpable desde la perspectiva de la entidad y, por ende, solicite la absolución y no la condena corporativa. Pero esto no evitará su paso por el juicio oral: su modelo de organización deberá valorarse en todo caso por el órgano enjuiciador, en juicio; no por el instructor, en la investigación previa⁵⁷.

En definitiva, las personas morales se deben enfrentar ineludiblemente a la denominada “pena de banquillo”, con el correspondiente carácter estigmatizante que ello conlleva⁵⁸ o el ya clásico daño social de reputación que se le asocia comúnmente. El despliegue de cumplimiento normativo solo puede configurarse, pues, como un “premio tardío” en fase plenaria.

Con independencia de la idoneidad, eficacia y robustez de su sistema interno, la persona moral está abocada a demostrarlo en juicio. Y es ella la que tendrá que probarlo y no la acusación más allá de cualquier duda razonable. Es ella la que tiene que articular el acervo probatorio adecuado para desvirtuar esa culpabilidad que la teoría del hecho de conexión le atribuye. La carga de la prueba corresponde a la organización, que tiene que enervar las tesis acusatorias apoyadas en la concurrencia del hecho de conexión.

De la misma manera, el hecho de que el artículo 31. quater del CP prevea la confesión de la persona jurídica o autodenuncia como una atenuante de responsabilidad no parece ser del todo esperanzadora. Si una organización, en la ejecución de su modelo de control, detecta una actuación presuntamente delictiva y decide ponerlo en conocimiento de las autoridades para iniciar un procedimiento penal para dirimir las oportunas responsabilidades, tan solo podrá optar a que la pena corporativa asociada a ese hecho de referencia sea vea reducida. Es decir, aun cuando su sistema interno le permita detectar ilícitos en su seno (i.e., es eficaz desde un plano reactivo), aun cuando decida denunciarlos, el riesgo de condena existirá.

aquellos sometidos al régimen de prueba en sentido estricto (i.e., como elemento del juicio oral). Véase la STS, Sala 2ª, número 365/2018, de 18 de julio [RJ 2018/3591].

57 Respecto al momento procesal oportuno para probar la existencia de un adecuado modelo de organización, VV.AA. Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos (Navarra: Aranzadi, 2018), 40.

58 Véase la STS, Sala 2ª, número 654/2007, de 3 julio [RJ 2007/4927]. Señala la STS, Sala 2ª, número 1179/2001, de 20 julio. [RJ 2001/494] que, precisamente por ese carácter estigmatizante, existe la fase de instrucción: para decidir si procede o no abrir juicio contra una persona determinada.

Se puede pensar en la posibilidad de que, en verdad, la persona jurídica tiene la oportunidad de hacer valer su modelo de gestión para evitar su responsabilidad penal. Incluso, se puede articular que el descubrimiento de los hechos y posterior denuncia son una manifestación de la eficacia e idoneidad del sistema. Ahora bien, solo podrá hacerlo en fase de juicio oral. Es más, asumiendo que de otra manera no se hubiera descubierto el hecho de conexión, si no se consigue probar la eximente, se dará la paradoja de que la organización será condenada por su propia iniciativa (eso sí, con una pena inferior a si el Estado hubiera detectado el delito por sí solo)⁵⁹.

En definitiva, la atenuación de la pena se presenta como un débil incentivo para fomentar confesiones corporativas. Poco o nada le interesa a una persona jurídica formular autodenuncia en tanto que la “recompensa” asociada es más bien limitada (por no decir peligrosamente nula). La penitencia procesal se presenta inexcusable.

De esta manera, una lectura sistemática de las premisas establecidas lleva a la conclusión de que las personas jurídicas enfrentan un panorama jurídico-procesal penal complicado. La confesión corporativa poco o nada les reporta y, ante todo, están avocadas a una pena de banquillo siempre que los hechos objeto del procedimiento revistieran de un carácter indiciariamente delictivo dentro del abanico *numerus clausus*. Los entes colectivos no tienen la posibilidad de hacer valer exculporiamente sus modelos de organización y control en otro momento que no sea la fase plenaria.

¿O no necesariamente?

3. PLANTEAMIENTOS SISTEMÁTICOS ALTERNATIVOS: ¿EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO AL RESCATE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Este sometimiento de las personas jurídicas a la pena de banquillo en todo procedimiento podría ser entendido como una manifestación de ese problema penal consistente en que el derecho sustantivo y el derecho procesal están desconectados entre sí⁶⁰. El legislador ha instaurado, siguiendo la teoría del hecho de conexión, un sistema de responsabilidad corporativa cuyo encaje en el proceso penal nos guía a las (nefastas) consecuencias que hemos determinado en nuestro estado de situación.

Sin embargo, este estado de situación se basa en una serie de premisas, de las que, como adelantábamos,

59 Sobre los dilemas que esconde la formulación de autodenuncia, véase Julio Banacloche Palao, “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, VV.AA. (España: Fiscalía General del Estado, 2018), 19-27.

60 Este problema, entre otros, es advertido y analizado de manera general por Gonzalo Quintero Olivares en *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en derecho penal* (Madrid: Iustel, 2012), 41.

una de ellas no es indubitada: la hermenéutica. En efecto, contamos con interpretaciones alternativas del TS y la FGE sobre el artículo 31.bis y concordantes del CP que implican que la coyuntura jurídico-procesal a la que se tienen que enfrentar las personas jurídicas en la práctica sea, al menos teóricamente, otra distinta y más benevolente.

3.1 LA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL DELITO CORPORATIVO COMO SOLUCIÓN A LA PENA DE BANQUILLO

El TS ha interpretado y entendido la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la óptica de los sistemas sociales autopoieticos⁶¹, en contraposición a la teoría del hecho de conexión que contempla la exégesis de la premisa hermenéutica⁶².

61 La autopoiesis es un concepto que se atribuye a los biólogos Humberto Maturana y Francisco Varela, quienes lo usaron para explicar el proceso circular de reproducción de los seres vivos por la química de auto-mantenimiento de sus células. Posteriormente fue acogido y utilizado por el sociólogo Niklas Luhmann para elaborar su teoría de la comunicación y explicar que los sistemas sociales son sistemas autorreferenciales autopoieticos, en la lógica de que están constituidos por elementos producidos por los propios sistemas que componen estos mismos elementos. Para profundizar sobre la propuesta teórica, véase Niklas Luhmann, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general* (Barcelona-México-Santafé de Bogotá: Anthropos-Universidad Iberoamericana-CEJA Pontificia Universidad Javeriana, 1998), *passim*. Para ver su aplicación en el ámbito *ius* penalista, véase, entre otros, Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, *passim*, si bien a continuación se desarrolla sucintamente en el cuerpo del trabajo por responder al entendimiento del TS.

62 La posición interna del TS en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha mostrado dividida. Tal es así que la primera sentencia de calado sobre la institución (STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [R] 2016/600) contó con un voto particular muy cualificado que contrariaba la interpretación esbozada en la fundamentación de la resolución: “conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis CP, siendo así que los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP”...1”.

A ello habría que sumarle las resoluciones tendentes a afirmar una responsabilidad vicarial. Por un lado, la STS, Sala 2ª, número 506/2018, de 25 de octubre [R] 2018/4868], que sostuvo “[t]al y como afirma la resolución, la responsabilidad penal de la persona jurídica es vicarial y, aunque no supeditada a la condena de una persona física, sin depender de su conducta. Lo que justifica que no siendo declarada probada la antijuricidad de la conducta de la persona física, la de la jurídica deba mantener la misma solución”. Por otro lado, la STS, Sala 2ª, número 123/2019, de 8 de marzo [R] 2019/1064], que advirtió que “la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión (...) a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida,

Concretamente, el TS ha declarado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe concebirse en clave de autorresponsabilidad, defendiendo el principio de culpabilidad y distinguiendo entre el injusto imputable a la persona física (el delito antecedente) y el atribuible a la persona jurídica (el delito corporativo). En esta línea, ha afirmado que la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a los efectos de la afirmación de su responsabilidad penal, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en su seno ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de sus integrantes. Tal cultura habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos del listado *numerus clausus*⁶³. La responsabilidad de la persona jurídica requiere como presupuesto la comisión de alguno de los delitos que se señalan en la parte especial del CP como imputables a las mismas por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31.bis. Por su parte, el fundamento se encuentra en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos que pudieran cometerse en su ámbito de organización⁶⁴.

Así, esa ausencia de cultura de respeto al Derecho debe materializarse en una omisión de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, como complementario de la comisión del ilícito por la persona física⁶⁵. En esta línea, ha aseverado que, debe probarse, además del delito cometido por la persona física y el fundamento de la responsabilidad individual, que este ha sido realidad por la concurrencia de un “delito corporativo”, por un defecto estructural en los mecanismos corporativos de prevención. Esto es, la responsabilidad penal del ente colectivo descansa en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva⁶⁶.

tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica”.

Para análisis de la primera jurisprudencia del TS en materia de responsabilidad criminal corporativa, véase Carlos Gómez-Jara Díez, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2ª ed. (Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2019), *passim*. De manera más concisa, Alejandro Ayala González, “¡Houston, tenemos un problema! La indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, nº 9417 (2019), *passim*.

63 Todo el párrafo es una paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [RJ 2016/600].

64 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 757/2019, de 8 de marzo [RJ123/2019].

65 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [RJ 2016/600].

66 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 221/2016, de 16 de marzo [RJ 2016/824].

Es decir, el TS constituye como elemento de la tipicidad el defecto de organización consistente en la ineficacia de los modelos de organización y gestión del riesgo, conceptuando así lo que denomina el delito corporativo, el cual vendría a estar conformado por los “*elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa*”⁶⁷. Eso sí, este delito corporativo tan solo es apreciable sobre la previa constatación de la comisión del delito base por parte de un individuo de la organización, que se incardina como presupuesto inicial⁶⁸.

De esta manera, es apreciable que el TS ha determinado la responsabilidad penal corporativa atendiendo la teoría de los sistemas sociales autopoieticos. Esta propuesta doctrinal, partiendo de la base de que los entes colectivos son sistemas que se autoorganizan, se autoconducen y autodeterminan, concibe un sistema de responsabilidad “puro” del ente colectivo intentando obviar cualquier factor humano, en donde tanto la acción como la culpabilidad le son “propias”. Propone que, como la persona jurídica es la única competente para decidir sobre su propia organización, su comportamiento debe ajustarse a los estándares normativamente exigidos, de tal suerte que un defecto de autoorganización que haya permitido la comisión de un delito constituye el injusto penal, mientras que la falta de fidelidad hacia el Derecho se torna como base de su culpabilidad, por no haberse mostrado un comportamiento propio de un ciudadano medio⁶⁹.

La acción típica del ente colectivo recae en el defecto de organización social, mientras que la culpabilidad responde a una concepción constructivista, funcionalmente equivalente a la propia de la persona física, consistente en la ausencia de cultura corporativa de fidelidad al Derecho⁷⁰. Es decir, el eje sobre el que gira la tipicidad de la conducta de la persona jurídica es el defecto de organización, la falta del debido control sobre sus integrantes y procesos internos, lo que configura su propio injusto, separado del correspondiente a la persona física. En esta línea, la falta de modelos de organización eficaces constituiría, pues, un hecho negativo impeditivo para la apreciación de una tipicidad imputable al ente colectivo⁷¹, o, si se opta por una teoría jurídica del delito bipartita, un elemento negativo del tipo⁷². Por su parte, la culpabilidad se corresponde con una incorrecta disposición jurídica, un inadecuado

67 STS, Sala 2ª, número 221/2016, de 16 de marzo [RJ 2016/824].

68 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 742/2018, de 7 de febrero [RJ 2019/326].

69 Miguel Bajo Fernández, “La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro”, en *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Liber amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuéllar García*, VV.AA. (Madrid: Colex, 2006), 80.

70 Para profundizar, véanse entre otros Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa, passim* o Bajo, Feijoo, Gómez-Jara, *Tratado*, 121 y ss.

71 Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas”, en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. (Madrid: Universidad Ramón Acero, 2016), 635 y ss.

72 Alejandro Ayala González, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 6.

tono ético, para cumplir con la legalidad vigente, esto es, un déficit de motivación para actuar de acuerdo con el fin de la norma⁷³.

Este razonamiento, no cabe duda, es frontalmente diferente al que habíamos estipulado como premisa hermenéutica y presenta en consecuencia un escenario totalmente divergente al estado de situación planteado. De hecho, implica que ese estado de situación en la práctica diaria de nuestros tribunales deba ser teóricamente inexistente, en tanto que, siendo el TS el máximo intérprete de la legalidad ordinaria, su posicionamiento es el que debe vertebrar la *praxis* exegética de los órganos judiciales⁷⁴.

Es curioso que el alto tribunal haya dicho, expresamente, que no importa la calificación jurídica que se le quiera dar a los programas de organización y control: *“ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal”*⁷⁵. Es curioso en tanto que la condición sustantiva que se le otorgue determinará su estatuto procesal. Al fin y al cabo, el derecho procesal es el instrumento necesario para la aplicación del Derecho penal⁷⁶.

Dicho lo cual, si, según el TS, el defecto de organización constituye el denominado delito corporativo, si los modelos de organización y control se ubican en el ámbito de la tipicidad, lo cierto es que la consecuencia procesal es clara: corresponde a la acusación probar su deficiencia y tiene que aportar en fase de instrucción indicios sobre su concurrencia para poder procederse a la apertura de juicio oral. La concurrencia indiciaria de un injusto individual es tan solo el presupuesto del propio injusto corporativo, que merece un tratamiento indiciario-probatorio diferenciado. Solo cuando ambos extremos queden acreditados en términos de suficiencia para tramitar una fase plenaria, la organización tendrá que hacer frente a un juicio oral. Ya no existiría ese automatismo individuo-organización, sino que el procesamiento corporativo exigirá un esfuerzo adicional en materia de indicios.

En este “juego” de indicios, la persona jurídica puede optar por una estrategia de defensa consistente en acreditar durante la investigación la existencia de un modelo de organización robusto, en la idea de desvirtuar cualquier sospecha que se intente procurar de contrario: si consigue acreditar que el

73 José Miguel Zugaldía Espinar, “Jurisprudencia aplicada”, 4.

74 Como muestra de ello puede señalarse, por ejemplo, el reciente AJCI6, de 23 de marzo de 2021 que acordó el sobreesimiento dictado respecto a una empresa con expresa referencia a la jurisprudencia señalada y el posterior AAN, Sala de lo Penal, Secc. 4ª, número 405/2021, de 8 de julio [JUR 2021\255915], que lo confirmó tras ser aquel impugnado.

75 STS, Sala 2ª, número 221/2016, de 16 de marzo [RJ 2016/824].

76 Moreno Catena y Cortés Domínguez, Derecho Procesal Penal, 10.

modelo era idóneo y eficaz, poco indicio sobre el delito corporativo podrá articularse. Es decir, la acusación tiene la carga de la prueba de acreditar que concurren indicios de un delito corporativo, pero el ente colectivo puede optar por aportar indicios de descargo para socavar cualquier intento acusatorio. En palabras del TS, la *“acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente”*.⁷⁷

Tal es así que el propio alto tribunal ha afirmado que *“de lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad”* ⁷⁸. El Juez instructor, en fase de investigación, puede (y debe según esta concepción) valorar, en los esquemas indiciarios que le son propios, los modelos de organización para determinar si concurre un defecto de organización (un delito corporativo) para decretar o descartar el archivo de la causa respecto al ente colectivo (al margen, claro está, de valorar los indicios del hecho de referencia).

En este contexto, las personas jurídicas afrontan un dilema estratégico cuya resolución dependerá en última medida de la seguridad que se tenga sobre la idoneidad del modelo de cumplimiento. Por un lado, pueden optar por aportar su sistema de cumplimiento en fase de investigación a fin de poder abandonar el procedimiento durante la instrucción. Por otro lado, pueden optar por no aportarlo y mantener una actitud pasiva y reactiva a la vista de lo que pueda articular la acusación en relación con el delito corporativo. El dilema reside en que la primera actuación, que parecería la más proactiva en términos defensivos y de celeridad, implica que la acusación tendrá la oportunidad de rebatir las alegaciones de descargo, de examinar el modelo de organización para intentar desvirtuarlas. Es decir, es una oportunidad para que la acusación pueda ensamblar sus tesis acusatorias y pueda argumentar sobre el delito corporativo. Se le facilita, en fin, esa carga de la prueba que le correspondería según la premisa procesal⁷⁹. La segunda opción, por su parte, es más peligrosa en lo que a la evitación de la fase de juicio oral se refiere, pero evita esa posibilidad de armarse mejor a la acusación, que tendrá que probar el defecto de organización para la condena del ente⁸⁰.

⁷⁷ STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [RJ 2016/600]. Nótese que el TS habla en este caso de eximente, cuando inserta el defecto de organización en la tipicidad, haciendo gala –se puede entender– de esa indiferencia terminológica que le otorga al extremo.

⁷⁸ STS, Sala 2ª, número 221/2016, de 16 de marzo [RJ 2016/824].

⁷⁹ El debate sobre a quién corresponde la carga de la prueba está abierto. Además de otras referencias ya señaladas, véase José Miguel Zugaldía Espinar, “Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión”, Cuaderno de Política Criminal, nº 121 (2017), 19 y ss. y Carlos Gómez-Jara Díez, “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, Diario la Ley, nº 1514 (2016), *passim*.

⁸⁰ La posición del TS sobre la carga de la prueba ha dado lugar a un amplio desarrollo doctrinal, que rebasa con creces las referencias a las que este artículo alude (véase la nota anterior). Sin embargo, sobre este particular, en mi opinión, diría

En todo caso, parece claro que este dilema siempre será menos severo y grave que el escenario que nos encontrábamos en el estado de situación que habíamos establecido inicialmente. El planteamiento dependerá de la propia estrategia de la persona jurídica y de si verdaderamente cuenta con un modelo de organización eficaz e idóneo, no de la propia configuración normativo-jurisprudencial de la responsabilidad penal corporativa. La hermenéutica del TS abre la puerta a evitar la pena de banquillo, permite que las organizaciones puedan abandonar el procedimiento en fase de instrucción sin depender enteramente de la previa actuación delictiva de terceros. Pueden hacer valer sus actuaciones de prevención y control, alegar y fundamentar la inexistencia de un defecto de organización durante la investigación y, en fin, defenderse y combatir la existencia de un injusto penal “propio”. En definitiva, la jurisprudencia hace que el cumplimiento normativo se recompensa sin necesidad de llegar al juicio.

3.2 LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y EL “ESPECIAL VALOR” DE LA AUTODENUNCIA CORPORATIVA: SOLICITUD DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

Como hemos visto al inicio de la premisa hermenéutica, la interpretación que realiza la FGE de los artículos 31.bis y concordantes del CP se desarrolla en clave de sistema vicarial. Ciertamente, este operador jurídico tuvo la ardua tarea de ser el primero en interpretar la norma, antes de cualquier desarrollo jurisprudencial y apenas doctrinal desde una perspectiva normativo-positivista. No solo desde el ámbito del derecho sustantivo, sino también procesal⁸¹. Primero lo hizo en la Circular 1/2011 y posteriormente, tras la reforma del CP del año 2015, en la Circular 1/2016.

que la prueba del defecto de organización, en caso de decaer en el lado de la acusación, se muestra como una empresa sumamente complicada en caso de que la entidad no decida aportar su modelo. Si esta no lo hace, a priori, la acusación tan solo podría acudir a dos medios para obtenerlos para su posterior análisis. El primero consistiría en requerir al ente organizacional para que lo aportara al procedimiento. Sin embargo, esta petición, entiendo, encuentra dificultades para ser requerida bajo apercibimiento de sanción, conforme a la jurisprudencia de que el derecho a la no autoincriminación impide la obtención de elementos probatorios de forma coactiva si la existencia de esos elementos depende de la voluntad del que los elabora (SSTEDH Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993; *Sunders c. Reunio Unido*, de 17 de diciembre de 1996; J.B. c. Suiza, de 3 de mayo de 2001). Ello en tanto que, por un lado, la implementación de un modelo de organización y control no es una obligación normativa, un deber del órgano de gobierno, sino una facultad, en tanto que su adopción no implica, por sí misma, un reproche (al efecto, aunque identificándolo como una incumbencia y no una facultad, véase Jesús-María Silva Sánchez, “La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática”, en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. (Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016), 681) y, por otro lado, en España no existe una agencia u organismo público que supervise, colectione o guarde los modelos implementados. Es decir, que la persona jurídica podría negarse a aportarlo y dejar sin material a la acusación. La otra opción sería la práctica de una entrada y registro en la sede de la organización para obtenerlo por la fuerza, pero, sinceramente, creo que los estándares de proporcionalidad que exige esta medida no se respetarían. La pesquisa con ese fin, a mi entender, está avocada irremediabilmente a ser declarada nula.

⁸¹ La adaptación procesal, por cierto, continúa siendo un clamor desde todos los sectores al día de la fecha en tanto que la reforma del CP trajo consigo, casi un año después, tan solo la incorporación de ocho artículos para regular el estatuto procesal de la persona jurídica en la LECrim, sin que haya habido ningún desarrollo normativo al efecto posterior.

No entraremos a valorar las virtudes o defectos del modelo de heterorresponsabilidad propuesto hermenéuticamente por la FGE –aunque ya lo hemos hecho sucintamente antes–. Y ello en tanto que las consecuencias vistas en nuestro estado de situación respecto a la pena de banquillo son esencialmente similares, si bien con un matiz dogmático no menor. Mientras que en el hecho de conexión hablábamos –permítase la licencia literaria– de una suerte de presunción procesal de la culpabilidad del ente colectivo (que, en puridad, es similar a los esquemas desplegados respecto a las personas físicas), en el modelo vicarial hablamos de una presunción a secas. Si los responsables vicarios personas físicas transfieren su responsabilidad, ello significa que esta se ha generado en aquellas y se traslada como automatismo al ente colectivo si concurren las condiciones del artículo 31.bis.1. El ente organizacional no tiene “responsabilidad propia”, a lo sumo puede acceder a modular o esquivar la que le corresponde vicarialmente una vez se da en origen. El cumplimiento normativo no es tanto un elemento que facultaría a *paralizar la transferencia de responsabilidad* (no es una causa obstativa de responsabilidad), sino como uno que permite *impedir el reproche corporativo*, por lo que, entiendo, es un elemento más ligado al ámbito de la punibilidad, en su caso⁸².

Dicho lo anterior, lo que nos interesa es la interpretación que la FGE ha desplegado respecto a la confesión corporativa. La premisa hermenéutica consideraba la autodenuncia como una atenuante, como un incentivo poco atractivo para las personas jurídicas. Por el contrario, las Circulares 1/2011 y 1/2016 –en puridad, la segunda⁸³– le otorgan un especial valor que va más allá de una mera reducción penológica.

La Circular 1/2016 fue un paso más allá de la atenuación cuando decidió establecer una serie de pautas exegéticas o criterios orientativos que la fiscalía debía seguir para valorar la eficacia de los sistemas preventivos. Con expresa mención a la Unión Europea y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), apreció como objetivo loable y de valoración positiva que se promoviera que las personas jurídicas se estructurasen dotándose de sistemas organizativos y de control que, entre otras cosas, tendieran a evitar la comisión de delitos en su seno o, al menos, lograr su descubrimiento. En este contexto, la FGE, aunque admitió que la detección de delitos no está expresamente incluida en los requisitos de los modelos de organización y gestión, entendió que forma parte de su contenido esencial junto con la prevención. Ello en la lógica de que cualquier programa,

82 Siempre, claro, que sigamos aplicando la teoría del delito tradicional a las personas jurídicas (véase nota 38).

83 La primera de las circulares no indagó mucho sobre la atenuante. Tan solo acotó el concepto de que la persona jurídica “conociera” la existencia del procedimiento, así como que la confesión puede producirse tanto ante jueces y fiscales como ante autoridades policiales y/o administrativas. También realizó un par de apuntes interpretativos para acotar los efectos de la atenuante, como que unas diligencias de investigación no pueden considerarse un procedimiento para apreciar el elemento temporal (“antes de que el procedimiento judicial se dirija contra ella”).

por eficaz que sea, soportará un cierto riesgo residual de comisión de delitos⁸⁴.

En este marco, la Circular 1/2016 estipula que los fiscales “concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo”. Dicho en otros términos, la circular estipula la confesión corporativa como una potencial eximente y no como una mera atenuante.

Posiblemente impregnada de la idea de sumar de manera efectiva a las corporaciones en la lucha contra la criminalidad⁸⁵ y de que se organicen internamente al efecto⁸⁶, podemos aventurar que la FGE pudo valorar la insuficiencia de la atenuación penológica y, en una suerte de interpretación global y metafísica de los modelos, ligó la autodenuncia a la eficacia de los mismos y a la cultura del respeto al derecho que, en su opinión, deben fomentar. Seguramente impregnada de la idea de sumar de manera efectiva a las corporaciones en la lucha contra la criminalidad y de que se organicen internamente al efecto, podemos aventurar que la FGE pudo valorar la insuficiencia de la atenuación penológica y, en una suerte de interpretación global y metafísica de los modelos, ligó la autodenuncia a la eficacia de los mismos y a la cultura del respeto al derecho que, en su opinión, deben fomentar⁸⁷.

Así las cosas, el panorama de la confesión corporativa es distinto: a los ojos de la FGE, la formulación de autodenuncia permitirá a las personas jurídicas no concursar a una atenuante, sino a una eximente

84 No puede pasar desapercibido el cambio de criterio surgido en la FGE: esta afirmación de la Circular 1/2016 se contraponen a la Circular 1/2011, para la que la comisión del ilícito penal por la persona física era un importante indicio de la ineficacia del modelo de organización y control.

85 Algunas voces hablan de una actividad pseudo-policiales por parte de las organizaciones en el pleno desarrollo de sus modelos de organización a través de investigaciones internas, tales como Rafael Alcacer Guirao, “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial”, Diario La Ley, nº 8053 (2013), 2.

86 No creo que el fin último y fundamento de todo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas tenga que ser la autororganización y aunar fuerzas para la efectividad del *ius puniendi* estatal (pues, como señalábamos en la nota 1, su relación con el cumplimiento normativo es contingente). Ahora bien, una vez se opta por conexas inherentemente una y la otra, creo que la ratio sí pasa por la promoción de este tipo de actuaciones. A favor de esta relación véase, entre otros, Enrique Bacigalupo Zapater, “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, Diario La Ley, nº 7442 (2010), 1 y ss.; Luis Rodríguez Ramos, “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”, Diario La Ley, nº 7561 (2011), 1 y ss.; Ricardo Robles Planas, “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, Diario La Ley, nº 7705 (2011), 6. Se ha llegado a afirmar, incluso, que el sentido último de todo sistema de responsabilidad penal de los entes colectivos es conseguir, o al menos incentivar, que estos se autorregulen. Véase Adán Nieto Martín, La responsabilidad, 81-84. Mostrando una postura crítica con el principio general, Javier Gustavo Fernández Teruelo, “Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010”, Revista de Derecho Penal, nº 31 (2010), 49.

87 A favor de que deben promover una cultura organizacional que estimule el comportamiento ético y respeto por la legalidad, véase José Ignacio Gallego Soler, “Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”, en Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, VV.AA. (Edisofer: Madrid, 2014), 203.

por su buen hacer como ciudadano corporativo. La detección de ilícitos en su seno sería una muestra de que su modelo es eficaz (al menos en su vertiente reactiva). Además, habría puesto de relieve unos hechos delictivos, lo que pondría de manifiesto su cultura de fidelidad al Derecho, de tal manera que su actuación debe verse debidamente recompensada mediante la evitación del reproche penal. En resumidas cuentas, ese parece ser el planteamiento de la FGE.

De esta manera, la FGE otorga un especial valor a la autodenuncia que permite a las personas morales ir más allá de la atenuación penológica y beneficiarse directamente de figuras de exención.

3.3 EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO FRENTE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Ciertamente, los planteamientos del TS y la FGE permiten vislumbrar un estado de situación diferente al que habíamos establecido. La propuesta jurisprudencial abre una “puerta de escape” del procedimiento para que las organizaciones que cuentan con un modelo de organización eficaz y robusto puedan utilizarlo en fase de instrucción a efectos de lograr el archivo, sin necesidad de llegar a juicio. Las organizaciones que hayan implementado sistemas internos de control, que procuren desplegar esa cultura de fidelidad al Derecho, no tienen por qué verse sometidas a una pena de banquillo. Antes al contrario, deben ver “recompensadas” sus actuaciones, ver que la Administración de Justicia les respalda. Como ciudadano corporativo, su actuación corporativa debe ser judicialmente valorada en su recta medida. Este podría ser, de forma simplificada, la fundamentación que reside en la postura del TS.

Por su parte, la iniciativa de la FGE otorga un mayor incentivo al descubrimiento y denuncia de hechos delictivos en el seno corporativo, en una lógica de que las personas morales, al hacerlo, muestran un compromiso con el cumplimiento normativo. Como buenos ciudadanos corporativos, los entes colectivos que deciden poner en conocimiento de las autoridades hechos que revisten carácter criminal no tienen por qué verse sometidos al yugo de la Justicia. Al revés, su colaboración debe recompensarse a través de una exención de responsabilidad. A nadie se le escapa el fundamento pragmático y económico (en forma de ahorro de costes de información y de recursos para su obtención⁸⁸) que reside en esta propuesta: conseguir que sean las propias organizaciones las que inspeccionen y denuncien sus tripas rebaja, a priori, la presión sobre la tarea vigilante del Estado.

88 Como acertadamente, en mi opinión, apunta Adán Nieto Martín, “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario la Ley*, nº 8120 (2013), 2: “la responsabilidad penal de las personas jurídicas atiende, entre otras razones, a reducir los costes en la adquisición de información”. Ahora bien, para ello, los incentivos deben ser los adecuados.

En un primer acercamiento, estas posturas, además de ofrecer soluciones más lógicas en términos económicos⁸⁹, parecen estar alineadas con ese fundamento que parece irradiar la incorporación en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: unirlas e implicarlas en la lucha contra la criminalidad, fomentar su alineación con el cumplimiento del ordenamiento⁹⁰. Y ello, a través de incentivos al efecto. Desprenderían una lógica sistemática en su conjunto, dando soluciones a lo que se ha definido como una técnica legislativa al menos mejorable. Sin embargo, ¿es esta primera apreciación tal?

Atendamos primero al entendimiento del TS. Algunas voces han entendido que la postura del alto tribunal constituye una doctrina no derivada del texto de la ley sino de una concepción dogmática previa⁹¹ o, incluso, una suerte de “*legislación jurisprudencial*”⁹². Si no fuera por esa ausencia de toma de posición dogmática que el TS ha adoptado frente a los modelos de organización, podríamos aventurar que su hermenéutica podría responder, precisamente, a evitar los inconvenientes que hemos visto de atender a la interpretación que hemos establecido en la premisa hermenéutica.

Cierto es que el parecer del TS puede tener lógica sistémica; no encuentro tacha a ese fundamento que puede residir en su entender. Entre otras cosas porque, en definitiva, es lo que subyace en la plasmación *ius* penalista de la teoría de los sistemas autopoieticos⁹³. Ahora bien, pudiera argumentarse que la exégesis jurisprudencial es difícilmente compatible con el principio de legalidad en todo caso⁹⁴.

Como se ha visto en la premisa normativa, ninguna referencia existe en el CP a un delito corporativo

89 La noción económica se usa con una doble acepción. Por un lado, en estrictos términos de costes: la propuesta del TS permite que la Administración de Justicia ahorre recursos evitando tramitar una fase plenaria contra una persona jurídica cuya absolución se conoce de antemano, mientras que la de la FGE –como se adelantaba en el párrafo anterior– alienta actuaciones corporativas que pueden permitir una optimización de los recursos públicos destinados a la detección y descubrimiento del crimen, desplazando parcialmente los costes a los nuevos sujetos penales. Por otro lado, la segunda acepción se refiere a un criterio de economía procesal que, si bien se encuentra estrechamente ligado al primer punto señalado, también facilita la consecución de procesos sin dilaciones indebidas: no solo se evita la concurrencia de una parte procesal adicional (con lo que ello conlleva en términos de potenciales intervenciones, alegaciones, recursos y prueba), sino que también el objeto del proceso se simplifica al dejar de tener que atender a las particulares de la entidad colectiva.

90 Véase la nota 86.

91 González Cussac, “La eficacia eximente”, 649.

92 Una legislación jurisprudencial que es, según el autor, apreciable de tanto en tanto en los tribunales de justicia. Véase Eduardo Torres-Dulce Lifante, “El compliance en el proceso penal. La prueba del sistema de cumplimiento. El compliance officer en el proceso penal. La función del representante de la persona jurídica en el proceso”, en Defensa corporativa. Sistemas de cumplimiento. Prevención y reacción ante el incumplimiento – Cuadernos de Derecho para ingenieros, 53, VV.AA. (Madrid: Wolters Kluwer, 2021), 233.

93 Para un análisis crítico de la propuesta dogmática, véanse entre otros José Miguel Zugaldía Espinar, “Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas”, *passim* y Cigüela Sola, La culpabilidad colectiva en el Derecho penal, 125 y ss.

94 La postura que sigue sobre la jurisprudencia del TS ha sido previamente desarrollada en Alejandro Ayala González, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 6 y ss.

o a una cultura de fidelidad al derecho. Son conceptos de cuño jurisprudencial, no normativos, que no responden a un sentido literal posible de la norma. No parece que el artículo 31.bis y concordantes tipifiquen tal ilícito colectivo. La técnica legislativa no apunta en esta dirección: el precepto se ubica sistemáticamente en el Título II del Libro I CP (“De las personas criminalmente responsables de los delitos”), lejos de la Parte Especial (Libro II, “Delitos y sus penas”) en donde se tipifican los ilícitos criminales. De igual forma, la redacción de los preceptos carece de la estructura y contenido usual de un tipo penal pues no cuenta con un supuesto de hecho con una conducta proscrita y tampoco considera una pena asociada.

Según entiendo, la aplicación penalista de la teoría de los sistemas autopoieticos requeriría de la implementación de un Derecho penal de tipo único o Derecho penal de único delito, a través de una suerte de Parte Especial *especial* para las personas jurídicas. Si la tipicidad corporativa la constituye la falta del debido control sobre sus integrantes y procesos internos, ello significa que las personas jurídicas solo pueden cometer un único ilícito: el defecto de organización. Este, en su caso, sería predicable de la relación de delitos señalada por el legislador (*numerus clausus* en nuestro caso) y su comisión se constituiría como un presupuesto típico. Este defecto de organización delictivo tendría que prever una pena asociada, que podría determinarse según el delito base para dar cumplimiento al principio de proporcionalidad. La lógica subyacente es la que impera en el planteamiento jurisprudencial que hemos analizado. Sin embargo, la técnica legislativa no ha sido tal. Ciertamente, se aprecia cierta desconexión entre el texto legal y la “interpretación” que se ha hecho del mismo por el TS.

En el caso de la FGE, la lectura es más dificultosa. En primer lugar, el CP establece nítidamente que la confesión corporativa constituye una atenuante, no una eximente. Ciertamente es que la autodenuncia puede entenderse como una manifestación de un sistema de cumplimiento eficaz y robusto, pero este, conforme a la norma, tan solo desprenderá sus efectos de exención en caso de que se cumplieran los requisitos y condiciones que hemos visto en la premisa normativa. La detección interna de ilícitos no tiene por qué ser una condición necesaria ni suficiente de los modelos de gestión. Máxime, si la propia norma no lo ha establecido así. Por supuesto podrá valorarse como un elemento adicional, contingente positivo, pero por sí solo no tiene por qué ser significativo de nada según el CP, en contra de la lectura maximalista que se desprende de la Circular 1/2016.

Además, hay un elemento que en la práctica diaria seguirá haciendo que la confesión societaria siga sin ser un incentivo verdaderamente práctico, por más que por la FGE se le otorgue ese especial valor. El hecho de que el Ministerio Fiscal no ostente el monopolio de la acción penal implica que, aun consiguiendo que se interese la absolución corporativa por su parte, las acusaciones particulares o populares pueden seguir formulando acusación contra la corporación (y la práctica en nuestros

tribunales nos permite afirmar sin miedo a equivocarnos que, lógicamente, así lo hacen en todos los casos). Ello, al margen de la consideración de aquellos supuestos en los que pueda estar involucrada una cuantía potencialmente alta de responsabilidad civil: dado el carácter cuasi-objetivo que impera en los casos de responsabilidad subsidiaria (artículo 120 del CP) en función de teorías de riesgo, interés o beneficio⁹⁵, la consecuencia pecuniaria-resarcitoria puede ser más temida que la propia penal, de tal manera que evitar esta última no es garantía de la autodenuncia.

Incluso, creo, puede argumentarse que ni tan siquiera se cumple esa premisa de coherencia sistemática que sí podía predicarse de la jurisprudencia del TS. Concretamente, entiendo que la vocación de cumplimiento normativo o la cultura corporativa de respeto al Derecho no son el asidero, el fundamento, de la atenuante corporativa de confesión. La valoración de la decisión de poner en conocimiento de las autoridades hechos de potencial relevancia penal no tendría por qué residir en la existencia o no de la “ética” societaria de cumplimiento. Una cosa y la otra no se encuentran vinculadas a mi entender por los siguientes motivos.

La atenuante de confesión tiene una trayectoria histórica anterior a la normativización de la responsabilidad corporativa penal (artículo 21 del CP). Por la identidad que existe entre la dicción de ambos preceptos, es común en la doctrina que el contenido y alcance de la atenuante de la persona jurídica se identifique, *mutatis mutandis*, con la circunstancia genérica prevista para las personas físicas. Considerando entonces la jurisprudencia del TS sobre la clásica atenuante, podría decirse que el fundamento de la atenuación no reside en un factor subjetivo de contricción o remordimiento (lo que sería difícilmente predicable de un ente organizacional), sino en el dato objetivo de que se ejecutan actos materiales y efectivos para facilitar la investigación del delito y el reproche de sus autores, ahorrando el esfuerzo de indagación que exige el esclarecimiento de los hechos y acortando los tiempos para el desenlace del proceso⁹⁶. La atenuante residiría, en última ratio, en un fundamento de punibilidad, basado en razones de política criminal orientadas hacia el interés del estado de facilitar la persecución y condena⁹⁷.

95 Véanse, entre otras, SSTS, Sala 2ª, número 260/2017, de 6 abril [RJ 2017/1491]; número 298/2019, de 7 junio [RJ 2019/354]; o número 355/2019, de 10 julio [RJ 2019/3505].

96 Entre otras, véanse las SSTS, Sala 2ª, número 145/2007, de 28 de febrero [RJ 2007/2607]; número 550/2007, de 18 de junio [RJ 2007/4915]; número 889/2007, de 24 de octubre [RJ 2007/7305]; número 359/2008, de 19 de junio [RJ 2008/5811]; o número 87/2012, de 17 de febrero [RJ 2012/3539].

97 Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 190. En contra de esta postura, pueden encontrarse algunas voces que afirman que el aspecto primordial de la atenuante reside en “la disposición del infractor a asumir su responsabilidad y no tanto la utilidad que de la autoinculpación pueda obtener la administración de Justicia”. Véase al efecto Enara Garro Carrera, “La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento”, en Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena, VV.AA. (Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009).

El CP objetivó la atenuante de confesión al suprimir la necesidad de obrar “*por impulsos de arrepentimiento espontáneo*” (antiguo artículo 9.9 del Código Penal de 1973), objetivación que se ha respetado en la dicción de la norma y mantenido desde entonces, incluso en el caso de las personas jurídicas. Si las líneas que atienden a los motivos o al cálculo racional de interés por parte de quien confiesa no están exentas de dificultades en el caso de las personas físicas⁹⁸, parece que cuando se trata de personas jurídicas su encaje podría ser incluso más complejo. Es decir, la valoración de la atenuante corporativa debería realizarse sin referencia a los motivos subyacentes⁹⁹, que en todo caso no tienen por qué estar ligados a una cultura de fidelidad al Derecho. El cálculo racional de intereses es, en buena medida, el sustento de muchas decisiones empresariales y no tiene ello que deslucir cualquier actuación de confesión corporativa atendiendo a los parámetros jurisprudenciales establecidos.

En definitiva, puede entenderse que la postura del TS parece sistemáticamente coherente con el fundamento y objetivo que parece sustentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Sin embargo, encuentra problemas de adecuación al texto legal y, en consecuencia, con el principio de legalidad. Su exégesis, al alejarse tanto de la dicción de la norma, no parece responder a un ejercicio interpretativo, sino a la plasmación de un entendimiento sistemático diferente. Puede decirse que escapa del sentido literal posible de la norma. Por su parte, esa hermenéutica y conceptualización de la autodenuncia corporativa de la Circular 1/2016 de la FGE encontraría dificultades con la fundamentación de la que el legislador impregnó la atenuante de confesión cuando la objetivó hace casi medio siglo, pero, ante todo, no parece responder a la legalidad vigente: frente al carácter de exención que se le otorga por la fiscalía, el CP es claro al instituirlo como una atenuante.

Una contrariedad no menor. Al fin y al cabo, la CE garantiza el principio de legalidad (artículo 9.3), que el poder judicial actúa sometido únicamente al imperio de la ley (artículo 117) y que el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad (artículo 124).

4. ¿MANIFESTACIONES DE *LEGE DATA* DE UN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Como estipulábamos en la premisa sistemática, el principio de legalidad constituye un pilar del ordenamiento español de índole constitucional. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que se hayan implementado en alguna instancia planteamientos legislativos de oportunidad¹⁰⁰.

⁹⁸ Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 190.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Sobre si el principio de oportunidad es o no contrario al principio de legalidad y su inconveniencia en relación a otros principios fundamentales, véanse entre otros Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “El principio de oportunidad

Es el caso, por ejemplo, del derecho penal de menores, que incorpora un principio de oportunidad reglada¹⁰¹, es decir, una oportunidad que se encuentra limitada por la ley, que establece los supuestos en los que aplica y fija las condiciones que deben concurrir para su legítimo uso¹⁰². También es posible encontrar manifestaciones del principio de oportunidad en el derecho y proceso penal¹⁰³, como, por ejemplo, la posibilidad de archivar una causa cuando el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor o no exista interés público relevante en la persecución del hecho (artículo 963 de la LECrim), el presupuesto procesal consistente en la necesaria licencia del órgano enjuiciador que estuviere conociendo o hubiere conocido del juicio para poder perseguir los delitos de calumnia o injuria vertidas en el mismo (artículo 215.2 del CP) o, incluso, la figura del perdón del ofendido¹⁰⁴.

Ahora bien, como se ve, son supuestos determinados relacionados con los denominados delitos de bagatela y el principio de insignificancia, construida en términos de oportunidad reglada, alejada de esta “oportunidad libre”¹⁰⁵ predicada en contextos de *common law*. Su uso no es generalizado y su previsión no está globalmente extendida en el ordenamiento español y, como decimos, se proyecta sobre elementos residuales del derecho penal. No se predica, pues, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al menos de manera expresa y apriorística.

El artículo 66.bis.1ª.b del CP determina que para la imposición de una pena interdictiva (distinta a la multa)¹⁰⁶, los jueves y tribunales tendrán en cuenta, entre otros extremos, “*sus consecuencias económicas*

reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español”, en La reforma del proceso penal, VV.AA. (Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989), 293; Javier Delgado Barrio, “El principio de oportunidad en el Procesal Penal: aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en La reforma del proceso penal, VV.AA. (Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989), 312; Enrique Ruíz Vadillo, “El principio de oportunidad reglada”, en La reforma del proceso penal, VV.AA. (Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989), 391.

101 Pablo A. Lanzarote Martínez, “La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva”, Revista del Ministerio Fiscal, nº 3 (1996), 174.

102 Paz Francés Lecumberri, “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa”, InDret, nº 4/2012 (2012), 7.

103 Para un análisis completo sobre tales manifestaciones –aunque no se coincida necesariamente con todas las propuestas–, véase Javier Vecina Cifuentes y Tomás Vicente Ballester, “Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español”, Derecho & Sociedad, nº 50 (2018), *passim*.

104 Esta figura puede definirse como “un acto de postulación unilateral, en cuya virtud el ofendido, en determinados procesos incoados por la comisión de un delito semipúblico y en la totalidad de los que tengan como causa un delito privado, decide formalizarlo y, mediante él, provocar la extinción de la responsabilidad penal de su autor ocasionando, bien la extinción del proceso penal ya incoado, bien la inejecución de la pena”. Véase José Vicente Gimeno Sendra, Manual de Derecho Procesal Penal (Madrid: Marcial Pons, 2015), 325.

105 Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “El principio de oportunidad reglada”, 290.

106 Las penas corporativas son (artículo 33.7 del CP): a) Multa por cuotas o proporcional; b) Disolución de la persona jurídica; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades

y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”. Por su parte, el artículo 787.8 de la LECrim estipula que “cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad (...) podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos”. Pues bien, ¿podemos leer estas previsiones en clave de oportunidad?

El artículo 66.bis establece las reglas de determinación de las penas interdictivas de las personas jurídicas y, entre ellas, se encuentra la que hemos enunciado: las consecuencias económicas y sociales, especialmente para los trabajadores. Algunas voces han abogado porque esta previsión, por su amplitud, no deba considerarse como un “cheque en blanco” extendido a favor de las entidades que por su entidad puedan considerarse “demasiado grandes para caer” (supuestos para los que sería indicada la intervención judicial)¹⁰⁷. Ahora bien, es precisamente esta amplitud la que invita a lecturas desde la óptica de la oportunidad.

Cierto es que el TS ha considerado la regla como una manifestación del principio de proporcionalidad de las penas¹⁰⁸. Sin embargo, la falta de determinación de los criterios que se deben ponderar y tener en consideración en el momento de aplicarla –llamativa esta “desconexión” en una regla, precisamente, que pretende aportar pautas de determinación– permite que se le pueda concebir desde la perspectiva de la oportunidad también. Ello en tanto que la dicción del precepto no responde a los esquemas de oportunidad reglada, sino que encaja más en una oportunidad libre: la *discrecionalidad* que se le otorga a los jueces y tribunales es innegablemente amplia (por no decir, redundantemente, libre).

Ciertamente, la línea de diferenciación entre ponderación y oportunidad, en este caso, es tenue y se pueden encontrar numerosos matices, pero no parece que la lectura esbozada sea del todo descabellada.

Atendamos ahora a la conformidad corporativa. Como es conocido, la conformidad es una institución basada en el principio de adhesión, que pone fin al proceso de manera anticipada y que supone la aceptación por el acusado de los hechos, de la calificación jurídicas y de las responsabilidades penales y civiles exigidas. Fundamentado en un principio de economía procesal, constituye un acto

en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, de manera definitiva o temporal (que no podrá exceder de quince años); f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; y g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. Para un análisis de las penas corporativas, véase Sabela Oubiña Barbolla, “Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas”, en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, VV.AA. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 339 y ss.

¹⁰⁷ Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 195.

¹⁰⁸ STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [RJ 2016/600].

de disposición del derecho de defensa en el que su titular renuncia al derecho a la presunción de inocencia y exonera a la acusación de la carga de probar su culpabilidad en un juicio basado en los principios de prueba y contradicción¹⁰⁹.

Para desplegar todos sus efectos, tradicionalmente se ha exigido que la manifestación de conformidad deba, además de producirse en el momento procesal oportuno, ser absoluta, expresa, personalísima, voluntaria, formal y de doble garantía¹¹⁰. En el caso de las personas jurídicas, parece claro que todos estos elementos no pueden predicarse en toda su extensión, pues, por ejemplo, difícilmente pueden realizar actos personalísimos. El ente organizacional no confiesa hechos que le son “propios”. La aceptación se refiere a una manifestación de voluntad que encierra una declaración de conocimiento personal y que, por tanto, solo puede realizarse por una persona física. Por el contrario, la conformidad de la persona jurídica es solo un acto procesal que refleja su avenencia de aceptar su responsabilidad penal con respecto a unos hechos concretos¹¹¹. Por ello, cualquier obstáculo que se esgrima para plantear esta institución con respecto a las personas jurídicas por la naturaleza inminentemente humana de una asunción de culpa debe ceder por la decisión legislativa de que éstas sean un nuevo sujeto pasivo del proceso penal¹¹².

Dicho lo cual, sobre lo que debemos centrar nuestra atención a los efectos perseguidos es sobre el carácter independiente, disociado, separado o unilateral de la conformidad corporativa. En contra de lo que ocurre en supuestos en los que existen varios individuos acusados, que exige una conformidad

109 José María Asencio Mellado, *Derecho procesal penal*, 7ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 232 y 233. La conformidad puede darse en supuestos en los que la pena de prisión no es superior a los seis años de duración o cualquier otra pena (artículo 787.1 de la LECrim). En este sentido, pueden seguirse dos interpretaciones en el caso de la conformidad de la persona jurídica. En la primera, el ente colectivo podría prestar conformidad cuando, en la causa, la acción dirigida contra la persona física presuntamente responsable del delito base pidiese una pena que cumpliera con tal límite o, en caso de que el proceso se dirija en exclusiva contra la persona jurídica, la hipotética pena no superase en abstracto tal límite. En este sentido se haría depender la conformidad corporativa de la pena interesada para el miembro de la organización. La otra opción pasaría por entender que la persona jurídica no se enfrenta a límite alguno pues las penas que se le pueden imponer son de naturaleza distinta a la pena de prisión. Asumiendo que la persona moral asiente con respecto a las consecuencias asociadas a su “propia” responsabilidad, parece lógica pensar que los límites de su conformidad no dependan de una sanción ajena y que, por tanto, todas las penas corporativas pueden ser objeto de conformidad. En esta línea, Antonio del Moral García, “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas”, en *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, VV.AA. (Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2013), 301 y ss. Ahora bien, algunas voces defienden que la conformidad no es posible en supuestos de disolución en tanto que, por su extrema gravedad, parecería ir en contra del *telos* legal. Véase Fernando Gascón Inchausti, *Proceso penal*, 95. Estas características vienen siendo exigidas por la jurisprudencia desde antaño. Véase la STS, Sala 2ª, de 1 de marzo de 1988 [RJ 1988/1511].

110 Estas características vienen siendo exigidas por la jurisprudencia desde antaño. Véase la STS, Sala 2ª, de 1 de marzo de 1988 [RJ 1988/1511].

111 Del Moral García, “Aspectos procesales”, 301 y ss.

112 Jesús Zarzalejos Nieto, “La conformidad de la persona jurídica imputada”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, VV.AA. (Madrid: La Ley, 2011), 271 y ss.

unánime para poder dictar sentencia (artículo 697 de la LECrim) a fin de evitar resoluciones contradictorias con un sustrato fáctico original similar, los entes colectivos pueden conformarse “*con independencia de la posición que adopten los demás acusados*”. Tal y como leo el precepto, el objetivo de esta previsión puede ser que las personas morales puedan liberarse del proceso penal y del daño asociado a la pena de banquillo: sería una suerte de “cláusula de salida” del legislador para evitar las repercusiones que hemos visto en nuestro estado de situación. Así, la persona jurídica se limita a aceptar su responsabilidad por la existencia de un presunto injusto penal en su seno, aceptando que su eventual autor individual es apto para permitir que se le impute jurídicamente (conurrencia de los presupuestos del artículo 31.bis CP). Reconoce que ha se ha producido algún fallo en su modelo de organización y se conforma con la pena que se le ha instado por ello, pues, aun cuando el error no haya supuesto la comisión de un injusto, existirían, al menos, una serie de indicios que hubieran evidenciado un fallo de control. El ente colectivo reconoce que esos indicios son suficientes como para reconocer su defecto de organización. Así evita la “pena de banquillo” y los problemas estigmatizantes asociados y tan solo reconoce la concurrencia de indicios suficientes sobre un hecho que revela fallos internos de control. Todo ello, con independencia de que el autor de ese presunto injusto penal no reconozca su concurrencia y decida celebrar el juicio.

Si esto fuera así, puede entenderse que el legislador ha introducido un principio de oportunidad procesal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹¹³. En tanto que el surgimiento de la responsabilidad penal corporativa en clave de cumplimiento normativo se produjo en ordenamientos en los que el principio se encuentra arraigado en el sistema procesal, de primeras puede argumentarse que el legislador ha podido optar por introducirlo en un intento de coherencia sistemática. Ahora bien, ello le habría llevado a una mayor ambición regulatoria de la que produjo, que tuvo un alcance muy limitado, así que habría que buscar otra razón. Otra posibilidad es que simplemente advirtiera las dificultades que pueden darse en organizaciones de determinado tamaño para tomar decisiones de tal calado, de tal manera que se quiso establecer un marco independiente para dar mayor libertad a los entes organizacionales. De cualquier modo, lo que parece claro es que el legislador ha querido que las personas jurídicas puedan no afrontar un juicio y decidir conformarse con una acusación con total independencia de lo que los individuos puedan decidir sobre su situación procesal. La oportunidad residiría en esa diferenciación entre sujetos pasivos, en la posibilidad, para las organizaciones, de evitar la pena de banquillo sin necesidad de unanimidad con el resto de acusados, como se exige en el caso de las personas físicas.

¹¹³ Existen voces que defienden que la conformidad en sí misma es una manifestación del principio de oportunidad al ser un acto de disposición efectuado por la defensa. Véase al efecto José Vicente Gimeno Sendra, Manual, 67. Existe, incluso, jurisprudencia en ese sentido: las SSTS, Sala 2ª, número 752/2014, de 11 de noviembre [RJ 2014/5695] y número 422/2017, de 13 de junio [RJ 2017/2846].

En todo caso, persiste el riesgo de que un mismo hecho exista en una sentencia, pero no en otra¹¹⁴ (que, en pro de la oportunidad, podría intentarse encajar sistemáticamente como una consecuencia valorada y cuyo riesgo se admite por el ente colectivo) e, incluso, encuentra problemas en la aplicación ordinaria de otros preceptos en materia de responsabilidad penal corporativa¹¹⁵. Sea como fuere, personalmente, creo que es plausible leer la conformidad unilateral como una manifestación del, o una suerte de, principio de oportunidad¹¹⁶.

5. CONCLUSIONES

A través de una lectura del artículo 31.bis y concordantes del CP (premisa normativa), la teoría del hecho de conexión parece ser el modelo dogmático que mejor se acopla a la dicción literal de la norma para entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España (premisa hermenéutica). Así, lo que en este trabajo se procura es un ejercicio de interpretación, de encajar la nomenclatura del CP dentro del abanico teórico que existe para explicar la responsabilidad criminal de corporativa (no en cambio una defensa o crítica de un modelo u otro en términos dogmáticos y absolutos), para valorar las consecuencias que ello conlleva en la *praxis* de los tribunales españoles.

Estas dos premisas, en conjunto con la premisa sistemática (vigencia del principio de legalidad) y la premisa procesal (el momento procesal oportuno para valorar las causas obstativas de responsabilidad es por antonomasia el juicio oral), generan el efecto de que las personas morales tengan que enfrentar, sí o sí, el juicio oral para poder abandonar el procedimiento (salvo en supuestos en los que no existan indicios del hecho de referencia). Ello en tanto que cualquier despliegue de cumplimiento normativo no podrá ser estimado a efectos de archivo durante la investigación. Si, como propone la teoría del hecho de conexión, los modelos de organización y control se insertan en el ámbito de la culpabilidad, si el defecto de organización es un elemento culpabilístico, solo en fase plenaria se podrán realizar

¹¹⁴ Véase Fernando Gascón Inchausti, *Proceso penal*, 174 y 175 y Antonio del Moral García, “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas”, en *El juicio oral en el proceso penal*, 2ª ed., VV.AA. (Madrid: Comares, 2010), 753. Por su parte, se ha defendido que en supuestos en los que la defensa de la persona física no se base en la atipicidad o antijuridicidad del acto, no existe inconveniente alguno: Jesús Zarzalejos Nieto, “La conformidad”, 281 y ss.

¹¹⁵ La conformidad unilateral puede ser una solución que case mal con la previsión del artículo 31.ter.1 *in fine* CP en determinados supuestos. Conforme al mismo, cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a la persona física y a la persona jurídica la pena de multa, “los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”. Pues bien, ¿cómo se determina el *quantum* modulado de la multa en la sentencia conformada sin conocer en qué sentido se pronunciará la sentencia dictada contra la persona física? Ciertamente, la previsión del artículo 31.ter.1 *in fine* CP es de difícil –sino imposible– articulación cuando se anticipa la condena de uno de los acusados.

¹¹⁶ Sin entender que la conformidad unilateral supone la introducción del principio de oportunidad, pero abogando por su implantación como una institución ligada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, José Manuel Maza Martín, “La conformidad penal de la persona jurídica”, en *Memento experto. Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, VV.AA. (Madrid: Francis Lefebvre, 2015), 339 y 340.

valoraciones procesales sobre ellos. Los entes organizaciones estarán, pues, sometidos siempre a la pena de banquillo o, lo que es lo mismo, no podrán sortear la acción penal en fase de instrucción mediante un sobreseimiento de la causa.

Frente a este escenario poco alentador para las personas jurídicas, el TS ha desarrollado una interpretación diferente, basada en la teoría de los sistemas autpoiéticos. Este modelo, que ubica el defecto de organización en el ámbito de la tipicidad, permite que la acreditación de un modelo de prevención eficaz implique la inexistencia de indicios incriminatorios contra el ente organizacional (sería un hecho negativo impositivo o elemento negativo del tipo). Una acreditación, esta, que puede hacerse incluso en fase de instrucción, lo que evitaría esa pena de banquillo. Por más que esta interpretación jurisprudencial no parezca que se adecúe a la literalidad de la norma y encuentre dificultades en su acomodo al principio de legalidad, por su posición, es cierto que condiciona la práctica diaria de nuestros tribunales y, a priori, la exégesis del TS es la que debe atenderse con todas sus consecuencias (las cuales, a la vista está, resultan positivas para las personas jurídicas que cuenten con un modelo de organización eficaz e idóneo).

Por su parte, la FGE propone una propuesta interpretativa superlativa sobre las confesiones o autodenuncias corporativas. Por más que el CP estipule la confesión del ente organizacional como una mera atenuante, el Ministerio Público interpreta que este tipo de actuaciones demuestran, por un lado, que los modelos de organización son idóneos al menos en su faceta reactiva de detección y, por otro lado, una cultura corporativa de fidelidad al Derecho. Sin embargo, ninguno de los dos extremos tiene por qué ser así. En primer término, el CP no exige, para valorar la idoneidad de los modelos, que estos detecten actuaciones delictivas. Por lógica que pueda parecer la lectura de la fiscalía, la norma concibe la confesión como elemento contingente a la robustez del sistema interno. Por su parte, la objetivación y entendimiento tradicional de la confesión, que se alejan de cualquier elemento subjetivo subyacente, hace que la propuesta decaiga en términos de coherencia teleológica.

Así, aunque las propuestas del TS y la FGE pueden buscar solucionar el estado de situación que dibujan las premisas establecidas, lo cierto es que encuentran dificultades en cuanto su encaje con respecto al principio de legalidad. Un principio, este, que, a pesar de su vigencia y un reconocimiento constitucional, puede no ser tal en alguna regulación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ejemplos de ello pueden ser la amplitud de uno de los criterios a valorar en la determinación de las penas (*“las consecuencias económicas y sociales”* de la sanción corporativa), totalmente vacío de directrices concretas, o la conformidad corporativa unilateral o separada, que permite a los entes organizacionales lo que veda a las personas físicas: conformarse con independencia del resto de acusados. Ambos pueden leerse en clave de principio de oportunidad (libre, incluso).

Con todo, en una tosca analogía, podría decirse que el principio de legalidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas son dos protagonistas de la escena judicial española no desprovistos de apuntadores de todo tipo. Solo el tiempo nos mostrará si la obra termina con aplausos y buena crítica.

BIBLIOGRAFÍA

Alcacer Guirao, Rafael. “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial”, *Diario La Ley*, nº 8053 (2013).

Álvarez García, Francisco Javier. *Sobre el principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Arlen, Jennifer. “Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence”, en *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, VV.AA. Boston: Elgar Publishing, 2012.

Artaza Varela, Osvaldo. “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”. En *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA. Edisofer: Madrid, 2014.

Asencio Mellado, José María. *Derecho procesal penal*, 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Ayala González, Alejandro. “El principio de legalidad penal desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos* VIII, nº. 8 (2018).

-----“Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas. La extralimitación contra legem del Tribunal Supremo, la hermenéutica incompleta de la Fiscalía General del Estado y la vaguedad del art. 31.bis CP”, *InDret*, nº 1/2019 (2019).

-----“¡Houston, tenemos un problema! La indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Diario La Ley*, nº 9417 (2019).

Bacigalupo Saggese, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998. “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, *Diario La Ley*, nº 7541 (2011).

-----“El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”. En *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, VV.AA. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2013.

Bacigalupo Zapater, Enrique. “Descriminalización y prevención”, Cuadernos del Poder Judicial, II (1986).

-----: “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, Diario La Ley, nº 7442 (2010).

Bajo Fernández, Miguel. “La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro”. En Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Liber amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuéllar García. VV.AA. Madrid: Colex, 2006.

-----: “La responsabilidad penal colectiva”, Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, T. VII, VV.AA. Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2006.

Bajo Fernández, Miguel, Bernardo Jose Feijoo Sánchez, Gómez-Jara Díez, Carlos. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2.^a ed. Cizur Menor: Civitas Aranzadi, 2016.

Banacloche Palao, Julio. “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, VV.AA. España: Fiscalía General del Estado, 2018.

Bustamante Zorrilla, Beatriz. “Prevención de los riesgos penales de la persona jurídica”. En Defensa Corporativa y Compliance, VV.AA. Pamplona: Thomson Reuters, 2019.

Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español”. En La reforma del proceso penal, VV.AA. Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989.

Cigüela Sola, Javier. La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Cuerda Riezu, Antonio. “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, InDret, nº 2/2014 (2014).

Dan-Cohen, Meir. “Sanctioning corporations”, Journal of Law and Policy, nº 19-1 (2010).

Delgado Barrio, Javier. “El principio de oportunidad en el Procesal Penal: aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”. En *La reforma del proceso penal*, VV.AA. Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989.

Díez Ripollés, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, nº 1/2012, (2012).

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. “Responsabilidad de personas jurídicas”, en *Memento Experto (Reforma Penal 2010)*, VV.AA. Madrid: Francis Lefebvre, 2010.

“Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, VV.AA. Madrid: Dykinson, 2018.

Feijoo Sánchez, Bernardo Jose. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, VV.AA. Pamplona: Thomson-Civitas, 2011.

El delito corporativo en el Código Penal español, 2ª ed. Navarra: Civitas, 2016.

Fernández Teruelo, Javier Gustavo. “Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010”, *Revista de Derecho Penal*, nº 31 (2010).

Francés Lecumberri, Paz. “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa”, *InDret*, nº 4/2012 (2012).

Galán Muñoz, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Gallego Soler, José Ignacio. “Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”. En *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA. Edisofer: Madrid, 2014.

Garrett, Brandon L. *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

- Garro Carrera, Enara. “La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento”. En Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena, VV.AA. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009.
- Gascón Inchausti, Fernando. Proceso penal y persona jurídica, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Gimeno Sendra, José Vicente. Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Goena Vives, Beatriz. Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica. Marcial Pons: Madrid, 2017.
- Goldschmidt, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Editorial B de f, 2016.
- Gómez-Jara Díez, Carlos. La culpabilidad penal de la empresa. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2005.
“El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, Diario la Ley, nº 1514 (2016).
- . El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura. 2ª ed. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2019.
- Gómez Tomillo, Manuel. “Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 25 (2011).
- . Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2015.
- González Cussac, José L. “La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, Estudios penales y criminológicos, nº 39 (2019).
- Guardiola Lago, María Jesús. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Lanzarote Martínez, Pablo A. “La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva”, Revista

del Ministerio Fiscal, nº 3 (1996).

León Alapont, José. “Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 vis 2 a 5 CP y 31 quater CP”, Revista General de Derecho Penal, nº 6 (2019).

Luhmann, Niklas. Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general. Barcelona-México-Santafé de Bogotá: Anthropos-Universidad Iberoamericana-CEJA Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

Manzini, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal, Tomo I. Buenos Aires: Ejea, 1951.

Marinucci, Giorgio. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático”. En Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig, Tomo I. VV.AA. España: Edisofer, 2008.

Alfonso Melón Muñoz et. al. Memento Práctico Procesal Penal. Madrid: Francis Lefebvre, 2019.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984.

Del Moral García, Antonio. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas”. En El juicio oral en el proceso penal, 2ª ed., VV.AA. Madrid: Comares, 2010.

-----“Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas”. En Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, VV.AA. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2013.

-----“Las investigaciones internas. La colaboración con la administración de justicia. El secreto profesional”. En Defensa corporativa. Sistemas de cumplimiento. Prevención y reacción ante el incumplimiento – Cuadernos de Derecho para ingenieros, 53, VV.AA. Madrid: Wolters Kluwer, 2021.

Moreno Catena, Víctor, Cortés Domínguez, Valentín. Derecho Procesal Penal, 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Nieto Martín, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid:

Iustel, 2008.

----- “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”. En *Compliance y teoría del Derecho*, VV.AA. Madrid: Marcial Pons, 2013.

----- “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario la Ley*, nº 8120 (2013).

----- “Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo”. En *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, VV.AA. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio. *Sobre el concepto de Derecho Penal*. Madrid: Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1981.

Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”. En *La teoría del delito en la práctica penal económica*, VV.AA. Madrid: La Ley, 2013.

----- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way”. En *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA. Edisofer: Madrid, 2014.

----- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el plano internacional. Las US Sentencing Guidelines y su aplicación práctica”. En *Defensa Corporativa y Compliance*, VV.AA. Pamplona: Thomson Reuters, 2019.

Oubiña Barbolla, Sabela. “Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas”. En *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, VV.AA. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Prieto González, Helena, Ayala González, Alejandro. “Derecho Comparado”. En *Memento Experto Compliance Penal*, VV.AA. Madrid: Francis Lefebvre, 2017.

Podgor, Ellen S. “Disruptive Innovation in Criminal Defense: Demanding Corporate Criminal Trials”, *Mercer Law Review*, nº 69 (2018).

Quintero Olivares, Gonzalo. *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en derecho penal*.

Madrid: Iustel, 2012.

Robles Planas, Ricardo. “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, *Diario La Ley*, nº 7705 (2011).

Rodríguez Ramos, Luis. “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”, *Diario La Ley*, nº 7561 (2011).

“Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTS 514/2015, 154 y 221/2016)”, *Diario la Ley*, nº 8766, (2016).

Del Rosal Blasco, Bernardo. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, nº 8731 (2016).

Ruíz Vadillo, Enrique. “El principio de oportunidad reglada”. En *La reforma del proceso penal*, VV.AA, 387-406. Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. “Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas”. En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. Madrid: Universidad Ramón Aceres, 2016.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sección 1. Cuestiones materiales”. En *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa*, VV.AA. Madrid: Francis Lefebvre, 2016.

Seminara, Sergio. “Compliance y Derecho penal: la experiencia italiana”. En *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA. Edisofer: Madrid, 2014.

Silva Sánchez, Jesús-María. “La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática”. En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016.

Tiedemann, Klaus. “Responsabilidad penal de la persona jurídica”. En *Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg*, VV.AA. Friburgo: Universidad de Friburgo, 1996.

- Torres-Dulce Lifante, Eduardo. “El compliance en el proceso penal. La prueba del sistema de cumplimiento. El compliance officer en el proceso penal. La función del representante de la persona jurídica en el proceso”. En *Defensa corporativa. Sistemas de cumplimiento. Prevención y reacción ante el incumplimiento* – Cuadernos de Derecho para ingenieros, 53, VV.AA. Madrid: Wolters Kluwer, 2021.
- VV.AA. *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*. Navarra: Aranzadi, 2018.
- Vecina Cifuentes, Javier, Vicente Ballester, Tomás. “Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español”, *Derecho & Sociedad*, nº 50 (2018).
- Zarzalejos Nieto, Jesús. “La conformidad de la persona jurídica imputada”. En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, VV.AA. Madrid: La Ley, 2011.
- Zugaldía Espinar, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- “Societas delinquere potest (análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, *La Ley Penal*, nº 76 (2010).
- “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo)”. En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. Madrid: Universidad Ramón Acero, 2016.
- “Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)”, *La Ley Penal*, nº 119 (2016).
- “Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión”, *Cuaderno de Política Criminal*, nº 121 (2017).

RESOLUCIONES JUDICIALES

STEDH Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993.

STEDH Sanders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996.

STEDH J.B. c. Suiza, de 3 de mayo de 2001.

STC, Sala 1ª, número 303/1993, de 25 de octubre [RTC 1993/303].

STS, Sala 2ª, de 1 de marzo de 1988 [RJ 1988/1511].

STS, Sala 2ª, número 836/1994, de 18 de abril [RJ 1994/3338].

STS, Sala 2ª, número 147/1995, de 4 de febrero [RJ 1994/665].

STS, Sala 2ª, número 166/1995, de 9 de febrero, [RJ 1995/803].

STS, Sala 2ª, número 349/1996, de 19 de abril, [RJ 1996/2887].

STS, Sala 2ª, número 1216/2000, de 7 de julio [J 2000/7459].

STS, Sala 2ª, número 1179/2001, de 20 julio. [RJ 2001/494].

STS, Sala 2ª, número 1524/2004, de 29 de diciembre [JUR 2005/830].

STS, Sala 2ª, número 145/2007, de 28 de febrero [RJ 2007/2607].

STS, Sala 2ª, número 531/2007, de 18 de junio [RJ 2007/3461].

STS, Sala 2ª, número 550/2007, de 18 de junio [RJ 2007/4915].

STS, Sala 2ª, número 654/2007, de 3 julio [RJ 2007/4927].

STS, Sala 2ª, número 889/2007, de 24 de octubre [RJ 2007/7305].

STS, Sala 2ª, número 359/2008, de 19 de junio [RJ 2008/5811].

STS, Sala 2ª, número 336/2009, de 2 de abril [RJ 2009/4151].

STS, Sala 2ª, número 903/2011, de 15 de junio [RJ 2011/5862].

STS, Sala 2ª, número 87/2012, de 17 de febrero [RJ 2012/3539].

STS, Sala 2ª, número 752/2014, de 11 de noviembre [RJ 2014/5695].

STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [RJ 2016/600].

STS, Sala 2ª, número 221/2016, de 16 de marzo [RJ 2016/824].

STS, Sala 2ª, número 260/2017, de 6 abril [RJ 2017/1491].

STS, Sala 2ª, número 422/2017, de 13 de junio [RJ 2017/2846].

STS, Sala 2ª, número 742/2018, de 7 de febrero [RJ 2019/326].

STS, Sala 2ª, número 365/2018, de 18 de julio [RJ 2018/3591].

STS, Sala 2ª, número 506/2018, de 25 de octubre [RJ 2018/4868].

STS, Sala 2ª, número 548/2018, de 13 de noviembre [RJ 2668/2017].

STS, Sala 2ª, número 123/2019, de 8 de marzo [RJ 2019/1064].

STS, Sala 2ª, número 298/2019, de 7 junio [RJ 2019/354].

STS, Sala 2ª, número 757/2019, de 8 de marzo [RJ123/2019].

STS, Sala 2ª, número 355/2019, de 10 julio [RJ 2019/3505].

STS, Sala 2ª, número 167/2021, de 24 de febrero [RJ 811/2021].

AAN, Sala de lo Penal, Secc. 4^a, número 405/2021, de 8 de julio [JUR 2021\255915].

AJCI6, de 23 de marzo de 2021.

LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL: ANÁLISIS DE CONFIGURACIÓN TÍPICA A LA LUZ DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA*

PAMELA FORERO BARRERA**

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 29 de noviembre de 2021.

RESUMEN

Este artículo presenta el análisis de la primera sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de administración desleal. Se realiza un recuento de los hechos que dieron lugar a la condena de dos mujeres que, de manera fraudulenta, disponen del bien principal de una sociedad para excluir a uno de sus accionistas, como consecuencia del divorcio entre ellos. Posterior a este recuento, se realiza el análisis de la conducta desplegada por las condenadas a la luz del ordenamiento jurídico penal colombiano, el cual necesariamente se complementa por la normativa comercial aplicable. Dentro de este análisis, se resaltan los aciertos y desaciertos de la Sala de Casación Penal a la hora de abordar el tema en cuestión.

PALABRAS CLAVE

Administración desleal, derecho penal societario, configuración típica, accionistas.

* Artículo de reflexión.

** Abogada de la Universidad de los Andes y Especialista en Derecho Penal de la Universidad del Rosario con Diploma de Excelencia Académica. Profesora Asistente de la cátedra de Criminalidad Económica y Financiera de la Universidad de los Andes. Correo: pamelaforero@me.com

DISLOYAL ADMINISTRATION: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE FIRST DECISION BY THE SUPREME COURT OF JUSTICE'S CRIMINAL APPELLATE DIVISION*

PAMELA FORERO BARRERA**

Received: september 30, 2021. Accepted: november 29, 2021.

ABSTRACT

This article is an analysis of Colombia's Supreme Court of Justice's Criminal Appellate Division's first decision regarding disloyal administration. The events that led to the conviction of two women are narrated for the purpose of analyzing their conduct. The convicted felons fraudulently sell the company's main asset to one shareholder with the purpose of excluding another of its shareholders from the company, as a result of their divorce. This is studied under the Colombian criminal legal system, which is complemented by commercial regulations, which sets new challenges for lawyers and judges alike. As a result of this, the Criminal Appellate Division's successes and failures at approaching the case are highlighted.

KEY WORDS

Disloyal administration, corporate criminal law, typical configuration, shareholders.

* Analytical article.

** Lawyer from Universidad de los Andes and Specialist in Criminal Law from Universidad del Rosario with Honors. Assistant Professor of Economic and Financial Crime at Universidad de los Andes. Email: pamelaforero@me.com.

1. INTRODUCCIÓN

La organización de la sociedad, cada vez más afín a la regularización del comercio, presenta múltiples retos para el derecho en general. Siendo un instrumento limitado, que jamás crece y se adecúa al mismo ritmo que la sociedad que regula, se enfrenta, en cuanto al derecho penal, al reto que representa adecuar las nuevas conductas que las personas realizan dentro de las sociedades cuando estas representen un peligro u amenaza a un bien jurídicamente protegido.

La delincuencia clásica, la de los delitos de sangre, está lejos de ser la protagonista en el derecho penal moderno. A la par con la humanidad, las modalidades de delincuencia evolucionan, y encuentran nuevas formas de vulnerar bienes jurídicos. Esto supone un reto, no solo para los jueces, quienes interpretan el derecho penal, sino para el derecho penal en sí mismo, el cual debe avanzar y adecuarse a la delincuencia – y no al revés.

Sin lugar a dudas, la delincuencia dentro de las sociedades comerciales es uno de los retos más grandes del derecho penal contemporáneo. Sus estructuras organizacionales, funciones establecidas para cada persona dentro de éstas, quienes las conforman, las relaciones interpersonales que lleven a que se formen o las que se forman dentro de ellas suponen un nuevo universo que presenta variaciones infinitas en modalidades de comisión de delitos ya tipificados en la legislación penal.

La sentencia objeto de análisis se enfrenta a uno de estos universos: un caso donde una sociedad y sus accionistas, quienes son miembros de la misma familia, se ven perjudicados por el divorcio de quienes encabezaban la sociedad. A continuación, se exponen los hechos que dieron lugar a la controversia estudiada.

2. HECHOS

1. Elisa Clara Rodríguez Fuentes contrajo matrimonio con el señor Jorge Fernández de

Castro el 20 de diciembre de 1986.

2. Adquirió, el 26 de agosto de 1997, en vigencia de la sociedad conyugal, un lote en la ciudad de Valledupar.

3. El 10 de enero de 2008, la sociedad anónima Clínica Jorge Fernández de Castro S.A. fue constituida, registrando como actividad principal la identificada con código 8610, actividades de hospitales y clínicas, con internación. Como accionistas se encontraban Rodríguez, Fernández de Castro, y sus tres hijos.

4. El 10 de noviembre de 2010, el lote adquirido por Rodríguez en 1997 fue vendido por doscientos cuarenta millones de pesos (240.000.000) a la Clínica Jorge Fernández de Castro S.A., pagaderos en un término de tres años.

5. En el predio se construyó un edificio, donde la actividad principal de la sociedad sería ejercida.

6. El 15 de marzo de 2013, Rodríguez instaura demanda de separación de bienes conyugales contra Fernández de Castro, quien era accionista y miembro de junta directiva de la sociedad.

7. El 21 de marzo de 2013, la junta directiva de la clínica se encontraba integrada por Rodríguez, Fernández de Castro, y una de sus hijas. Dentro de reunión de junta, Rodríguez propuso destituir a Fernández de Castro como gerente y representante legal, para en su lugar, designar en el cargo a Mónica Beatriz Ariza Olivero. La propuesta fue aprobada.

8. El 22 de marzo de 2013, el nombramiento de Ariza Olivero como gerente y representante legal fue inscrito en el registro mercantil.

9. El 5 de abril de 2013, Ariza Olivero, actuando como gerente y representante legal, por medio de escritura pública, transfiere la propiedad del lote donde se encontraba ubicada la clínica a Rodríguez Fuentes como dación en pago, “para saldar totalmente la obligación dineraria” que fue contraída en el 2010, por el mismo valor que fue vendido ese año.

10. El 6 de septiembre de 2013, Rodríguez Fuentes entrega, a título de aporte en especie, el lote en cuestión a la sociedad Clínica Buenos Aires S.A.S., por un valor de doscientos sesenta millones novecientos treinta y ocho mil pesos (260.938.000).

3. ACTIVIDAD PROCESAL

Elisa Clara Rodríguez Fuentes es imputada ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar como autora del delito de alzamiento de bienes. No aceptó cargos, ni hubo solicitud de medida de aseguramiento alguna.

Paralelamente, el 17 de marzo de 2016 Mónica Beatriz Arza Olivero es imputada ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar. como autora del delito de administración desleal agravada. No aceptó cargos, ni hubo solicitud de medida de aseguramiento alguna.

En la acusación adelantada contra Rodríguez Fuentes, sin modificaciones al núcleo fáctico, se añadió el tipo penal de administración desleal agravada por el numeral 1 del artículo 267 del Código Penal.

El 26 de octubre de 2016, el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar decreta la conexidad, y asume el conocimiento del proceso adelantado contra Rodríguez Fuentes.

Culminado el juicio oral, el juzgado de conocimiento anunció sentido de fallo absolutorio, inmediatamente emitiendo la sentencia. La decisión fue apelada por la Fiscalía y la representación de víctimas.

El 22 de mayo de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar revocó parcialmente la decisión de primera instancia para, en su lugar, condenar a Arza Olivero y Rodríguez Fuentes como coautoras del delito de administración desleal agravada. Ratificó la absolución dada a Rodríguez Fuentes por el delito de alzamiento de bienes. Impuso a Arza Olivero y Rodríguez Fuentes las penas de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, y una multa de 13,33 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Concedió a ambas el subrogado de prisión domiciliaria, y dejó sin efectos la dación en pago como medida de restablecimiento del derecho. Ordenó, además, la cancelación del acto de inscripción de la misma ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar y los negocios que sucedieron el acto.

La defensa de las procesadas interpuso recurso extraordinario de casación, invocando la causal segunda, primera, y tercera de casación. Sustenta el primer cargo en la segunda causal, en cuanto consideró que existió desconocimiento del debido proceso por vulneración del principio de congruencia. Esto, pues

consideró que el Tribunal fundó la condena en no comportarse como buen hombre de negocios y no en un señalamiento en concreto sobre los deberes de administración omitidos, requisito de configuración del tipo penal.

En cuanto al segundo cargo, fundado en la causal primera, la defensa consideró que se violó directamente el artículo 250B, el cual consagra el delito de administración desleal. Lo anterior, pues sustenta que la interpretación dada por el Tribunal del tipo penal es errada al haber extendido su ámbito de protección al patrimonio social, siendo que, en su criterio, la protección del tipo penal se limita al patrimonio económico individual de los socios, y no al patrimonio social, pues este último es el objeto material sobre el cual recae la conducta en abstracto.

En lo referente al tercer cargo, fundado en la causal tercera, la defensa consideró que existió una violación indirecta de la ley sustancial por errores de derecho por falso juicio de legalidad y de convicción. Alega que los anteriores errores se dieron en la incorporación de la prueba al proceso, así como la valoración asignada a algunas pruebas que obran en el proceso.

Debido a que las procesadas fueron condenadas por primera vez en segunda instancia, el trámite surtido en casación no solamente se limitó a estudiar los cargos formulados en casación, sino la condena impuesta como garantía del derecho a la doble conformidad – esto es, a impugnar la primera sentencia condenatoria⁰¹⁰².

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

4.1. ANÁLISIS DOGMÁTICO

Con el fin de analizar tanto los cargos presentados por la defensa, así como la primera condena en segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Superior de Valledupar, la Sala de Casación se plantea un problema jurídico principal:

“si la dación en pago que MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO, actuando en su condición de gerente y representante legal de la Clínica JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A., efectuó a ELISA CLARA

01 Acto Legislativo 01 de 2018. 18 de enero de 2018. Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria. *Diario oficial* 50480.

02 Boada Acosta, Juan, Natalia Delgado Moreno, y Juan Flechas Hernández, “Una Mirada Jurídica Al Caso Arias Y a La Doble Conformidad. Comentarios a La Sentencia SU-146 De 2020 De La Corte Constitucional”, *Nuevo Foro Penal* 16 no 96 (2020): 255-78, <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6812>.

*RODRÍGUEZ FUENTES, socia y miembro de la junta directiva de la misma entidad, respecto del lote de terreno identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190-10623, actualiza el tipo de administración desleal previsto en el artículo 250B del Código Penal.*⁰³

Para dar respuesta a éste, analiza por partes: el bien jurídico tutelado, el sujeto activo que puede cometer el delito, el sujeto pasivo que puede ser objeto del mismo, los elementos constitutivos de la conducta, el objeto material sobre el cual recae la conducta, y por último, el tipo subjetivo. Con este fin, inicia por recordar la iniciativa legislativa que dio lugar a la promulgación del tipo penal, para ilustrar la interpretación del artículo a la luz de la voluntad del legislador.

Así, recuerda que el tipo penal de administración desleal fue introducido a la legislación penal a raíz de la promulgación del estatuto anticorrupción, Ley 1474 de 2011. A través de esta ley se buscó dictar “normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”⁰⁴. De lo anterior, colige que el tipo penal de administración desleal es una modalidad de corrupción en el ámbito societario que podría afectar tanto el sector privado como el público, dependiendo de las circunstancias en las que se produzca.

Posterior a esto, realiza el análisis dogmático del tipo penal, en el cual concluye que la administración desleal es: i. pluriofensiva; ii. los bienes jurídicos protegidos por ésta se protegen forma directa e inmediata al ser un delito contra el patrimonio económico; iii. el patrimonio protegido es el de la sociedad y/o el de los socios individualmente considerados; iv. y que el ámbito de protección del tipo penal se extiende a otros bienes jurídicos de carácter intermedio como el orden económico y social, así como la administración pública.

En cuanto al sujeto activo, establece que la conducta puede ser cometida por un sujeto activo calificado que debe cumplir con dos requisitos: hacer parte de una sociedad constituida o en formación, y actuar dentro de esta en calidad de administrador de hecho o de derecho, socio, directivo, empleado, u asesor. Reconoce que estos son elementos normativos extrapenales que se encuentran debidamente definidos en la ley mercantil.

Frente al primer requisito, establece que la redacción del tipo restringe las personas jurídicas a sociedades mercantiles, y no incluye fundaciones, asociaciones, empresas unipersonales, o cualquier otro tipo de persona jurídica que no sea sociedad mercantil dentro de los términos del Código de

03 Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón. 20.

04 Ley 1474 de 2011. 12 de julio de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario oficial 48128.

Comercio y la Ley 1258 de 2008. Además, distingue entre las constituidas, que han cumplido todos los requisitos, procedimientos y formalidades que dan vida a la persona jurídica dentro del tráfico jurídico, y las que se encuentran en formación. Sobre estas últimas, incluye a las sociedades que se encuentran en el proceso entre el acto constitutivo y la inscripción en el registro mercantil, y las irregulares, las cuales son constituidas por escritura pública y actúan sin permiso de funcionamiento, siendo requerido por ley.

Frente al segundo requisito, establece que si bien la ley no presenta una definición de administrador, especifica que el administrador de derecho lo será siempre que ostente el título jurídico válido de conformidad con los requisitos legales exigidos para el mismo. En cuanto al administrador de hecho, primero refiere a que lo será quien ejerza funciones de administración sin el título jurídico válido, fundado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.⁰⁵⁰⁶⁰⁷⁰⁸. Suma a la definición el precepto otorgado por el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, la cual define quiénes serán administradores de hecho en las sociedades por acciones simplificadas.

Refiriéndose a los socios o directivos, señala que no existe discusión “al considerárseles sujetos activos de la conducta punible bajo examen, dado que, debido a los derechos que ostentan, tienen la potencialidad de ejercer actos de representación o administración al interior de la sociedad.”⁰⁹ Sin embargo, distingue que, frente a asesores u empleados, el asunto no es tan claro pues ellos, en principio, no tendrían por qué tener facultades para ejercer la labor social y, por tanto, ejecutar el verbo rector de la conducta típica. Empero, se sabe que los empleados o asesores son utilizados en el desarrollo de conductas punibles dentro de sociedades, ya sea para ocultar a los verdaderos administradores o personas de quienes origina la idea criminal.

Continúa por exponer quién puede ostentar la calidad de sujeto pasivo de la conducta, siendo éste el titular del patrimonio económico afectado. Así, en tratándose de una afectación al patrimonio de los socios mediante la afectación del patrimonio social, tanto los socios como la sociedad directamente sufren un perjuicio evaluable económicamente y, por tanto, pueden ser sujetos pasivos de la conducta. Resalta que, en virtud de la vinculación al tráfico económico de los sujetos pasivos, si bien terceros

05 Tribunal Supremo de España. STS 94/2020 del 4 de marzo de 2020. Ponente: Julian Artemio Sanchez Melgar.

06 Tribunal Supremo de España. STS 59/2007 del 26 de enero de 2007. Ponente: Andrés Martínez Arrieta.

07 Tribunal Supremo de España. STS 816/2006 del 26 de julio de 2006. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

08 Este mismo fundamento es utilizado por Caldas Botero “Corrupción Privada y Administración Desleal” en *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial, Volúmen I* 3ª ed. Barreto Ardila et al. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019). No se utiliza como referencia, al no considerarse la fuente prevalente de los conceptos por definir.

09 Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón. 39.

pueden verse afectados, lo correcto es que sean vinculados como víctimas, y no como sujetos pasivos de la conducta punible.¹⁰

Prosigue enumerando los elementos constitutivos de la conducta, determinando que la conducta de administración desleal es mixta alternativa, pues contiene dos modalidades delictivas. La primera, disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad. La segunda, contraer obligaciones a cargo de la sociedad. Individualmente, cualquiera de las dos tiene la vocación de configurar el tipo penal.

En seguida, suma que el artículo 250B exige el abuso de las funciones propias del cargo. Explica que para definir este abuso debe partirse de un estudio de las funciones otorgadas por ley al sujeto activo en cuestión, en lo dispuesto en los estatutos sociales y en observancia al tipo societario al que se encuentre vinculado. Manifiesta que, en caso de ser insuficiente, debe complementarse ese listado con los deberes de los administradores debidamente listados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Expone que es un tipo penal de resultado material, que exige la producción de un resultado, esto es, la producción de un perjuicio “patrimonial o económicamente evaluable”¹¹ que “disminuyan el activo o aumenten el pasivo social”¹². Dentro de la despatrimonialización de la sociedad también incluye aquellos ingresos dejados de percibir como consecuencia de la conducta del sujeto activo.

En lo referente al objeto material sobre el cual recae la conducta, incluye “los bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio societario sobre los que se ejerce de manera abusiva las facultades de administración.”

10 Es importante recordar que el concepto de víctima es muchísimo más amplio y abarca más que el de sujeto pasivo. Al respecto, ver, entre otras:

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de diciembre de 2011. Rad. No. 37596. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de mayo de 2012. Rad. No. 38367. Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de septiembre de 2013. Rad. No. 41961. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz

Corte Suprema de Justicia. AP1157-2015 del 4 de marzo de 2015. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia. AP1561-2016 del 16 de marzo de 2016. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. AP2482-2015 del 12 de mayo de 2015. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. AP4076-2014 del 23 de julio de 2014. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. AP8320-2016 del 30 de noviembre de 2016. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de julio de 2011. Rad. No. 36513. Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos.

11 Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón. 39.

12 Ibid.

Finalmente, en cuanto al análisis correspondiente al tipo subjetivo, clasifica al tipo penal como de comisión dolosa que no permite modalidad culposa. Asimismo, establece que éste comprende un elemento subjetivo especial, comprendido en el “beneficio propio o de un tercero” bajo el cual actúa motivado el sujeto activo. No obstante, precisa que no es necesario que este ánimo se agote para la consumación de la conducta punible.

4.2. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Habiendo esgrimido todo el análisis en abstracto sobre el tipo penal de administración desleal, y teniendo en cuenta los antecedentes relevantes para el caso, la Corte decide condenar a las procesadas por el delito de administración desleal agravada, con base en los siguientes argumentos.

El matrimonio entre Rodríguez Fuentes y Fernández de Castro Dangond fue el detonante y móvil inicial que dirigió la conducta de las condenadas. Dicha situación no tardó en inmiscuir el haber social, pues es el punto de quiebre de la sociedad y momento en el cual comienza el “recorrido criminal”¹³. El retiro de Fernández de Castro Dangond como gerente y representante legal marcó el momento donde inició el plan criminal, el cual se vio materializado en el momento en el cual Ariza Olivero realizó la transferencia de propiedad del lote a Rodríguez Fuentes.

La Sala no encuentra motivo distinto al actuar delictivo que la nueva representante legal removiera de la sociedad el activo más importante que esta tenía en un momento donde se encontraba atravesando problemas financieros. Confirma que el reproche del Tribunal contra el actuar de Ariza Oliveros es acertado, pues ésta, en su actuación, inobservó los deberes que le atendían como administradora de la sociedad, esto es, obrar de buena fe, con lealtad, y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Le recrimina estos mismos deberes a Rodríguez Fuentes como “socia”¹⁴ y “sobre todo”¹⁵ como miembro de junta directiva.

Continúa por decir que la actuación de Ariza Olivero y Rodríguez Fuentes no se realizó en observancia a lo que exigía la actividad societaria ni lo que haría un buen hombre de negocios. Sobre lo anterior, en particular, resalta que, en virtud de este deber, el administrador debe informarse, asesorarse e indagar suficientemente previo a la toma de decisiones que contraríen el propósito social. Además, actuaciones como esa, de carácter trascendental para la sociedad, exigen que sean discutidas previamente con los

¹³ Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón. 54

¹⁴ Ibid., 55.

¹⁵ Ibid.

“órganos de administración colegiada. Ello no sucedió en el asunto de la especie.”¹⁶.

Suma que, como muestra del obrar fraudulento y del abuso de funciones del cargo de las hoy condenadas, está la inobservancia a la quinta función asignada a la junta directiva por los estatutos, la cual reglamenta que cualquier operación de enajenación de inmuebles efectuada por el gerente o representante legal debe ser previamente autorizada por ésta. Dicen que ello no ocurrió en el caso en concreto porque significaba la votación de Fernández de Castro Dangond, quien no fue citado y no tuvo la oportunidad de votar negativamente. Por lo anterior, concluyen que la actuación para enajenar el lote fue subrepticia y contrariando la estricta observancia a los estatutos sociales.

En cuanto a la enajenación del predio por el mismo valor al que fue vendido a la sociedad en 2010, resaltan la irregularidad de la ejecución del negocio pues la clínica aún no se veía jurídicamente obligada a cancelar la suma pactada, pues el plazo de tres años de pago de la obligación se vencía en noviembre de 2013, mientras el lote fue enajenado en dación en pago en abril de ese mismo año. A raíz de lo anterior, descartan el segundo cargo presentado por el casacionista, quien alegó que el bien jurídico protegido por el tipo penal de administración desleal es el patrimonio individual de cada socio y no el patrimonio social. Esto es así, pues a través de la enajenación del activo más importante de la sociedad, que daba vida a su funcionamiento, la sociedad se quedó sin actividad de comercio ni objeto por desarrollar materialmente. Lo anterior significa que los socios se verían directamente afectados, pues se dio muerte al objeto de la sociedad materialmente.

Asevera que el perjuicio económicamente evaluable fue debidamente probado, tanto a través de la existencia del lote bajo la propiedad de la sociedad cuya única accionista es la señora Rodríguez Fuentes, así como a través de otros documentos que obran en el expediente. El monto de las transacciones reprochadas, además, es sustento suficiente para que opere la circunstancia de agravación contemplada en el artículo 267 del Código Penal.

5. ANÁLISIS SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA TIPICIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

El tipo penal de administración desleal se encuentra consagrado en el artículo 250B de la Ley 599 de 2000, Código Penal. Dice así:

ARTÍCULO 250-B. ADMINISTRACIÓN DESLEAL. El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la

¹⁶ Ibid., 57.

sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A continuación, se desglosarán los elementos que lo componen.

5.1. ELEMENTOS OBJETIVOS

5.1.1 SUJETO ACTIVO

En primer lugar, corresponde tratar los elementos objetivos del tipo penal. Comenzando por el sujeto activo, éste es de carácter calificado. Lo pueden cometer: (i) el administrador de hecho, (ii) el administrador de derecho, (iii) el socio, (iv) el directivo, (v) el empleado, o (vi) el asesor de cualquier sociedad constituida o en formación.

De entrada, el tipo introduce elementos normativos extrapenales, exclusivos de la ley mercantil, como lo es el concepto de administrador. Para poder entender y adecuar el tipo penal, es necesario remitirnos a las normas ajenas a las penales que dotarán de sentido y especificarán las calidades particulares que debe ostentar una persona para poder cometer el delito.

I. ADMINISTRADOR DE HECHO

En el contexto jurídico normativo colombiano no existía definición alguna de administrador de hecho hasta la expedición de la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se creó la Sociedad por Acciones Simplificada. El párrafo del artículo 27 de la precitada ley, que trata sobre la responsabilidad de los administradores, dice que “las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.” De la norma queda claro que ello es únicamente aplicable a la S.A.S., razón por la cual, en tratándose de administradores de hecho que llegaren a cometer la conducta punible, el párrafo solo integraría el tipo penal cuando se dé dentro de dicho tipo societario.

Por fuera de la S.A.S. no existe una norma puntual que establezca quién es administrador de hecho. Sin embargo, a la luz del artículo 29 del Código Penal, el cual establece que “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”, podría deducirse que es administrador de hecho quien realiza sus

funciones sin ostentar la calidad de administrador de derecho.

Ahora bien, tampoco existe norma en materia mercantil que establezca concretamente qué funciones ejercen los administradores, pues el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 únicamente se limita a enumerar quiénes son administradores¹⁷. Si bien en materia comercial este listado es así de restrictivo con el fin de no extender el exigente régimen de forma analógica a quienes no estén explícitamente nombrados¹⁸, lo cierto es que el artículo 29 del Código Penal permite dotar de responsabilidad penal a quien realice las funciones que realizaría un administrador en una sociedad. Dichas funciones, por lo general, se encuentran listadas en los estatutos sociales y, como ley para las partes que se rigen bajo ellas, integrarían el tipo penal como elemento normativo.

Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades ha dicho que las acciones que comprenden actividades positivas de gestión constituyen acciones que pueden ser consideradas como *indicios* de que una persona ejerce funciones inherentes al cargo de administrador. Estas acciones son: “(i) dirigir las actuaciones de los demás administradores, (ii) obligar a la compañía a asumir obligaciones cuantiosas, (iii) ser reconocido explícitamente por la sociedad como administrador, (iv) presentarse ante terceros como director y (v) adoptar decisiones trascendentales para el funcionamiento de la compañía. Cuando confluyan algunas de estas situaciones, existirán fuertes indicios de que una persona ha ejercido, de facto, funciones inherentes al cargo de administrador”¹⁹. Por supuesto, los indicios no son elementos normativos que integrarían eventualmente el tipo, pero sirven como criterio orientador y auxiliar²⁰ para establecer que un determinado sujeto activo está actuando como administrador de hecho.

II. ADMINISTRADOR DE DERECHO

En cuanto al administrador de derecho, ostentaría dicha calidad la persona que lo sea por medio de título jurídico válido. El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 establece que “son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.” Cualquiera de aquellos que, de conformidad con el debido nombramiento tenga alguno de los anteriores cargos, u ostente cargo que ejerza funciones correspondientes a cualquiera de ellos, es potencial sujeto activo de la conducta

17 “Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.” Ley 222 de 1995. 20 de diciembre de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial* 42156.

18 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*: Tomo I (Bogotá: Temis, 2016), 670.

19 Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 820-78 del 11 de agosto de 2017.

20 Constitución Política de Colombia de 1991. 20 de julio de 1991. *Gaceta Constitucional* 116. Art. 230

punible de administración desleal.

III. SOCIO/ACCIONISTA

Como sujeto activo también incluye a los socios, cuyas atribuciones dependen del tipo societario en cuestión. Para ello, es importante distinguir entre las sociedades de personas y las de capital, pues a partir de esto, las funciones, responsabilidades, y atribuciones de quienes realizan los aportes de la sociedad cambian.

Las sociedades de personas, por una parte, se caracterizan por la confianza compartida entre sus socios. En su modalidad más pura dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la sociedad colectiva (S.C., en adelante), es un contrato social donde únicamente pueden asociarse quienes los socios autoricen por unanimidad²¹. El capital social no es la prioridad de estas, y precisamente por la confianza compartida entre los socios la administración de esta es directa, realizada por ellos mismos²². Así, la Junta de Socios se integra tanto por quienes son, simultáneamente, dueños y administradores de la sociedad²³. Siendo que los socios de la S.C. tienen vocación de dirección y administración, pueden incurrir en la conducta punible como socios ejerciendo actos de representación o administración de la sociedad.

Al otro extremo del espectro en tipos societarios, están las sociedades de capital. Su modalidad más pura el ordenamiento jurídico colombiano es la Sociedad Anónima (S.A., en adelante). La S.A. nace de un contrato social en el cual el sustrato y razón de ser es netamente monetario. Debido a que el capital social está dividido en acciones, sus titulares no son socios, sino accionistas²⁴. Siendo que el fin es netamente monetario, y el carácter de los titulares de las acciones no interesa, estas son títulos valores libremente negociables en el mercado.²⁵ Por esta misma razón, tampoco hay una vocación de administración por los accionistas, así que la administración de la sociedad es obligatoriamente delegada. Así, mientras la S.C. tiene como único órgano obligatorio la Junta de Socios, la S.A., por lo contrario, debe tener Asamblea General de Accionistas, Junta Directiva, y Revisoría Fiscal. De conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, de los órganos obligatorios en la S.A., los únicos que ejercen funciones de administración son los miembros de junta directiva y quienes integren la revisoría fiscal.

Como intermedio entre los dos extremos de los tipos societarios, se encuentran las sociedades

21 Decreto 410 de 1971. 27 de marzo de 1971. Código de Comercio. *Diario oficial* 33339. Art. 296.

22 Ibid., Art. 310

23 Ibid.

24 Ibid., Art. 373

25 Ibid., Art. 379, Núm. 3

mixtas, que comparten características de ambos extremos: existen las sociedades en comanditas y las sociedades limitadas. Se exponen con el fin de demostrar la vocación de administración que tienen los socios contra los accionistas, obedeciendo al carácter personal o monetario de la sociedad. La sociedad limitada (Ltda.)²⁶, por su parte, nace como una alternativa a la sociedad colectiva y la sociedad anónima, pensada para pequeñas y medianas empresas con un máximo de 25 socios y un mínimo de 2. Tiene un capital social representado en cuotas sociales, cada una con un designado valor. Dichas cuotas no son títulos valores, sino representaciones del patrimonio de la sociedad. La administración es facultativamente directa, pues la junta de socios tiene la posibilidad de elegir quién represente y administre a la sociedad, aunque no está obligada a hacerlo.

Por otra parte, las sociedades en comanditas pueden tomar dos formas: en comandita simple (S. en C.)²⁷, o en comandita por acciones (SCA)²⁸. Ambas tienen dos tipos de socios: gestores y comanditarios. Los socios gestores están encargados de la administración societaria, y son regidos por las normas de la sociedad colectiva. Su aporte a la sociedad no es en dinero, sino en trabajo. Los socios comanditarios, a su vez, únicamente aportan capital. En la sociedad en comandita simple, los comanditarios se rigen por las normas de la sociedad de responsabilidad limitada. En la sociedad en comandita por acciones, los comanditarios se rigen por las normas de la sociedad anónima.

Todo lo anterior es el fundamento detrás de que la asamblea general de accionistas²⁹ (órgano obligatorio de una S.A.), y, en general, cualquier socio u accionista sin vocación de administración no pueda, en ejercicio de sus funciones, cometer ninguno de los verbos rectores del tipo penal de administración desleal: quien no tiene vocación de administración no puede ejercer actividades positivas de gestión, por tanto, no puede disponer ni obligar en nombre de la sociedad.³⁰

Ahora bien, pueden ocurrir situaciones que pueden modificar las condiciones anteriores. Para ilustración, se traen tres ejemplos dentro de los múltiples escenarios que pueden ocurrir: (i) que los

26 Ibid., Art. 357

27 Ibid., Art. 324

28 Ibid.

29 Cuyas funciones se encuentran listadas en el artículo 420 y 422 del Código de Comercio. Por esencia, no son funciones relativas a la gestión de la empresa. Por virtud del numeral séptimo del artículo 420 del Código de Comercio, sin embargo, podrían extenderse a funciones relativas a la administración, dado que este establece que estas serán las demás que señale la ley o los estatutos, y las que no correspondan a otro órgano. Algunas podrían ser de administración, teniendo en cuenta el artículo 434 que dice que las funciones de la junta directiva son las atribuciones facultadas a esta expresadas en los estatutos. Al combinar ambos artículos, podría darse la posibilidad de que una asamblea general de accionistas tuviera funciones de administración o gestión, que no es lo normal.

30 Ver, además: Díaz y García Conlledo, Miguel. "Algunas Cuestiones En Relación Con El Delito De Administración Desleal Societaria En España, En Especial Autoría Y Omisión", Nuevo Foro Penal 10 no 85 (2014): 15-38. <https://doi.org/10.17230/nfp.10.83.1>.

estatutos sociales de una Sociedad Anónima indiquen que la Asamblea de Accionistas puede ejercer funciones de administración, (ii) que un accionista de una S.A. sea simultáneamente miembro de junta directiva (iii) que los estatutos sociales de una Sociedad Anónima fijen un monto máximo de operaciones a la junta directiva y ésta tenga que solicitar autorización a la Asamblea para realizar operaciones que superen este monto, quien en abuso del derecho al voto, autoriza una operación no favorable para la sociedad (iv) que un accionista de una Sociedad Anónima actúe como administrador de la misma sin serlo y en virtud de ello realice los verbos rectores del tipo penal.

En el primer escenario estamos ante accionistas de S.A. que, por vía normativa, en principio, no podrían ejercer acciones de administración y, por tanto, por medio de sus funciones no puedan cometer el tipo penal. Sin embargo, como los estatutos sociales establecen las acciones de administración que pueden llevar a cabo, y no existe prohibición alguna contra dicha estipulación, dicha norma estatutaria sería ley para las partes (sociedad-accionistas) y, por tanto, integraría el tipo penal. Así, el accionista de S.A. que, por vía estatutaria, tenga facultades de administración y actúe en función de su cargo podría ser sujeto activo de la conducta.

Distinto es el caso de quien es accionista y, simultáneamente, miembro de Junta Directiva, pues dependerá de la calidad en la que actúe, así como las facultades otorgadas a los administradores en los estatutos para determinar la modalidad bajo la cual cometería la conducta punible. En el caso descrito en el párrafo anterior, en el cual por autorización estatutaria los accionistas de una S.A. están facultados para ejercer funciones de administración, podría cometer el tipo penal como accionista. Si no estuviere autorizado estatutariamente para hacerlo como accionista, y lo hace actuando como miembro de Junta Directiva, respondería directamente como administrador, y no le sería exigible comportamiento conforme a derecho como accionista, a pesar de ostentar ambas calidades pues como accionista no podría ser sujeto activo de la conducta. Así, ni siquiera veríamos superado el examen de tipicidad objetiva y, por ello, muchísimo menos podría hablarse de un reproche penal.

En el tercer caso, estamos frente a una situación donde, por disposición estatutaria, la Junta Directiva de una S.A. tiene un monto máximo de operaciones autorizado. Por tanto, para realizar operaciones que superen este monto, debe solicitar a la asamblea de accionistas el ejercicio del voto para conceder la respectiva autorización. Si la operación que la Junta Directiva va a realizar va en contravía de los intereses de la sociedad, los accionistas que voten a favor de dicha acción estarían incurriendo en un

abuso del derecho al voto³¹, pero no en una administración desleal, pues el ejercicio del derecho al voto en contravía de los intereses de la sociedad (independientemente de si ese voto en contravía de los intereses de la sociedad repercute en que se autorice una operación que perjudicaría a la sociedad) no se incluye dentro de los verbos rectores del tipo penal y no es una modalidad de comisión de la conducta punible. Sin embargo, los miembros de junta directiva que actúen a partir de dicha autorización sí responderían penalmente por llevar a cabo la operación contraria a los intereses de la sociedad como administradores de la misma.

En el cuarto caso, estamos frente a una actuación de un accionista que, por cualquier medio, se hace pasar como administrador de la sociedad, sin ser reconocido dentro de la sociedad como tal y, a través de ello, logra cometer los verbos rectores del tipo penal. Puede hacerlo por medio de engaños, falsedad personal, falsedad documental, entre otros. En este caso, no respondería por administración desleal, ni siquiera como administrador de hecho. Lo anterior, pues la Superintendencia de Sociedades ha establecido que para que un administrador lo sea de hecho, debe tener un reconocimiento en sus actos dentro de la sociedad.³² No es alguien que sustituya al administrador fraudulentamente para, en el exterior hacerse pasar como administrador. Como no sería un administrador de hecho, no podría responder como sujeto activo de administración desleal, pero sí respondería por los delitos que cometa para llevar a cabo la conducta, a saber: falsedad personal, consagrado en el artículo 296 del Código Penal, falsedad documental ya sea en documento privado y/o público, consagrados en los artículos 286 y siguientes del Código Penal, entre los muchos que podrían adecuarse a la conducta ejercida por esta persona, dependiendo de la forma en la que la haga.

IV. DIRECTIVO

El directivo es la cuarta persona que puede ser sujeto activo del tipo penal en cuestión. Teniendo en cuenta las funciones inherentes a la dirección de una sociedad, no existe mayor discusión en cuanto a su consideración como sujetos activos del tipo. Siendo que dentro de sus funciones les es posible ejercer actos de representación o administración de la sociedad, bien puede cometer la conducta

³¹ El artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 consagra el abuso del derecho al voto: “Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.” Si bien esta norma es, en principio, aplicable a la S.A.S., la Superintendencia de Sociedades ha dicho que en virtud del artículo 44 del Código General del Proceso, la figura del derecho del abuso del derecho de voto es aplicable a Sociedades Anónimas. Al respecto, ver sentencia Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A. de la Superintendencia de Sociedades.

³² Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 820-78 del 11 de agosto de 2017.

punible.

V. EMPLEADO Y ASESOR

Por último, están el empleado y el asesor, quienes no ejercen ninguna labor de representación ni administración de la sociedad por definición. Debido a lo anterior se derivan cuatro formas de cometer la conducta, esto es, (i) que actúen como administradores de hecho, (ii) que sean quienes actúan a través a un administrador real para cometer la conducta punible, (iii) que por disposición estatutaria estén facultados para ejercer actividades positivas de gestión sin ser administradores, o (iv) que por cualquier medio (como puede ser hacerse pasar por administrador de la sociedad) y en abuso de las funciones propias de su cargo logren la enajenación de bienes de la sociedad, o contraigan obligaciones por ella. En este último supuesto concursa, además de la administración desleal, cualquier otro delito que configure la conducta requerida para llevar a cabo el plan criminal.

Todos los sujetos en cuestión deben serlo de sociedades constituidas o en formación. Al respecto, la sociedad constituida es aquella que ha cumplido los requisitos de existencia del contrato social, así como aquellos requisitos necesarios para su perfeccionamiento (elevación a escritura pública) y oponibilidad (inscripción en el registro mercantil, salvo por la S.A.S., y aquellas del libro II del Código de Comercio que pueden constituirse por vía de la Ley 1014 del 2006³³, las cuales pueden constituirse por medio de documento privado inscrito en el registro mercantil³⁴).

El contrato de sociedad es un contrato solemne, que únicamente existe a partir de su perfeccionamiento, de conformidad con el artículo 898 del Código de Comercio, el cual establece que “será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.” Así, las sociedades que requieren de elevación a escritura pública³⁵ como requisito de perfeccionamiento³⁶ únicamente se encuentran en formación a partir del momento en que elevan el contrato social a

33 “Artículo 22. Constitución Nuevas Empresas. Las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de esta ley, cualquiera que fuere su especie o tipo, que de conformidad a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 905 de 2004, tengan una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores o activos totales por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se constituirán con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995. Las reformas estatutarias que se realicen en estas sociedades se sujetarán a las mismas formalidades previstas en la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales.

PARÁGRAFO. En todo caso, cuando se trate de Sociedades en Comandita se observará el requisito de pluralidad previsto en el artículo 323 del Código de Comercio.” Ley 1014 de 2006. 27 de enero de 2006. De fomento a la cultura del emprendimiento. Diario oficial 46164.

34 Salvo que sus aportes incluyan bienes inmuebles, caso en el cual deberá elevarse a escritura pública.

35 Decreto 410 de 1971. 27 de marzo de 1971. Código de Comercio. Diario oficial 33339. Art. 110

36 A saber, las sociedades del Libro II del Código de Comercio: Sociedad Anónima, Sociedad Colectiva, Sociedad Limitada, Sociedades en Comanditas – salvo cuando éstas puedan ser constituidas por medio de Ley 1014 de 2006.

escritura pública. En el mismo sentido, aquellas cuyo registro mercantil es de carácter constitutivo y de oponibilidad, solo pueden considerarse existentes a partir de la inscripción en el registro mercantil. Por lo anterior, las únicas sociedades en formación, cuyos integrantes pueden incurrir en el tipo penal en cuestión, son aquellas del libro II del Código de Comercio que no han sido inscritas en el registro mercantil y, por este hecho, no son oponibles. No puede considerarse que previo a la elevación a escritura pública, en el caso de sociedades de libro II, la sociedad esté en formación pues, como contrato solemne, ni siquiera existe hasta tanto no se encuentre perfeccionado. Igualmente, tampoco estarán en formación las S.A.S. ni sociedades del libro II constituidas de acuerdo con la Ley 1014 de 2006 hasta tanto no se encuentren inscritas en el registro mercantil, por la misma razón: ni siquiera existe contrato social hasta tanto no esté perfeccionado.

Una precisión importante sobre lo anterior, además, es que los administradores se consideran como tal a partir de su inscripción en el Registro Mercantil. Lo anterior, dado que en esta inscripción se incluye el acta de nombramiento, así como su respectiva aceptación que es lo que permite que el cargo se materialice y estos actúen de forma autorizada, como administradores de derecho. Así, por ejemplo, si una persona que será nombrada administradora de una S.A. que no ha sido inscrita en el registro mercantil ejerce actos de administración en contravía de la sociedad que constituyan el punible de administración desleal, responderá como administrador de hecho de una sociedad en formación, y no como administrador de derecho.

5.1.2. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por el tipo penal. Siendo que la administración desleal se encuentra dentro de los delitos contra el patrimonio económico, cabe analizar cuál es el patrimonio económico que se ve vulnerado por medio de la conducta punible. Sea lo primero recordar que la administración desleal se consuma en el momento en el cual el patrimonio de los socios, individualmente considerados, se ve afectado como consecuencia de lo que suceda con el patrimonio social.

Por lo anterior, no son solo los socios quienes ven su patrimonio afectado por medio de la conducta, sino, además, la sociedad en sí misma que debe necesariamente ver una disposición fraudulenta de sus bienes o una obligación que genere pérdidas, lo cual necesariamente implica la afectación del patrimonio social, que conlleva a una afectación del patrimonio de los socios individualmente considerados. Así, los sujetos pasivos de la conducta son tanto los socios u accionistas de la sociedad, como la sociedad en sí misma.

Ahora bien, al verse afectado el patrimonio social, así como el patrimonio individual de los socios/ accionistas individualmente considerados, ello podría terminar afectando a la comunidad y a terceros. Lo anterior, pues terceros que interactúen en el comercio con la sociedad, como acreedores de la misma, quienes dependan de la provisión de sus servicios, entre otros, podrían ver su solvencia o su comercio afectado ante el perjuicio económico sufrido por la sociedad en cuestión. Sin embargo, al no ser titulares del bien jurídico, serían víctimas de la conducta y no sujetos pasivos.

5.1.3. CONDUCTA

En lo referente a la conducta en sí misma, ésta se configura a través de dos modalidades: a través de una disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, o de contraer obligaciones a cargo de la sociedad. Dicha disposición de bienes implica la transferencia de propiedad de bienes de la sociedad realizada de forma fraudulenta. El o los objetos sobre los cuáles recae la conducta, en esta modalidad, son los bienes de la sociedad objeto de disposición fraudulenta. La Corte Suprema, en la providencia objeto de análisis, precisa que por disposición debe entenderse que cabe la posibilidad de enajenar, gravar, utilizar, y usar ilegítimamente o de forma no autorizada los bienes que componen el patrimonio. Agrega que dicha disposición, además debe ser fraudulenta, lo cual definen como “con notoria deslealtad a la hora de su administración, en contravía del principio de confianza; en términos generales, con fraude : a través de acciones contrarias a la verdad y a la rectitud, que perjudican a la sociedad y a los socios, contra quien se comete.”³⁷

Aunque su definición es parcialmente acertada, comete un error al igualar el resultado de la conducta con la modalidad de ejecución de esta en el último fragmento, a la hora de definir el carácter fraudulento de la disposición, pues, en realidad, esta puede o no producir perjuicio a la sociedad o a los socios. Así, la disposición fraudulenta no se define a partir de la vocación ni determinación real a la hora de producir un perjuicio a la sociedad, sino en su carácter fraudulento. El carácter de fraudulento de la disposición de los bienes, como elemento normativo extrapenal, se debe definir en sentido negativo a partir de la definición de buena fe que otorga el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el cual establece que los administradores deben actuar de buena fe y teniendo en cuenta los intereses de los asociados. Al ser los administradores quienes están facultados para la disposición de los bienes de la sociedad, y las demás personas que pueden cometer el delito lo pueden hacer al tener funciones de administración (así no detentan el cargo propiamente dicho), se entiende que cualquier ejercicio de funciones de administración debe hacerse en observancia a los postulados del precitado artículo. Siendo que la disposición de un bien de la sociedad es una actividad positiva de gestión, tiene sentido que la forma en la que se realicen sea de la forma dispuesta por el ordenamiento comercial para las actuaciones, en

37 Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón. 43

general, de los administradores.

Lo anterior trae un punto de suma importancia y la mayor crítica a la providencia objeto de análisis: siempre que existan definiciones o referencias, ya sea normativas o jurisprudenciales, en la norma jurídica extrapenal, estas deben primar como fuentes de derecho en observancia al art. 230 constitucional³⁸, y estricto cumplimiento del principio de tipicidad e interpretación restrictiva³⁹ que debe primar en el derecho penal.

Ahora bien, en su segunda modalidad, la conducta que configura el tipo penal consta de contraer obligaciones a cargo de la sociedad. El objeto sobre el cual recae esta modalidad de la conducta es la capacidad de la sociedad en sí misma, como persona jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. La sentencia objeto de análisis dice que ello sucede cuando “el sujeto agente, de forma abusiva genera para la sociedad el deber de dar, hacer o no hacer algo.”⁴⁰ Agrega a la definición el “forma abusiva”, pues ello no se encuentra en la redacción del tipo. Además, suma que “como el tipo exige un perjuicio económicamente evaluable, ese comportamiento debe traducirse en el aumento excesivo del pasivo social, con una correlativa disminución del patrimonio total, con la capacidad de comprometer la existencia de la sociedad o dificultar el desarrollo de su objeto social”⁴¹

Esta expresión de la Sala de Casación es particularmente problemática al otorgarle resultados al tipo penal que éste no exige. Primero, la vocación de comprometer la existencia de la sociedad o de dificultar el desarrollo de su objeto social, y segundo, que el perjuicio económicamente evaluable que sí exige el tipo penal sea excesivo. El tipo penal de administración desleal, en cuanto a su resultado, requiere que se produzca un perjuicio económicamente evaluable, pero jamás habla de su monto. Tampoco debería hacerlo, pues la medida de afectación al bien jurídico patrimonio es un aspecto merecedor de análisis en el estudio de la antijuridicidad de la conducta y no en su tipicidad, especialmente teniendo en cuenta que la norma ni siquiera lo contempla. Para su configuración típica basta que se produzca, sin importar la medida en que se haga. Así, si bien la definición no es del todo imprecisa, debe exigirse una mayor cautela en la precisión y alcance de los resultados exigidos de la conducta, especialmente a la hora de no ampliar la definición del tipo más allá de lo que éste expresa.

Adicionalmente, dicha interpretación suma, potencialmente, otro problema. Al decir que el resultado

38 “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” Constitución Política de Colombia de 1991. 20 de julio de 1991. Gaceta Constitucional 116. Art. 230

39 Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000. Código Penal. Diario oficial 44097. Arts. 7 y 10.

40 Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón. 44.

41 Ibid.

es producción de un perjuicio “patrimonial o económicamente evaluable” que “disminuyan el activo o aumenten el pasivo **social**”⁴² (negritas fuera del texto original), ello podría sugerir que esto es un resultado exigido por el tipo penal para su configuración. Si bien es cierto que para que ese perjuicio se vea reflejado en el patrimonio individual de los socios el patrimonio social debe verse afectado, lo cierto es que no es un resultado exigido por el tipo penal para su ejecución, sino más bien una consecuencia necesaria para la ejecución de la conducta. Decir lo contrario podría llevar a que se analice la conducta a partir de varios resultados y, posiblemente, que fuera punible todo detrimento al patrimonio social, así este no llegare a afectar a los socios. El escenario anterior es sumamente peligroso y amplifica el alcance del tipo, pues se insiste en que el resultado exigido para su tipificación y lo que finalmente es objeto de protección es el perjuicio al patrimonio económico individual de los socios.

Habiendo agotado las particularidades de cada modalidad de ejercer la conducta, debe agregarse que ambas deben hacerse con abuso de las funciones propias de su cargo. Ello presupone que exista un cargo, y que las funciones de éste sean extralimitadas. La Sala, en el análisis realizado, explica que para definir este abuso debe partirse de un estudio de las funciones otorgadas por ley al sujeto activo en lo dispuesto en los estatutos sociales y en observancia al tipo societario al que se encuentre vinculado. Manifiesta que, en caso de ser insuficiente, debe complementarse ese listado con los deberes de los administradores, debidamente listados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Dicha apreciación le da un carácter alternativo a la norma, a pesar de que el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 es imperativo y aplica en todos los contratos de sociedad mercantiles, al ser parte del contrato social como lo es cualquier ley imperativa en cualquier contrato existente, válido, y oponible en el tráfico jurídico. Ello necesariamente afecta la lectura del tipo penal, pues lo integra como elemento normativo extrapenal. Así, no puede aceptarse ese carácter complementario otorgado por la Sala al artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en cuanto al abuso de las funciones propias del cargo.

Ahora bien, como fue explicado anteriormente, no todos los sujetos activos que pueden cometer el tipo penal son administradores, de conformidad con lo dispuesto en la ley comercial aplicable. Así, en ese caso, éstos solo responden por el abuso de las funciones inherentes a su cargo y no por aquellas listadas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Finalmente, la conducta solo puede considerarse consumada si produce un perjuicio económicamente evaluable a los socios o accionistas. Esto es así, pues el tipo penal lo exige textualmente. Debe resaltarse que no es dable exigir el perjuicio al patrimonio social como *resultado* propiamente, pues ello resultaría en dos resultados para su configuración: uno que exige la norma y otro que en realidad no es más que una

42 Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón. 47.

consecuencia necesaria en la ejecución del tipo penal. Es decir, para afectar el patrimonio económico individual de los socios a través de administración desleal, es necesario afectar el patrimonio social. La sola afectación al patrimonio social no es un resultado individual.

5.1.4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al estar catalogado dentro del título VII del Código Penal, el cual compila los delitos contra el patrimonio económico, se evidencia que el tipo en cuestión cobija el bien jurídico patrimonio económico de los socios/accionistas. Ahora bien, el patrimonio de la sociedad igual debe verse protegido por el mismo, pues éste es necesariamente vulnerado para afectar el patrimonio de los socios individualmente considerados. Al respecto, la Sala expone:

en el asunto de la especie, tampoco admite duda el carácter pluriofensivo en la infracción delictiva de administración desleal, en tanto, de forma individual, en concreto, protege el patrimonio económico, pero, a la par, se advierte un bien jurídico colectivo, orientado a la tutela de intereses supraindividuales, entre otros, el correcto funcionamiento de las estructuras mercantiles, la estabilidad y conservación de la sociedad en el tráfico jurídico y económico como motor de desarrollo del país y la fiabilidad de la buena marcha de las sociedades en el marco de la economía de mercado, todos ellos dirigidos a garantizar el buen orden del sistema económico.⁴³

En opinión de la autora, esto es desarrollo jurisprudencial, no es objetivamente cierto. No se le puede otorgar una protección adicional al tipo penal por encima de lo que ha establecido el legislador, en virtud de la interpretación restrictiva en materia penal. No se considera que su extensión alcance el orden económico y social. Debe diferenciarse entre los fines del legislador, que posiblemente buscó ese fin, y lo que este haya finalmente tipificado. El resultado final no da indicios, siquiera, de proteger el orden económico y social y su expansión en su alcance podría ser perjudicial para el procesado, lo cual es inadmisibles en cualquier sistema procesal penal moderno.

5.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

La conducta punible de administración desleal no admite modalidad culposa, en tanto solo se encuentra tipificada su comisión dolosa. Lo anterior, de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, el cual establece que “la culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.”⁴⁴ El tipo exige, además del dolo, que la conducta se realice “en beneficio propio o de un

43 Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón. 32.

44 Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000. Código Penal. Diario oficial 44097. Art. 21.

tercero”⁴⁵. Ello es un elemento subjetivo especial del mismo, que en el caso de encontrarse realizado y satisfecho en su ejecución, significa que el tipo penal fue debidamente agotado. Sin embargo, para su configuración, basta que la conducta sea motivada por dicho fin. Así, el componente subjetivo de la ejecución del delito sucede cuando el sujeto activo calificado conoce y quiere la realización de la disposición fraudulenta o la contracción de obligaciones con abuso de las funciones propias de su cargo, en beneficio propio o de un tercero, y cause, motivado detrás de esos fines, un perjuicio económicamente evaluable a sus socios/accionistas.

Ahora bien, que el tipo penal no admita comisión culposa quiere decir que no sería típica la realización de la conducta si el sujeto activo no actuó en cualquiera de las tres modalidades de dolo admisibles en Colombia. Si el sujeto activo, de manera culposa, comete la conducta típica, no respondería penalmente por ello.

6. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Con el fin de analizar las conductas de Elisa Clara Rodríguez Fuentes y de Mónica Beatriz Ariza Olivero, a la luz del ordenamiento jurídico penal colombiano y lo establecido con anterioridad al respecto, se tendrán en cuenta los hechos jurídicamente relevantes desglosados en la primera parte de este escrito.

El artículo 9 del Código Penal establece que “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable.”⁴⁶ Teniendo en cuenta lo anterior, se analizará, en primer lugar, la conducta, seguido de su tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad, para establecer la responsabilidad penal de Rodríguez Fuentes y Ariza Olivero.

Sea lo primero establecer que el Código Penal del 2000 nos habla de conducta y no de hecho. Por lo anterior, es necesario analizar la voluntad del sujeto a la hora de establecer la existencia de conducta.⁴⁷ Evidentemente, frente a ambas, la conducta de ambas es voluntaria⁴⁸, y no hay discusión frente a la existencia de conducta.

Desglosando la actuación de las dos actoras, puede separarse la ejecución en actos preparatorios y aquellos que consumaron la administración desleal. Los actos preparatorios inician desde el momento

⁴⁵ Ibid., 250B.

⁴⁶ Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000. Código Penal. Diario oficial 44097. Art. 9.

⁴⁷ Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Manual de la Teoría del Delito*. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017)

⁴⁸ Voluntariedad, que no es equivalente al dolo como elemento subjetivo.

en el cual Rodríguez propone destituir a Fernández de Castro de la junta directiva, pues ella sería la única manera en la que se pudiera aprobar, por votación, que se transfiriera la propiedad del bien más importante de la sociedad, donde se llevaba a cabo su actividad comercial principal. Claramente, dicha operación sería imposible de ejecutar sin que se apunte a Ariza Olivero como gerente y representante legal, quien sería la cara del negocio fraudulento. La consumación del delito, entonces, se da en el momento en el cual Ariza Olivero, como gerente y representante legal, transfiere la propiedad del lote a Rodríguez Fuentes, privando a la sociedad no solamente del bien principal por medio del cual ejercían su actividad comercial sino además de todos los ingresos que éste representaba para la misma desde ese momento hacia el futuro, lo cual causa el perjuicio económicamente evaluable en los accionistas de la sociedad.

Como sujetos activos de la conducta punible actúan Ariza Olivero y Rodríguez Fuentes, en formas diferentes tanto en su calidad como sujeto activo, como en sus aportes para la consumación de esta. Actúan en coautoría, pues ambas realizan aportes imprescindibles para la comisión del delito, mediando una estrategia previamente acordada, a la producción del delito.⁴⁹ Ahora bien, respecto de su calidad como sujeto activo, Ariza Olivero ejerce como administradora. Rodríguez Fuentes, por otra parte, actúa como miembro de junta directiva (administradora, de conformidad con el listado del art. 22 de la Ley 222 de 1995), quien, en esa calidad, designó a Ariza Olivero para realizar la disposición fraudulenta, y posteriormente aprobó que la llevara a cabo. Sobre esta disposición debe reiterarse que, como fue establecido anteriormente, dicha característica se define en sentido negativo, es decir, en contravía de los postulados establecidos por la ley comercial sobre los principios rectores que dirigen las actuaciones de los administradores de las sociedades, particularmente el de buena fe. Evidentemente, al disponer del bien más importante de la sociedad, dejándola como un simple papel sin objeto ni propósito material, tanto Ariza como Rodríguez actúan en contra del postulado de buena fe y, por lo contrario, actúan en contra de la sociedad y de los intereses de sus accionistas.

Como objeto material sobre el cual recae la conducta, hablaríamos del predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria no. 190-10623 cuyo monto ascendió a precio de saldo de obligación pendiente por 240.000.000.00. Como consecuencia de esta conducta se dio el detrimento patrimonial y pérdida total de desarrollo del objeto social y actividad principal de prestación de servicios médicos de la sociedad, que termina en el resultado de causar un perjuicio económicamente evaluable a los accionistas. Dicho perjuicio económicamente evaluable no es solo la pérdida del valor de la acción (pues el capital social se vio seriamente afectado), sino además el lucro que dejarían de percibir al privar a la sociedad de la actividad comercial que ejercía.

49 Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000. Código Penal. *Diario oficial* 44097. Art. 29.

Ahora bien, es importante detenerse sobre el aspecto objetivo en un punto significativamente importante y donde se discierne del criterio utilizado por la Sala Penal en cuanto a la adecuación típica de la conducta de Rodríguez Fuentes: la calidad en la que responde como sujeto activo calificado que puede cometer el tipo penal. Rodríguez Fuentes ostentaba la calidad de accionista y miembro de junta directiva dentro de la sociedad, algo poco común dentro de una sociedad anónima que, por definición, tiene administración delegada. Se recuerda que lo anterior quiere decir que quienes aportan capital a la sociedad difícilmente quieren tener algo que ver con la administración de la sociedad, de manera que es raro, aunque no imposible, ver que un accionista tenga funciones de administración. La Sala, en el análisis del caso en concreto, dice que “[los deberes de administradores] también eran predicables de Elisa Clara Rodríguez Fuentes, pues, **dada su calidad de socia**, pero, sobre todo, miembro de la junta directiva, **ostentaba la administración de derecho de la sociedad**, en virtud de lo previsto en el canon 22 *ibidem*.”⁵⁰ (negritas fuera del texto original). Lo que dice es errado, pues los deberes de los administradores únicamente le aplican a quienes son administradores, y un accionista en una S.A. no lo es, ni tiene esas funciones, salvo que por estatutos se disponga lo contrario. Cosa distinta es que Rodríguez Fuentes era, además de accionista, miembro de junta directiva, y por esta vía, sí podía cometer el tipo penal y le era reprochable no actuar de conformidad con esos postulados. Debe quedar claro que ella de ninguna manera podría responder si únicamente fuera accionista, a menos de que ejerciera como administradora de hecho (dados todos los presupuestos para que esta figura se configure, los cuales fueron expuestos anteriormente).

Es peligroso equiparar y exigir que como accionista debiera responder, cuando por definición misma los accionistas no detentan calidad alguna para ejercer funciones de administración y, por tanto, les es imposible cometer el delito. Habido el caso hipotético donde un accionista actúe con funciones de administración de la sociedad y pueda efectivamente realizar el tipo penal en alguna de sus modalidades, ya sea través de la disposición de activos o contracción de obligaciones de la sociedad, tendría que probarse que esta persona está actuando como administrador de hecho o determinando a quien sea administrador de derecho para que su conducta sea punible. Si no ostenta una función de administración, es imposible la comisión del delito y por eso es tan delicado e impreciso establecer que a Rodríguez Fuentes se le exigían, como mal llamada “socia”, los deberes de administración establecidos por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, por último, en lo referente a la tipicidad objetiva, la actuación realizada por las autoras se da en abuso de las funciones propias del cargo, como lo exige el tipo penal. Ariza Olivero, por su parte, es quien directamente dispone del inmueble en contravía del adecuado desarrollo del objeto

50 Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón. 55.

social⁵¹, participando en el interés de un tercero (Rodríguez Fuentes) que tenía un conflicto de interés⁵² con la serie de negocios jurídicos realizados. Rodríguez Fuentes, aunque realizando acciones diferentes, imprescindibles para la comisión del delito, incurre en el mismo abuso de sus funciones, como miembro de junta directiva. Al designar a Ariza Olivero como nueva gerente y representante legal de la sociedad, con el fin principal de llevar a cabo la disposición fraudulenta, actúa en contravía del adecuado desarrollo del objeto social, en conflicto de interés al verse directamente beneficiada por la operación.

Teniendo en cuenta que el artículo 9 del Código Penal establece que “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”⁵³, es necesario referirse a la imputación objetiva⁵⁴ en el caso en concreto, a pesar de que no se considera que exista debate al respecto. Tanto Rodríguez Fuentes como Ariza Olivero crean un riesgo jurídicamente desaprobado al realizar las conductas dirigidas a disponer fraudulentamente del lote, que se ve concretado en el resultado típico de causar un perjuicio económicamente evaluable a los accionistas de la sociedad.

En cuanto a los elementos subjetivos para configurar el tipo penal, las dos actúan a título de dolo directo, al tener pleno conocimiento y voluntad de desarrollar los elementos del tipo⁵⁵, demostrado a través de la estrategia que requería de una planeación y organización previa para su realización, que fue llevada a cabo en su integridad, despojando a la sociedad del bien más importante para ésta, causando un perjuicio máximo a la sociedad y a los accionistas de esta. Ahora bien, el dolo no es suficiente para la configuración de la administración desleal, pues requiere, además, que la conducta se realice en beneficio propio o de un tercero. Respectivamente, y dentro de lo que se encontró probado en el proceso, Rodríguez Fuentes se vio directamente beneficiada por esta operación, actuando en beneficio propio. Ariza Olivero, por otra parte, actúa en beneficio de Rodríguez Fuentes, lo cual configuraría para las dos el elemento subjetivo especial requerido. Ello se ve reflejado no solamente en el pago del precio irrisorio⁵⁶ por el predio, sino además el hecho de que hay un evidente desbalance en las obligaciones que surgieron para la sociedad con dicha compraventa, en la cual la sociedad se ve abiertamente desfavorecida desde cualquier óptica.

51 Ley 222 de 1995. 20 de diciembre de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial* 42156. Art. 23, Núm. 1.

52 Ibid., Art. 23, Núm. 7.

53 Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000. Código Penal. *Diario oficial* 44097. Art. 9.

54 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de agosto de 2021. Rad. No. 16636. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón

55 Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000. Código Penal. *Diario oficial* 44097. Art. 22

56 Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón. 70.

En lo referente a la antijuridicidad, ninguna de las dos actúa cobijada bajo causal formal que justifique la ausencia de antijuridicidad de la conducta. En sentido similar, y teniendo en cuenta que el tipo penal protege el bien jurídico patrimonio económico tanto de la sociedad como de los socios/accionistas individualmente considerados, este fue efectiva y significativamente lesionado por la conducta desplegada por ambas.

Por último, ambas son personas plenamente imputables y en capacidad de comportarse conforme a derecho. Así, el juicio de reproche por no haber dirigido su conducta de forma alineada con el ordenamiento jurídico colombiano es pleno y total sobre su actuación, pues pudieron haberlo hecho, y, adrede, decidieron no hacerlo. Al desplegar la conducta, además, demostraron hacerlo en consciencia de la antijuridicidad de su actuación, dejando la culpabilidad de la conducta plenamente configurada. Así, la conducta realizada por Ariza Olivero, tanto como por Rodríguez fuentes, es una conducta típica, antijurídica, y culpable, que constituye el tipo penal de administración desleal.

6.1. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN PUNITIVA

La circunstancia de agravación aplicada al caso es la contenida en el numeral primero del artículo 267 del Código Penal. La anterior dice que:

“ARTICULO 267. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION. Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa:

1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.”

Teniendo en cuenta que el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2013, en el cual se cometió la conducta punible, era de \$589.500.00 pesos, sería agravada cualquier conducta que se cometa ese año sobre un bien cuyo valor fuere superior a \$58.950.000.00. Siendo que el lote en cuestión fue vendido por 240.000.000.00, solo por ese hecho la conducta ya sería objeto de agravación. Ahora, es relevante resaltar que, de conformidad con los avalúos presentados como material probatorio dentro del proceso, el valor del lote ascendía a más de mil millones de pesos, lo cual únicamente confirma la aplicación del agravante en cuestión.

7. CONCLUSIÓN

La sentencia analizada es, sin duda, un hito en la convergencia, cada día más estrecha, entre el derecho

comercial y el derecho penal. Con la amplificación del comercio, las nuevas formas de delinquir que van muchísimo más allá de los delitos de sangre y aquello que primero viene a la mente cuando se habla del derecho penal, sin duda es importante que se haya puesto un caso como este en el escenario.

Acierta la Corte, a grandes rasgos, en el análisis y la aplicación en concreto del tipo penal. Como única sentencia que fija un precedente vertical para la justicia penal ordinaria en Colombia, es de crucial importancia que la *ratio decidendi* sea, en esencia, precisa. Ahora bien, los desaciertos, que son en detalles particulares y fueron tratados en el acápite anterior, no por minúsculos dejan de ser peligrosos. Justamente porque se trata de un precedente único en su clase, la jurisdicción penal ordinaria dependerá de ella para interpretar y aplicar la norma penal vigente para los nuevos casos que aparezcan sobre la materia. Por lo anterior, esos pequeños detalles pueden tener un enorme significado en casos distintos a este, donde de todas formas, se acertó en su solución.

Así, si bien la Corte llega a buenas conclusiones, y hace un juicioso ejercicio de derecho comparado, lo cierto es que hace falta una mayor sinergia entre el derecho comercial y el derecho penal para que realmente se puedan considerar integrados correctamente dentro de la jurisdicción penal. Ello, en atención a la gran cantidad de elementos normativos que obligan al juzgador penal conocer a plenitud materias que, con anterioridad, difícilmente compartían espacios judiciales – lo cual se evidencia en las pocas, pero significativas falencias de la sentencia objeto de análisis.

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 01 de 2018. 18 de enero de 2018. Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria. *Diario oficial* 50480.

Boada Acosta, Juan, Natalia Delgado Moreno, y Juan Flechas Hernández. “Una Mirada Jurídica Al Caso Arias Y a La Doble Conformidad. Comentarios a La Sentencia SU-146 De 2020 De La Corte Constitucional”. *Nuevo Foro Penal* 16, no. 95 (2020): 255-78. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6812>

Caldas Botero, Luisa Fernanda. “Corrupción Privada y Administración Desleal” en *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial, Volumen I* 3ª ed. Barreto Ardila et al. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019).

Castro Cuenca, Carlos Guillermo, *Manual de la Teoría del Delito*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.

Constitución Política de Colombia de 1991. 20 de julio de 1991. *Gaceta Constitucional* 116.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de mayo de 2003. Rad. No. 16636. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia. SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021. Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de julio de 2011. Rad. No. 36513. Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de diciembre de 2011. Rad. No. 37596. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de mayo de 2012. Rad. No. 38367. Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de septiembre de 2013. Rad. No. 41961. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz

Corte Suprema de Justicia. AP4076-2014 del 23 de julio de 2014. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. AP1157-2015 del 4 de marzo de 2015. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia. AP2482-2015 del 12 de mayo de 2015. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. AP1561-2016 del 16 de marzo de 2016. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. AP8320-2016 del 30 de noviembre de 2016. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Decreto 410 de 1971. 27 de marzo de 1971. Código de Comercio. *Diario oficial* 33339.

Díaz y García Conlledo, Miguel. “Algunas Cuestiones En Relación Con El Delito De Administración Desleal Societaria En España, En Especial Autoría Y Omisión”. *Nuevo Foro Penal* 10, no 83 (2014): 15-38. <https://doi.org/10.17230/nfp.10.83.1>.

Ley 222 de 1995. 20 de diciembre de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario*

oficial 42156.

Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000. Código Penal. *Diario oficial* 44097.

Ley 1014 de 2006. 27 de enero de 2006. De fomento a la cultura del emprendimiento. *Diario oficial* 46164.

Ley 1474 de 2011. 12 de julio de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario: Tomo I*. Bogotá: Temis, 2016.

Superintendencia de Sociedades. Sentencia Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A. del 27 de febrero de 2014. No. de proceso 2012-801-029.

Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 820-78 del 11 de agosto de 2017.

CRITERIOS DE IMPUTACIÓN JURÍDICO PENALES FRENTE AL TESTAFERRO DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES*

ALEJANDRO BRAVO GUTIÉRREZ, MARÍA DANIELA DELGADO ÁLVAREZ, JULIANA GÓMEZ RESTREPO Y MARÍA CAROLINA MONTOYA MOREN**

CON EL ACOMPAÑAMIENTO DE LOS PROFESORES JOSÉ FERNANDO MESTRE ORDÓÑEZ
Y LUIS FELIPE BOTERO CÁRDENAS

Recibido: 15 de octubre de 2021. Aceptado: 6 de diciembre de 2021.

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar el alcance de los criterios de imputación jurídico penales respecto a los testaferros de las sociedades comerciales, así como las posibles dificultades en su aplicación. De esta manera, se realiza una revisión extensa de literatura y de jurisprudencia relevante sobre los diferentes temas abordados, desarrollando la popular clasificación entre los administradores de hecho y los de derecho, categoría —esta última— de la cual se deriva la figura de principal trascendencia en el artículo: el testaferro. Así, se mostrará su relevancia para el entorno corporativo y sobre todo la jurisdicción penal, debido a los escenarios delictivos en los que frecuentemente se presenta. Seguidamente, se examinarán los factores objetivos y subjetivos que permiten establecer la responsabilidad penal del hombre de paja, haciendo especial énfasis en algunas de las discusiones que aquellos han suscitado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ante los escenarios de testaferrato más comunes en las sociedades comerciales; es decir, cuando este tipo de administrador lleva a cabo por sí mismo una conducta penalmente relevante o presta su colaboración en la comisión de la misma.

Lo anterior permitirá evaluar la tensión entre la figura eminentemente societaria del testaferrato y algunos de los elementos clásicos de la teoría del delito, con el propósito de exponer las soluciones que se han formulado frente al particular y poder reflexionar sobre su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, contemplando la posibilidad de introducir positivamente la figura de la ignorancia deliberada en el ordenamiento jurídico nacional.

PALABRAS CLAVE

Administrador de hecho y de derecho, Derecho Penal Económico, Imputación objetiva y subjetiva, Sociedades Comerciales, Testaferro.

* Revisión de tema.

** Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana y Miembros del Semillero de investigación en Derecho Penal Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo: j.mestre@javeriana.edu.co.

CRITERIA FOR CRIMINAL LEGAL IMPUTATION AGAINST THE FRONT MAN OF COMMERCIAL COMPANIES*

ALEJANDRO BRAVO GUTIÉRREZ, MARÍA DANIELA DELGADO ÁLVAREZ, JULIANA GÓMEZ RESTREPO Y MARÍA CAROLINA MONTOYA MOREN**

WITH THE ACCOMPANIMENT OF PROFESSORS JOSÉ FERNANDO MESTRE ORDÓÑEZ AND LUIS FELIPE BOTERO CÁRDENAS

Received: October 15, 2021. Accepted: December 6, 2021.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the scope of the criminal legal imputation criteria with respect to the front man in commercial companies. In this way, an extensive review of relevant literature and jurisprudence is carried out on the different topics addressed, developing the popular classification between de facto and legal administrators will be developed, this last category leading to the most transcendental figure in this article: the front man. Thus, its relevance will be shown within the corporate environment and the criminal jurisdiction above all, due to the illicit backdrops it frequently arises in. Thereupon, the objective and subjective factors that allow a prosecution to establish the figurehead's criminal responsibility will be examined, emphasizing some of the discussions that the mentioned factors have arisen inside the doctrine as well as in courts before the most common scenarios of figureheads in commercial companies; that is, when straw managers carry out by themselves or provide collaboration to the commission of criminal conduct.

The above will allow us to evaluate the tension between this eminently corporate figure, front men, and some of the classic elements of crime theory, as to finally present the solutions that have been proposed and be able to reflect on their applicability in the Colombian legal system, considering the possibility of positively introducing the figure of deliberate ignorance in the national legal system.

KEY WORDS

Administrator in Fact and in Law, Commercial Companies, Criminal Economic Law, Front man, Objective and Subjective imputation.

* Topic review.

** Law students of the Pontificia Universidad Javeriana and Members of the Economic Criminal Law Research Group of the Pontificia Universidad Javeriana. Email: j.mestre@javeriana.edu.co.

INTRODUCCIÓN

En virtud de la constante ampliación fronteriza del denominado “*derecho penal moderno*”, caracterizado por la protección de nuevos riesgos derivados del progreso científico y tecnológico dentro del marco de una sociedad globalizada, surge la tipificación de nuevos bienes jurídicos en razón de nuevas formas de criminalidad menos tradicionales⁰¹. Así las cosas, surge la criminalidad en el ámbito de la empresa, la cual representa un peligro significativo para los sistemas de organización social y económicos vigentes, dada la relevancia e influencia de las organizaciones empresariales en nuestra vida cotidiana, pues cierto es que aquellas son las encargadas de proveer los bienes y servicios necesarios para que el ser humano pueda desarrollarse en sociedad⁰².

De esa manera, las instituciones jurídico penales no han sido ajenas a este tipo de criminalidad que se materializa en el contexto empresarial y societario. Entonces, el legislador colombiano ha optado por dotar de naturaleza punitiva algunas conductas relevantes que suelen llevarse a cabo en el contexto organizacional, con el objetivo de establecer una política de cero tolerancia frente a la desviación hacia intereses particulares mediante el abuso del cargo corporativo que ciertas personas ostentan.

Un ejemplo claro de ello puede verse en la expedición de la Ley 1474 de 2011, mediante la cual, basándose en el sistema punitivo español, el legislador agregó al Código Penal diferentes conductas que por su naturaleza alteran el orden económico y social, el patrimonio económico, entre otros bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento jurídico colombiano⁰³. En ese orden de ideas, puede evidenciarse el interés que ha puesto el Estado frente a las conductas desplegadas al interior de una

01 Alfonso Reyes Cuartas, “El delito socioeconómico en el derecho penal colombiano”, *Jurídicas* 3, n.º2 (2006): 93, <https://www.redalyc.org/pdf/1290/129016868004.pdf>

02 Ana Isabel Pérez Cepeda, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista penal* n.º9 (2002): 106, <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12627/Criminalidad.pdf?sequence=2>

03 Proyecto de Ley 142 de 2010, 7 de septiembre de 2010. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. *Gaceta del Congreso de la República*, n.º 607.

empresa por parte de los sujetos que la controlan, cuando aquellas tienen la potencialidad de causar daños significativos en los diferentes mercados económicos e intereses colectivos que allí residen.

En tal contexto, surge la figura del administrador como aquella persona que, actuando desde una posición privilegiada en la ciudadanía, puede utilizar a la misma para la comisión de delitos, lo cual es indiscutiblemente meritorio de reproche desde una perspectiva dogmática y político criminal. No obstante, las diversas actuaciones penalmente relevantes en las que puede incurrir este administrador implican un verdadero desafío para la dogmática penal garantista. Ciertamente, el entorno empresarial se caracteriza por la interacción constante entre sujetos que operan en distintos niveles jerárquicos, por lo que requiere de figuras como la delegación de competencias, así como de una composición estructural compleja que, en últimas, dificultan la identificación de los verdaderos responsables por los ilícitos que allí se presentan⁰⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, en muchos escenarios podría predicarse la existencia de un administrador de hecho, quien no ostenta la representación formal de la sociedad, pero materialmente ejerce el control sobre la misma. Así, puede suceder que las funciones de administración formal de la persona jurídica sean radicadas en cabeza de otro gestor que presta su nombre para cumplir la labor de representación, pero que no ejerce ningún control sobre las actuaciones de la organización.

Si bien lo expresado no implica *per se* algún reproche desde el punto de vista jurídico⁰⁵, lo cierto es que esta división conceptual cobra una especial relevancia ante una investigación penal por la posible comisión de un delito imputable a los distintos tipos de administradores. Lo anterior, teniendo en cuenta que la delegación de competencias de un sujeto a otro no extingue de modo alguno la posición de garante en cabeza del delegante, sino que la modifica. De esta manera, Fernández Castejón sostiene que los deberes de control y evitación se convierten en deberes de supervisión y vigilancia respecto a las tareas de control y evitación delegadas⁰⁶, aspecto que en ninguna circunstancia podría conllevar la exoneración de la responsabilidad penal del controlante ni del administrador formal.

Ciertamente, los pronunciamientos doctrinales respecto a la denominada Teoría de Agencia, consistente en aquella relación donde un agente principal delega ciertos derechos y facultades en cabeza de un agente, el cual se encuentra obligado a actuar en beneficio de los intereses de aquel a

04 Ana Isabel Pérez Cepeda, "Criminalidad de empresa", 107.

05 Teniendo en cuenta que en la Ley 1258 de 2008 se encuentra consagrado el régimen de administradores de hecho en Colombia.

06 Elena B. Fernández Castejón, "Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos" *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 21 (2019): 29, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7197294>.

cambio de una remuneración⁰⁷, señalan la existencia de ciertos deberes que en ningún caso podrían ser delegados, los cuales corresponden a las facultades derivadas del deber de vigilancia en cabeza del verdadero gestor de la sociedad, consistentes en actividades peligrosas que supongan un riesgo particular frente a algún aspecto de la organización⁰⁸, tal como podrían serlo aquellas actividades que consistan en el manejo de explosivos, fuegos artificiales, y líneas de alto voltaje, catalogadas por Fernández Castejón como de peligro inminente⁰⁹.

No obstante, las actividades que implican un deber de representación de la sociedad frente a terceros quedan a cargo del administrador formal, así como las de evitación y control específicamente encomendadas.

Así las cosas, podrían nublarse los factores de imputación jurídico penal atribuibles al administrador de derecho que presta su nombre como titular de una determinada actuación, que actúa como testaferro en favor del verdadero gestor de la persona jurídica, colaborando y participando en la comisión de un hecho delictivo. En ese orden, el problema surge cuando dicho hombre de paja que protege la identidad del verdadero agente no tiene conocimiento y, por tanto, no alcanza el grado de representación de la infracción típica que está ayudando a materializar con su conducta o, en su defecto, cuando las características y la estructura del hecho antijurídico no lo cobijan.

De esa manera, podría suceder que un sujeto “A”, el cual ostenta el verdadero dominio y control de la sociedad, utilice a quien figura como administrador formal de la empresa, un sujeto “B”, para que adquiera a su nombre y en representación de la sociedad bienes que han tenido su origen mediato en actividades de narcotráfico —conducta tipificada como lavado de activos en el artículo 323 del Código Penal—.

En este contexto, el administrador formal bien podría tener o no conocimiento sobre el delito al que está prestando su colaboración. De no tener conocimiento, podría hablarse de un efectivo desconocimiento o de una mera sospecha que deliberadamente se pretende ignorar, aturdiendo los criterios volitivos y cognitivos que exige el tipo subjetivo.

Puede notarse, entonces, que en escenarios como el descrito los criterios de imputación objetiva y subjetiva respecto del administrador testaferro dependerán de diversos factores, entre los cuales

07 German Castaño Duque, “Teoría de la agencia y sus aplicaciones”, *Universidad Nacional de Colombia*, (1999): 7, <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/11079>.

08 Elena B. Fernández Castejón, *Los deberes fiduciarios*, 30.

09 Ibid..

podrían destacarse: (i) el grado de vinculación a la empresa, (ii) los deberes de gestión a su cargo, (iii) la naturaleza del delito configurado y, (iv), el conocimiento y la voluntad del hombre de paja frente al acto ilícito que está llevando a cabo o, en su defecto, frente a la colaboración que presta a la materialización del resultado típico.

En ese orden de ideas, se procederá a analizar, en primera medida, los tipos de administradores de las sociedades comerciales y su relevancia para el derecho penal, para posteriormente abarcar la figura del testafarro y sus distintas modalidades. Seguidamente, se ahondará en los criterios de imputación penal objetivos y subjetivos que podrían ser atribuidos a dichas personas, específicamente respecto de los obstáculos y complejidades que suponen los últimos. Luego, se examinarán las soluciones que frente a los mismos ha propuesto la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, con el objetivo final de reflexionar sobre su aplicabilidad en Colombia, en concordancia con el ordenamiento jurídico colombiano y las demás instituciones jurídico-penales competentes.

EL TESTAFERRO Y LOS TIPOS DE ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Es necesario destacar que una comprensión integral del concepto de administrador en el marco del derecho penal requiere una distinción previa de lo que se ha entendido por gestores de hecho y de derecho. Por tal razón, los factores que distinguen a un administrador de hecho y de derecho resultan fundamentales para adentrarnos en el tema que constituye el análisis de fondo del presente artículo.

De esa manera, la comprensión de dichos conceptos podrá aclarar las dimensiones sobre el concepto del testafarro como administrador de derecho y la importancia que el mismo supone en el ámbito de la criminalidad corporativa. En igual sentido, la clasificación que se refiere a los delitos de dominio y de infracción de deber será fundamental para aproximarse a los criterios que sustentan la imputación jurídico penal del gestor pantalla.

ADMINISTRADORES DE HECHO Y DERECHO

En sentido amplio, se entiende por administrador toda persona física o jurídica que de manera directa o por representación ejerce las funciones de gestión o administración de una organización empresarial¹⁰. Sobre el particular, es necesario destacar que las funciones de administración pueden ser adquiridas por delegación o a través de un negocio jurídico de apoderamiento. De esta manera,

¹⁰ Javier Muñoz Cuesta, “Los administradores de hecho y de derecho”, *Centro de estudios Jurídicos*, (2017):5, <https://www.fiscal.es/documents/20142/100458/Poencia+Javier+Muñoz+Cuesta.pdf/34cf2be6-c722-f247-174d-c8eba7a20d2a>.

los administradores adquieren importancia en el sector empresarial toda vez que (i) ostentan las funciones de confianza sobre el manejo de los bienes y recursos de la sociedad que administran y (ii) adquieren la responsabilidad adicional de reparar patrimonialmente en eventos de extralimitación de sus funciones¹¹ tal como lo contempla el artículo 24 de la Ley 222 de 1995.

En efecto, se evidencia la trascendencia de la figura del administrador dentro de la sociedad, más aún considerando la responsabilidad patrimonial adicional a la cual están sometidos quienes sean objeto de esta clasificación. En este orden de ideas, Gabino Pinzón ha resaltado que *“(...) el hecho de que en la vida de los negocios, especialmente de los que se llevan a cabo como objeto de una sociedad, es necesaria la confianza en los administradores, no solamente por parte de los mismos interesados directamente en tales negocios, como lo son los socios, sino también por parte de terceros”*¹².

Así, se predica una distinción entre los gestores de hecho y de derecho, quienes ejercen sus potestades corporativas de distinta manera. En ese sentido, los administradores de derecho son aquellos que han aceptado el nombramiento formal otorgado por el órgano social competente mediante decisión válidamente adoptada¹³. De esa manera, y conforme a lo establecido en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, se estableció que la calidad de administradores corresponderá a las personas que válidamente sean designadas como representantes legales, liquidadores, factores, miembros de juntas directivas, o cualquier otro que ejerza dichas funciones de acuerdo con los estatutos de la sociedad.

Los administradores de hecho, por su parte, son quienes ejercen materialmente las funciones propias de gestión de la sociedad sin que su nombramiento se haya llevado a cabo conforme a las normas propias de aquel, teniendo el poder y la capacidad de decisión con dominio del acto¹⁴. Allí radica la importancia de esta figura, pues permite aplicar las reglas propias de los administradores a quienes gestionan los asuntos sociales por fuera del ámbito de sus potestades legítimas. Por ello, es importante que a dichas personas se les exija los deberes y responsabilidades naturales del cargo de administrador.

En la legislación colombiana, el régimen del administrador de hecho está consagrado en el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, ley que a pesar de regular las SAS, en tratándose de la responsabilidad de los administradores, se extiende a los demás tipos societarios. Esta norma se refirió a la administración material como aquella designación de las personas a quienes se les extiende la responsabilidad propia de los administradores formales, así no ostenten las condiciones que prevé el régimen de deberes a

¹¹ Ibid.

¹² Gabino Pinzón, *Sociedades comerciales*, (Bogotá, Temis, 1988), 239.

¹³ Álvaro Espinós Borrás de Quadras, *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, (Madrid, Bosh, 2005), 83.

¹⁴ Muñoz, *Los administradores de hecho y de derecho*, 9.

cargo de los gestores, regulado en la Ley 222 de 1995.

En síntesis, y a pesar de las discusiones sobre el particular, consideramos no solo importante sino también idónea la distinción entre los administradores de derecho y de hecho. Esta permite colegir que el administrador de derecho es aquel que detenta la función de administración y posición de garantía otorgada por la ley y los estatutos sociales, mientras que el administrador de hecho detenta la misma posición cuando se inmiscuye en actividades positivas de gestión de la compañía, y tiene las mismas responsabilidades del administrador porque así lo dispone la ley y no otra fuente del derecho.

Ahora, el siguiente acápite profundiza en la noción del administrador de derecho y la figura del testafarro en sus diferentes modalidades, así como en la controversia a la hora de imputar su responsabilidad penal desde el ámbito objetivo y subjetivo.

NOCIÓN Y MODALIDADES DE TESTAFERRO EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES

La noción “testafarro” proviene de la lengua italiana, en la cual se define por este concepto a una persona que presta su nombre o aparece como parte jurídica en algún acto, contrato, pretensión, negocio o litigio, el cual es materialmente dominado por otro agente¹⁵. Entre las actividades en las que figura el testafarro, usualmente se encuentra la asunción de la titularidad o de la administración de sociedades comerciales cuando, por ejemplo, el propietario de la compañía no está interesado en figurar personalmente como socio o administrador de la misma.

Como puede verse, las dimensiones de este concepto son de gran amplitud, pues cubre aspectos adicionales a los descritos en el delito de testaferrato, consagrado en el artículo 326 de la Ley 599 de 2000. Así las cosas, se infiere que no en todos los casos se puede concebir a los testafarreros como sujetos relevantes para la jurisdicción penal y, por esa razón, surge el desafío de determinar hasta qué punto podría interesarse el derecho penal en un sujeto que se presta como testafarro en la comisión de un hecho delictivo al interior de una organización y la manera como debe ser atribuida su responsabilidad. En ese sentido, cabe aclarar que un acto de testaferrato será punible únicamente cuando se afecte el bien jurídico del delito que ha cometido o en el que ha participado el testafarro, y que el mismo se encuentre tipificado en la legislación penal.

La doctrina ha abordado diversos aspectos relativos a la figura del testafarro; por ejemplo, ha propuesto distintos criterios para identificar bajo qué supuestos este debe ser considerado autor y en cuáles

15 Eduardo Herrera Velarde, “El Testaferraje: Notas Distintivas”, *Derecho & Sociedad*, n.º 23 (2004), 6. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16878>.

partícipe. Este aspecto, que será objeto de análisis en líneas posteriores, implica la determinación de ciertos escenarios en los que varía la vinculación fáctica, intelectual y jurídica entre el testafarro y el hecho delictivo.

Antes de abordar el análisis de los diferentes escenarios en los que se dificulta atribuir responsabilidad penal al testafarro, es preciso hacer referencia a las particularidades intrínsecas de los delitos que suelen llevarse a cabo en los entornos corporativos, pues la vinculación del hombre de paja podría ser diferente dependiendo del tipo de delito y escenario en cuestión. Por ello, se ahondará en la clasificación de (i) los delitos de dominio y (ii) los delitos de infracción de deber.

Por un lado, los delitos de dominio son aquellos que puede cometer cualquier persona; engloban todas las esferas personales de los individuos y no requieren demostrar ni ejercer ningún rol especial en la sociedad. Este tipo de delitos parte de un rol genérico que tiene toda persona en su esfera personal consistente en no vulnerar los bienes jurídicos de los demás, situación que también se conoce como el principio de responsabilidad por el dominio propio de la esfera de organización o principio de autorresponsabilidad.¹⁶ Así, se puede afirmar que los delitos de dominio son aquellos que se relacionan con el deber negativo que tiene toda persona consistente en evitar transgredir los bienes jurídicamente tutelados de los demás.

Dentro de esta clasificación reposan los delitos especiales de dominio, los cuales son aún más específicos, ya que no los puede cometer cualquier persona en tanto el sujeto activo debe estar ejerciendo o exteriorizando una determinada labor. Entonces, para que se configure este tipo de delitos y los mismos puedan ser atribuidos a los administradores de una determinada compañía, estos últimos tendrán que estar ejerciendo labores administrativas.

Por su parte, se encuentran los delitos de infracción de deber, los cuales se derivan de la relación de representación existente entre el administrador designado y la persona jurídica. Es así como este tipo de infracciones conlleva una prohibición mucho más específica que surge como consecuencia del cargo que se ejerce, el cual implica la obligación de prevenir ciertos resultados¹⁷.

Así, Torres Tópaga —citando a Roxin— sostiene que por medio de los delitos de infracción se quebranta un deber personalísimo que se ostenta, por lo que el factor relevante no radica en el dominio del hecho, sino en el deber especialísimo que se encuentra en cabeza de determinada persona y que consiste en

16 José Luis Medina Frisancho “La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del derecho penal” (2010), 55-76, https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110307_01.pdf.

17 William F. Torres Tópaga, “Autoría en los Delitos de Infracción de Deber”, *Derecho Penal y Criminología* 26, n.º 77 (2005): pg 81., <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1024>.

proteger un bien jurídico tutelado.¹⁸

Teniendo en cuenta las clasificaciones y modalidades de testafarro anteriormente expuestas, así como la distinción entre delitos de dominio y de infracción de deber, se abordará en detalle las diferentes cuestiones relativas a la imputación jurídico penal tanto objetiva como subjetiva que caracterizan los escenarios de testaferrato en las sociedades comerciales.

CRITERIOS DE IMPUTACIÓN JURÍDICO PENAL FRENTE AL TESTAFERRO DE LA SOCIEDADES

LOS FACTORES QUE DIFICULTAN LA IMPUTACIÓN

En aplicación de la teoría del delito, el juicio de tipicidad puede llegar a imponer ciertos desafíos, concretamente en la imputación jurídico penal de conductas delictivas ejecutadas al interior de organizaciones empresariales, pues en estas es factible percibir con mayor notoriedad determinadas insuficiencias objetivas y subjetivas. Así, por ejemplo, la responsabilidad por las conductas delictivas en que se incurre al interior de una sociedad recaen, por regla general, en las personas que deciden sobre su ejecución y no en quienes las llevan a cabo¹⁹.

Lo anterior podría deberse, entre otros factores, a que las operaciones que se ejecutan al interior de una persona jurídica son, por lo general, irrelevantes para el derecho penal. Así, las anotaciones contables, las inversiones en bolsa o las transacciones bancarias sólo podrían adquirir relevancia punitiva cuando su materialización se ubique dentro de la ejecución de un plan criminal. De esta manera, podría explicarse que en muchos delitos que se configuran en el plano económico y societario el ejecutor formal de las acciones sea un secundario sin capacidad decisoria e, incluso, sin conciencia de la antijuridicidad de su conducta, lo cual implica su remoción de la persecución criminal²⁰.

En ese sentido, resulta importante determinar los factores de imputación jurídico penal atribuibles a las personas que han llevado a cabo la acción delictiva en el marco de las organizaciones económicas y empresariales, a partir del nuevo paradigma tendiente a preservar la integridad de los bienes jurídicamente tutelados como el patrimonio económico, el orden económico y social, el sistema

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Francisco Muñoz Conde, “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, *Revista Penal*, n.º 9 (2002): 75, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=196262>.

²⁰ Ibid.

financiero, entre otros. Esto brindaría diferentes beneficios a la dogmática penal, pues no solo serviría para delimitar los conceptos que permiten atribuir la responsabilidad penal desde el punto de vista objetivo y subjetivo, sino para también emplear políticas y mecanismos de persecución criminal que conduzcan a la identificación de los verdaderos responsables de los hechos que lesionan el orden empresarial²¹.

En principio, podría pensarse que el camino hacia la correcta atribución de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades comerciales podría radicar en la Teoría de Agencia, consistente en que la relación entre empresa y agente atribuye a este la representación de la primera y la posición de dominio en las actuaciones que lo vinculan. Adicionalmente, dicha relación de agencia implica la existencia de asimetrías de la información que suelen darse a favor del agente, dada su cercanía a las actividades empresariales a su cargo²².

Ahora bien, en virtud de los dispositivos amplificadores del tipo penal, por los cuales se extiende la responsabilidad a los sujetos que han incidido directa o indirectamente en la materialización del delito, no sería un desafío mayor establecer la responsabilidad penal de los administradores que tienen a su cargo la gestión de los negocios de una determinada organización²³. Sin embargo, los criterios de imputación jurídico penal en el derecho penal contemporáneo exigen un análisis riguroso del rol de cada sujeto parte de la organización empresarial para determinar bajo qué título debería cada uno responder y, así, evitar a toda costa el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal objetiva en nuestra legislación²⁴.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente en sentencias como la T-330 de 2007 y C-319 de 1996 que, en virtud de la naturaleza de la Constitución Política de 1991, se encuentran proscritas en Colombia todas las formas de responsabilidad objetiva. Entonces, es claro que se ha adoptado un derecho penal de culpabilidad, por el cual el hecho jurídicamente relevante debe ser imputable al sujeto activo tanto objetiva como subjetivamente.

En otras palabras, debe verificarse la adecuación de la conducta a todos los elementos descritos en la norma para poder atribuir la autoría o participación en el delito. A su vez, se exige acreditar respecto del sujeto activo el conocimiento y la voluntad de querer producir los efectos contemplados en la

²¹ Ibid., 77.

²² Fernández, “Los deberes fiduciarios”, 7.

²³ Valentina Ramírez Ramírez, “Régimen de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades Comerciales en Colombia y su incidencia en el Compliance” (Trabajo de Grado inédito, Universidad del Rosario, 2021) 23-48, <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/3115>.

²⁴ Ibid.

norma, con el fin de realizar un juicio de reproche que establezca su culpabilidad²⁵. De esa manera, la Corte ha indicado que *“el juicio de reproche penal sólo puede recaer sobre una persona que debe haber tenido la capacidad de comprender las exigencias que le imponía el ordenamiento y de actuar conforme a tales exigencias, esto es, que hubiera debido y podido actuar de otra forma”*²⁶.

Con base en lo anterior, los factores de imputación jurídico penal de los delitos en el sector corporativo implican un verdadero desafío para el derecho penal, toda vez que nuestro sistema de culpabilidad impide la vinculación directa de los administradores de una sociedad sin antes haber verificado el cumplimiento de las circunstancias concretas de cada caso particular²⁷. Además, no puede ignorarse la complejidad que supone la clasificación mencionada anteriormente entre los delitos de dominio —comunes y especiales— y los de infracción de deber, que usualmente se tipifican en el sector corporativo.

Así las cosas, resulta interesante el caso de los factores de atribución de responsabilidad penal de los testafierros, pues existen casos en los que estos, a pesar de su contribución a la realización del delito, logran salir indemnes de los procedimientos penales a los que han sido vinculados. Frente al particular, Ragués i Vallès²⁸ ha encontrado que la impunidad en este tipo de situaciones obedece a dos factores principales.

El primero radica en uno judicial e investigativo, pues generalmente los jueces prefieren dejar de lado a los testafierros para concentrar sus esfuerzos en el juzgamiento de los verdaderos gestores de la sociedad, es decir, los propietarios y los administradores de hecho. Lo anterior se acompaña de una especial dificultad para los órganos de persecución e investigación criminal, consistente en dar con el paradero de estas personas, lo que muchas veces conduce a desistir de su persecución e investigación²⁹.

No obstante, sostiene el autor, esta sola circunstancia no es determinante para fundamentar la impunidad de los testafierros, ya que el mayor problema reside en el aspecto subjetivo de su contribución al delito³⁰. En ese orden, al tratarse de administradores aparentes alejados de la actividad empresarial,

25 Corte Constitucional de Colombia. STC T-330 del 4 de mayo de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

26 Corte Constitucional de Colombia. STC C-319 del 18 de julio de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

27 Ramírez, “Régimen de responsabilidad penal”, 23-48.

28 Ragués i Vallès, Ramón. “La responsabilidad penal del testafierro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva” *Revista para el análisis del derecho* n.º3 (2021): 6, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2700332>

29 Ibid., 5.

30 Ibid.

estos podrían desconocer ciertos aspectos determinantes del hecho antijurídico en el que participan.

Sobre este punto, es preciso recordar que, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 599 de 2000, solo podrá ser objeto de reproche penal la conducta desplegada por el agente que se encuentre dotada de conocimiento y voluntad —salvo tipos penales que admiten culpa y preterintención— y, por lo tanto, el dominio sobre la acción delictiva debe estar impregnado por la dirección consciente hacia el resultado típico que se quiere causar, o cuando a pesar de no quererse el resultado, se es consciente de que el hecho típico se materializará como consecuencia de una determinada acción. En otras palabras, sólo será penalmente responsable el administrador de hecho o derecho que dolosamente tenga el dominio sobre el resultado³¹.

Ahora bien, dado que dicho requisito se extiende a partícipes y cómplices, la efectiva imputación de los testaferros se ve entorpecida en la medida en que, como defensa, suelen argumentar su propia ignorancia con el fin de desacreditar la responsabilidad penal que se les pretende endilgar³². En la práctica, aquello sucede con alta probabilidad de éxito, teniendo en cuenta que los delitos en los que suele aparecer esta figura³³ son, por lo general, dolosos³⁴.

Por otro lado, respecto a la primera causal de impunidad que resalta Ragués i Vallès, cabe concluir que la dificultad de localizar al testaferro no se solucionará con algo diferente a un mayor esfuerzo por parte de los jueces y órganos de investigación y persecución competentes³⁵. No obstante, frente a los aspectos que caracterizan la imputación jurídico penal del tipo objetivo y subjetivo, valdría la pena exponer ciertas situaciones potencialmente problemáticas, así como las soluciones factibles ante aquellas. Así, primero se tratará las controversias que suscita el tipo objetivo y posteriormente, el subjetivo.

A. PROBLEMÁTICAS FRENTE A LA TIPICIDAD OBJETIVA

En todos los casos, la atribución objetiva de la conducta del administrador formal o testaferro dependerá de las circunstancias específicas, pero sobre todo de las características particulares del delito³⁶. En ese sentido, nada obsta para considerar objetivamente al testaferro como autor en aquellos delitos de

³¹ Ramírez, “Régimen de responsabilidad penal”, 23-48.

³² Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 5.

³³ Véase por ejemplo los delitos de Administración Desleal (Artículo 250-B del Código Penal) y Alzamiento de Bienes (Artículo 253 del Código Penal).

³⁴ Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 5.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 6.

dominio común que puede llevar a cabo cualquier persona. Ello, teniendo en cuenta que dichos delitos se encuentran tipificados de manera muy amplia e incluso consagran a título de autoría los actos de favorecimiento a la conducta ilícita³⁷, como sucede, por ejemplo, en el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando —artículo 320 del Código Penal—.

En igual forma, la acción desplegada por el testafarro podría considerarse como un acto de participación, en la medida en que coopera en la realización del hecho antijurídico controlado y dominado por el administrador de hecho³⁸. En síntesis, la atribución de la responsabilidad penal en estos casos estará sometida a la *“la intervención efectiva en los hechos, no por la titulación formal que pudiera existir en la ostentación de un cargo en la empresa”*³⁹.

Respecto a la atribución de responsabilidad penal en los delitos especiales de dominio, bastará con que el dominio del riesgo prohibido sobre el hecho se encuentre acompañado de ciertas actuaciones que hagan fungir al agente como administrador de la empresa, es decir, que exista una apariencia de administración⁴⁰. Por ejemplo, el delito de corrupción privada —artículo 250-A del Código Penal— puede ser perfectamente atribuido tanto al administrador de hecho como al de derecho, siempre que aquél haya asumido funciones de disposición del patrimonio de la sociedad. En este caso, la responsabilidad penal del testafarro estará limitada a un grado de participación siempre que con su apariencia formal contribuya a la materialización del hecho delictivo⁴¹.

Conviene subrayar que el escenario más dudoso en cuanto a la tipicidad objetiva del testafarro radica en los delitos de infracción de deber, pues tal como lo establece García Caveró, en estos no interesa el dominio del riesgo común y social, sino el incumplimiento de un deber propio de su vinculación a la empresa; es decir, de su relación de representación originaria o transferida. Así, la persona jurídica que resulta institucionalmente competente atribuye al administrador el cumplimiento de un deber específico y, en consecuencia, este responde penalmente por la infracción del deber atribuido en virtud de su relación de representación, como podría suceder en los casos de administración desleal —artículo 250-B del Código Penal—⁴². En estos casos, el testafarro podría ser considerado autor del delito o, en

37 Ibid.

38 Ibid.

39 Maria Soledad Gil Nobajas, “Delimitación conceptual y atribución de responsabilidad penal del administrador de derecho: una revisión doctrinal desde la jurisprudencia”, *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 10 (2013): 10, <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-10-4015/Documento.pdf>.

40 Percy García Caveró, “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular” *IDret, Revista para el análisis del derecho*, n.º 3 (2006): 6, <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/121391>.

41 Ibid., 9.

42 Ibid., 7.

su defecto, cómplice cuando el sujeto que ostenta el dominio de la situación es del administrador de hecho⁴³.

En todo caso, desde el punto de vista objetivo, puede verse que la determinación de la responsabilidad penal de los administradores testaferros por su participación en los delitos cometidos por la sociedad que formalmente aparentan administrar supone un desafío superable. Así, se procederá a abordar las cuestiones relativas al tipo subjetivo que, en términos generales, resultan más complejas⁴⁴.

B. PROBLEMÁTICAS FRENTE A LA TIPICIDAD SUBJETIVA

En consonancia con Gil Nobajas, el punto de inflexión en la barrera punible del testaferro de las sociedades comerciales se finca en su conocimiento o desconocimiento de los hechos. Ciertamente es que, si bien el administrador testaferro carece del dominio del hecho, ello no impide su posible responsabilidad en calidad de partícipe cuando dolosamente contribuya a la realización del delito y al encubrimiento de las personas que realmente controlan la organización⁴⁵. Entonces, la determinación de la responsabilidad penal del testaferro plantea ciertos cuestionamientos desde el tipo subjetivo en cuanto a la contribución dolosa del sujeto al hecho delictivo.

También, es preciso recordar que, en virtud del artículo 21 de la Ley 599 de 2000, los delitos son dolosos por regla general, de manera que la modalidad culposa y preterintencional constituyen excepciones. De esa forma, puede verse que la mayoría de infracciones penalmente tuteladas en Colombia solo resultan punibles en su modalidad dolosa, como muestra la descripción típica del delito de administración desleal, consagrado en el artículo 250-B del Código Penal.

De esa manera, el testaferro puede ser considerado partícipe del delito y será responsable penalmente cuando de su conducta pueda predicarse la figura del doble dolo, es decir, *“la representación de los elementos típicos concurrentes en el propio acto y el conocimiento de aquellos elementos esenciales que configuran el hecho principal al que contribuye con su acción u omisión”*⁴⁶.

En este contexto, sobresalen tres situaciones particulares: la primera alude a aquellos casos en los que el administrador testaferro es plenamente consciente de estar llevando a cabo la conducta ilícita o de estar colaborando con su realización; la segunda, cuando el agente en ningún momento se ha

⁴³ Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 6-7.

⁴⁴ Ibid., 7.

⁴⁵ Gil, “Delimitación conceptual y atribución”, 132.

⁴⁶ Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 7.

representado su contribución o realización del hecho antijurídico⁴⁷. En el primer escenario, no habría problema en castigar al testafierro como autor o partícipe del delito, máxime cuando la figura del dolo eventual permite la atribución de responsabilidad penal si el sujeto deja al azar la configuración del resultado típico⁴⁸.

Frente al segundo escenario cabría afirmar que la ausencia de conocimiento y voluntad en la acción del testafierro impediría su responsabilidad penal, pues carecería de las categorías cognitivas y volitivas exigidas por el dolo⁴⁹. Lo anterior conduciría a la posible configuración de un error de tipo en la medida en que el agente no tiene conocimiento de que realiza el aspecto objetivo del tipo, lo cual conlleva la atipicidad de la conducta, siempre y cuando se demuestre que el error es de naturaleza invencible y que, de haberse aplicado la diligencia debida al acto, este igualmente se habría materializado⁵⁰. Todo ello, sin perjuicio del análisis de los demás aspectos que comprenden la tipicidad objetiva, tales como la comprobación de la ocurrencia de la conducta, la existencia de los sujetos —activo y pasivo—, y el objeto material y jurídico contemplados en la norma.

No obstante, existe una tercera situación imaginable expuesta por Ragués i Vallès, consistente en aquellos casos en los que, si bien el testafierro sospecha estar colaborando en la realización del delito, este recelo no se concreta en la representación de algún tipo penal específico. Aunque este escenario pueda parecer poco creíble en la práctica, lo cierto es que no resulta muy lejano, por ejemplo, cuando el grado de vinculación entre el testafierro y la empresa es distante, el número de sociedades administradas es elevado y los delitos cometidos no son lo más regulares⁵¹.

El último panorama resulta ser el más problemático, pues aunque existe conciencia en el administrador formal sobre su posible colaboración al hecho delictivo, el grado de representación del testafierro sobre el mismo, no satisface la concreción necesaria para acreditar los elementos volitivos y cognitivos del dolo. En ese orden de ideas, no podría configurarse el doble dolo a su aporte en calidad de partícipe, lo que no sugiere más que dejar impune su comportamiento⁵².

En ese orden de ideas, cabría concluir que el administrador formal que no llega a tener un conocimiento

47 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 8.

48 Fernando Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018), 392.

49 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 8.

50 Fernando Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018), 402.

51 Ibid.

52 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 9.

preciso del hecho delictivo que realiza no merece ser castigado por el derecho penal⁵³. De esa manera, Gil Nobajas resalta un pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 5ª 26.2.2010), en la cual se afirma que “ (...) *no es lo mismo creer que se está realizando alguna actividad ilícita, que cometer dolosamente un delito contra la Hacienda Pública, o participar dolosamente en su comisión*”, razón por la cual no es posible predicar la responsabilidad penal del testaferro.

Aquella posición se refleja también en una decisión proferida por la Audiencia Provincial de Sevilla (sec. 3ª 20.12.2006), la cual optó por absolver a los testaferros de una sociedad al no poderse acreditar su conocimiento sobre el plan criminal cuando muchos de ellos fungían como trabajadores de la empresa y eran allegados cercanos a los administradores de hecho⁵⁴.

Podría señalarse que la consecuencia común a estos escenarios es la eliminación de toda responsabilidad penal del administrador formal por falta de conocimiento, siempre que dicha circunstancia devenga en un error de naturaleza invencible, como anteriormente se puso de presente.

No obstante, lo anterior podría significar un vacío de índole político-criminal, pues este tipo de situaciones genera insatisfacciones para el Estado en la medida en que se presentan pocos incentivos que contribuyan a satisfacer la prevención general negativa, entendida esta como una de las finalidades de la pena en Colombia⁵⁵ consistente en hacer de esta la amenaza de un mal que busca disuadir a quienes se inclinan por el camino del delito⁵⁶.

Esta necesidad se presenta en mayor medida respecto de aquellas personas dedicadas profesionalmente a las actividades de administración formal, pues son quienes más fácilmente pueden sentirse estimuladas por el móvil económico que estimula su oficio, contrario a quienes fungen como administradores formales en virtud de una relación de amistad o parentesco con el administrador de hecho⁵⁷.

Por otro lado, también resulta extraño que desde un punto de vista dogmático se elimine toda responsabilidad penal del testaferro que contribuye con algún grado de consciencia a la materialización

53 Ibid.

54 Gil, “Delimitación conceptual y atribución”, 136.

55 Sobre el particular, véase la Sentencia C-430 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz), en la que se expone: “*La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas*”.

56 Carmen Eloísa Ruiz y Miguel Córdoba Angulo, “Teoría de los fines de la pena”, En *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.º ed. / comp. Marco Robayo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 33.

57 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 10.

del delito, únicamente por la circunstancia de que su conocimiento no haya llegado a concretarse en la representación de los elementos típicos del delito que se configura. En pocas palabras, concurren los elementos de culpabilidad y del tipo objetivo, pero el sujeto no puede ser responsable penalmente por falta de tipicidad subjetiva⁵⁸.

Como se anticipó, resultaría altamente insatisfactoria, tanto desde una perspectiva dogmática como político-criminal, la impunidad del testafarro que se presta para ser administrador formal de una sociedad a sabiendas de que la misma será empleada para la comisión de delitos, pero que no alcanza a precisar su representación, máxime cuando la actividad es realizada de forma profesional⁵⁹. De esa manera, se revisarán las distintas soluciones que sobre este punto ha propuesto la doctrina, con el objetivo de esclarecer si las mismas son aplicables en la legislación colombiana.

ATRIBUCIÓN AL ADMINISTRADOR FORMAL DE TODOS LOS CONOCIMIENTOS PROPIOS DE UN ADMINISTRADOR MERCANTIL

Una posibilidad propuesta por Ragués i Vallès consiste en la solución de los problemas de tipicidad subjetiva a través del derecho probatorio. En ese sentido, sugiere que la profesión desempeñada por el sujeto sirva como indicio para atribuir el conocimiento de un hecho cierto a través de una regla de la experiencia. Así, la estructura del silogismo indiciario expuesta por el profesor Germán Pabón⁶⁰ sirve de fundamento: aquel se compone de una premisa menor que incluye el hecho conocido —la relación de representación— y de una premisa mayor consistente en la regla de la experiencia que nos dirige a la conclusión o hecho indicado, consistente en que el testafarro, como administrador de derecho, debe tener los conocimientos característicos de quien desempeña semejante cargo⁶¹.

Sin embargo, lo anterior supone un serio inconveniente, pues la regla de la experiencia se queda corta al tomar en consideración que la administración formal no siempre incluye los conocimientos profesionales que habitualmente tiene el administrador de hecho o mercantil, sobre todo porque los administradores de derecho suelen ser hombres de paja que no cuentan con conocimiento significativo sobre la actividad empresarial⁶². Por ende, esta alternativa será viable de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso particular⁶³.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Germán Pabón Gómez, “De la Censura de Indicios en Casación Penal” (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2020), 20-21.

⁶¹ Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 11.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

MODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL “DOBLE DOLO”

De acuerdo con esta teoría, es necesario que el fundamento subjetivo de la responsabilidad penal atribuible al partícipe esté compuesta tanto por el conocimiento del sujeto de todos los elementos típicos de su comportamiento como de la representación del hecho típico al que contribuye, esto es, el hecho principal⁶⁴. En ese sentido, para que pueda predicarse el “doble dolo” se requiere la mera representación de la posibilidad de estar colaborando en la realización de un tipo delictivo⁶⁵.

Incluso, en los casos en los que no podría predicarse un dolo directo o indirecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el aspecto cognitivo en el dolo eventual alude a la probabilidad del resultado antijurídico, mas no al resultado propiamente dicho. Sin embargo, precisa que, para entender verificados los presupuestos del dolo eventual como forma de imputación subjetiva, bastará la voluntad del sujeto de ejecutar la conducta y la representación de la probabilidad de causar el resultado, pero considerada en concreto, en contraposición a lo abstracto⁶⁶. Por tal razón, en los escenarios donde la conducta desplegada por el testafarro no implica una concreción específica del delito que probablemente llegaría a configurarse, no podría imputársele responsabilidad penal en grado de dolo eventual.

Incluso, Velásquez Velásquez observa que la figura del dolo eventual enfrenta al derecho penal a un sinnúmero de dificultades en la práctica. Aunque en algunos casos pareciera que desde el punto de vista dogmático se obra sin dolo, lo cierto es que la complejidad de esta figura puede propiciar abusos⁶⁷, como en situaciones en las que el testafarro llega a representarse estar colaborando en la comisión de un delito, pero sin representar la concreta naturaleza del mismo.

Por ello, y para intentar resolver buena parte de estos problemas, Ragués i Vallès plantea la posibilidad consistente en que para acreditar los elementos subjetivos de la responsabilidad del testafarro, sea suficiente probar su conocimiento sobre que se encuentra efectivamente contribuyendo a la materialización del delito, sin necesidad de concretar la infracción típica o el bien jurídico lesionado⁶⁸.

Aún así, dicho planteamiento resulta inconveniente frente a la comisión de delitos muy graves. Por ejemplo, el mencionado autor señala que, bajo dicha proposición, respondería dolosamente el partícipe que presta su llave inglesa a un vecino sospechando que será usada para una actividad delictiva, pero

64 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 12.

65 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 13.

66 Corte Suprema de Justicia. STC de Sala de Casación Penal No. 32964 del 25 de agosto de 2010. Magistrado Ponente: Dr. José Leonidas Bustos Martínez.

67 Velásquez, “Fundamentos de Derecho Penal”, 591.

68 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 14.

resulta que dicho objeto termina funcionando para matar a otro individuo mediante un golpe en la cabeza.

Es decir, surge un problema de proporcionalidad, e incluso una inobservancia al principio de legalidad, en la medida en que se propicia un trato equivalente a quién sabe a ciencia cierta que está contribuyendo a la comisión de un hecho delictivo y a quien actúa pensando que interviene en la realización de un hecho ilícito no determinado, pero descubre que el autor ha aprovechado su aporte para la ejecución de un delito de especial lesividad⁶⁹.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, desde el punto de vista de la proporcionalidad de la pena, la doctrina y la jurisprudencia vuelcan el análisis hacia la eficacia de la aportación del cómplice al hecho principal. En ese sentido, Velásquez indica que el estatuto punitivo colombiano, en sus artículos 30 inciso 3º y 61 inciso 4º, prevé una regulación particular para las modalidades de complicidad —necesaria o secundaria—, así como una disminución punitiva aplicable a cualquier cómplice, sea que el autor del injusto requiere o no una determinada calidad, sea o no de propia mano⁷⁰. En últimas, el legislador colombiano adoptó el criterio del dominio del hecho frente al partícipe con miras a materializar la proporcionalidad en la atribución de responsabilidad.

De esta manera, sobresale la alternativa propuesta por alguna parte de la doctrina que, si bien consideramos acertada para solucionar este tipo de situaciones, podría causar ciertos cambios en la estructura clásica de la dogmática penal, específicamente respecto a la categoría del dolo. Por lo anterior, su eventual recepción en el ordenamiento jurídico colombiano exige precisión y pulcritud, con el fin de impedir cualquier afectación a otros conceptos relevantes.

INCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE DOLO EN LOS CASOS DE IGNORANCIA DELIBERADA

Esta doctrina, proveniente del derecho penal angloamericano y mejor conocida como la teoría de la “*willful blindness*”⁷¹, consiste en la equiparación de los elementos de la responsabilidad subjetiva entre aquellos casos en los que se predica el conocimiento efectivo de todos los elementos del delito y los supuestos de desconocimiento intencionado. Se concluye entonces que “*el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia*”⁷².

69 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 11.

70 Velásquez, “Fundamentos de Derecho Penal”, 599.

71 Robin Charlow, “Wilful Ignorance and Criminal Culpability” *Texas Law Review*, 70 n.º 6 (1992): 1351-1429, https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/754/

72 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 13.

Según esta teoría, el conocimiento del sujeto se prueba al acreditar que este contaba con los medios para conocer el hecho delictivo concreto que se materializaba con ayuda de su aporte. Lo anterior se mide a través de un estándar objetivo de comportamiento⁷³, el cual implica un análisis comparativo entre la conducta desplegada en el escenario fáctico que se estudia y la actuación que en el mismo hubiera adoptado una persona razonable. En otros casos, el mismo parámetro funciona para acreditar que el sujeto era consciente de la relevancia penal de su actuación, pero pretendió desconocerla⁷⁴.

En los sistemas jurídicos basados en el *common law*, la doctrina de la ignorancia deliberada resulta de gran utilidad en los casos de narcotráfico. En ellos, se permite castigar a los sujetos que no tienen conocimiento de las sustancias que están transportando, de forma que se reprocha la sospecha más o menos fundada de que aquellas sustancias podrían ser drogas prohibidas, pero el sujeto prefiere no enterarse⁷⁵.

Lo anterior ha influido en el ingreso —aunque no tan pacífico— de la ignorancia deliberada a ciertos sistemas jurídicos como el español, puntualmente respecto a los casos de testaferrato en las empresas. Por ejemplo, en la Sentencia del 16 de octubre de 2002, el Tribunal Supremo Español aplicó este concepto para atribuir el dolo eventual a un sujeto que se desempeñaba como administrador de una sociedad, el cual reconoció la potencialidad de dicha empresa para la introducción y tráfico de sustancias prohibidas, pero que nunca imaginó que se trataba de cocaína. Para el Tribunal, el hecho de que el sujeto podía y debía saber que se estaba transportando en los contenedores, resultó ser equivalente al conocimiento efectivo de la comisión del hecho típico.⁷⁶

De igual manera, en un pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sec. 1.^a 21.4.2010), se condenó a los administradores testaferros de una sociedad dedicada a la defraudación fiscal. En la mencionada providencia se sostiene la posición de ignorancia deliberada por parte de los administradores formales de una empresa, admitiendo que la misma servía para defraudar a sus acreedores y al Estado⁷⁷.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, la figura en estudio no resulta del todo pacífica para la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. La STS 2.^a (30.10.2009) —citada por Nobajas— es

⁷³ Charlow, “Wilful Ignorance”, 1359-1360.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 15.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Gil, “Delimitación conceptual y atribución”, 138.

un claro ejemplo de ello: inicialmente, se condena al administrador formal con base en la tesis de la ignorancia deliberada, pero el mismo es luego absuelto por resultar contrarios los postulados de la doctrina aplicada a la presunción de inocencia. Así, el Tribunal Supremo Español afirmó la necesidad de contar con pruebas directas que acreditaran el actuar doloso por parte del administrador formal⁷⁸.

Por otro lado, el estudio del derecho penal colombiano no es del todo ajeno a estas observaciones, aunque las considere apenas tangencialmente. Por ejemplo, María del Rosario González Muñoz, exmagistrada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, llamó la atención en Salvamento de Voto de la Sentencia de Casación No. 38254 del 4 de julio de 2012 sobre la “imperiosa” necesidad de aplicar la teoría de la ignorancia deliberada en concordancia con la legislación, principalmente a la luz del desarrollo que sobre el mismo ha hecho el Tribunal Supremo Español, con el fin de unificar criterios globalmente. En dicha sentencia, la Corte optó por casar el fallo condenatorio proferido por el Tribunal Superior de San Juan de Pasto el 15 de septiembre de 2011 en contra de Reina Ángela Cerón Muñoz por el ilícito de peculado por apropiación y, en su lugar, absolverla. La Corte encontró acreditada la causal de exclusión de responsabilidad penal conocida como error de tipo, consagrada en el numeral 10º del artículo 32 del Código Penal, la cual en últimas conduce a predicar la ausencia de dolo y, por ende, a excluir el elemento subjetivo del delito.

Frente a lo anterior, la exmagistrada González Muñoz señaló estar en desacuerdo, pues recordó que tal error, el cual se predica del elemento cognoscitivo del dolo, debe tener el carácter de invencible: que no pueda superar ni siquiera un actuar de gran diligencia. En ese sentido, la magistrada explicó que el cargo que ejercía la procesada —directora del Departamento Administrativo de Salud del Putumayo—, aunque no tuviera la profesión de abogada, la dotaba de la experiencia y el saber necesarios para conocer (o al menos deber conocer)⁷⁹ sobre la prohibición legal de comisionar a empleado que no fuera servidor público para que participara de una capacitación académica, situación que comprende el artículo 397 del Código Penal, que proscribe el peculado por apropiación. Por lo tanto, según González Muñoz, no se trató de un error invencible.

Al contrario, tras develar su posición, González Muñoz aseveró que se trataba de un supuesto de ignorancia deliberada, sobre la cual hizo un breve recuento en el cual expuso el efecto ulterior de aplicarla: equiparar el tratamiento dado al dolo y al desconocimiento “*cuando un sujeto se coloca deliberadamente a sí mismo en una situación de ceguera ante las circunstancias de sus propios hechos*”⁸⁰. Así,

78 Ibid., 136-137.

79 Corte Suprema de Justicia. STC de Sala de Casación Penal No. 38254 del 4 de julio de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Javier Zapata Ortiz.

80 Ibid.

la exmagistrada concluyó que encontraba acreditado el dolo en la conducta de Reina Ángela Cerón Muñoz.

Ahora bien, es claro que el salvamento de voto revisado no vincula de forma alguna el precedente judicial debido a su naturaleza, sumado a que los postulados de la ignorancia deliberada se examinan en relación con un ámbito no empresarial. Sin embargo, es interesante haberla identificado en la Corte, pues exposiciones de este tipo sugieren una posible gestación interna y eventual adopción de ciertas tendencias en las más altas esferas de nuestras corporaciones judiciales como consecuencia de su implementación exitosa en otras latitudes.

De hecho, Guio Díaz advierte que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se inclina actualmente por dar preponderancia a los factores objetivos en el análisis del dolo, lo cual indica una aplicación latente de teorías normativas sobre el mismo, aunque continúa afirmando en su jurisprudencia los elementos tradicionales de este —el conocimiento y la voluntad—. Sin embargo, el autor es enfático en señalar que lo anterior revela un uso indistinto de diferentes teorías sobre la naturaleza del dolo, lo cual es altamente problemático en términos de seguridad jurídica, pues hay poca claridad frente al panorama venidero. No obstante, alerta sobre los riesgos de dar continuidad al análisis del dolo desde factores primordialmente objetivos, como podría ser el cambio en los modelos colombianos tradicionales de imputación en detrimento de las garantías actualmente reconocidas a víctimas y procesados⁸¹.

Así, se reafirma el principal desafío que supone la utilización de la ignorancia deliberada para el derecho penal contemporáneo, consistente en que la misma puede amenazar el concepto de dolo planteado por Jakobs. Según este, el sujeto debe poder conocer la norma, la realidad y el punto donde estas convergen, acompañado del querer de esa convergencia; es decir, que el sujeto conozca la norma y se encuentre motivado a realizar el hecho que la infringe⁸².

No obstante, consideramos que ciertos supuestos delictivos enmarcados en la administración formal merecen un castigo al menos no inferior a los casos de dolo eventual, para lo cual la utilización de la ignorancia deliberada resulta idónea. Se trata de aquellos escenarios en los que el administrador formal actúa en la sospecha de estar interviniendo en un delito, aunque no logre llegar a concretar un tipo penal específico y prefiere ponerse —o mantenerse— en estado de incertidumbre para no

81 Daniel Santiago Guio Díaz, “Colombia, en transición hacia el dolo normativo” *Primera Línea*, 15 de junio de 2018, acceso el 24 de septiembre de 2021, 13, <http://www.mpapenalcorporativo.com/wp-content/uploads/2018/06/Colum-na-de-interes-2-1.pdf>.

82 Günther Jakobs, “Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas” *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45 (1992): 221 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46403>

renunciar a los beneficios económicos o de cualquier otra índole que su conducta le reporta⁸³.

Así, resulta esencial abordar la aplicabilidad de la ignorancia deliberada en el caso referido, en virtud de la prevención general —positiva y negativa— como finalidades de la pena en Colombia y la utilidad de la misma para disuadir las conductas delictivas en las que participan los testamentos de las sociedades comerciales.

Adicionalmente, la concepción de la ignorancia deliberada supone una ventaja adicional, permitiendo diferenciar entre perfiles de testamentos y, así, simplificar la atribución de responsabilidad penal en distintos escenarios. De este modo, podrían quedar fuera del rango de punibilidad aquellos administradores que desinteresadamente se han prestado para tal cargo, como los familiares, amigos o conocidos de los verdaderos gestores de la empresa⁸⁴.

A pesar de ello, se evidencia que la figura entraña el mismo problema de proporcionalidad y de legalidad que se predica del doble dolo, en la medida en que se equiparan el tratamiento propiciado y las consecuencias punitivas entre el sujeto que tiene pleno conocimiento y voluntad sobre su contribución al hecho principal con el de quien ignora deliberadamente algunos aspectos de su comportamiento. En ese sentido, en estos casos podría llegar a difuminarse la línea que separa el dolo directo del eventual⁸⁵.

Frente al particular, compartimos la solución propuesta por Ragués i Vallès⁸⁶, consistente en la introducción legislativa de la ignorancia deliberada que reconozca como punibles algunas modalidades de la misma y la influencia de estas en la dosificación la pena, estableciendo una consecuencia menos lesiva que la contemplada para las distintas formas de dolo, lo cual nos acercará a superar los obstáculos sobre proporcionalidad en el tratamiento penal a los testamentos.

CONCLUSIONES

Nuevamente, cabe reiterar el importante rol que juega el derecho penal como mecanismo de control externo de los administradores de las personas jurídicas como figuras de especial relevancia en las sociedades actuales —cada vez más complejas—, pues son instrumentos que contribuyen a materializar fines esenciales para su funcionamiento. Desafortunadamente, estos escenarios no están exentos de criminalidad, aunque podría llegar a pensarse lo contrario al ser usual que estas sean administradas

83 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 19.

84 Ibid.

85 Ragués i Vallès, “La responsabilidad penal”, 20.

86 Ibid.

por personalidades altamente calificadas para tal ejercicio. En ese sentido, los bienes jurídicos conexos a la actividad corporativa han merecido una protección jurídica más robusta que ha trascendido los mecanismos tradicionales para llegar a valerse del derecho penal.

Como se explicó a lo largo del texto, la determinación penal de los actos delictivos que se materializan al interior de una empresa por medio de los gestores no se presenta de manera tan clara, máxime cuando se hace referencia a la figura del testaferro. Así, el juicio de imputación jurídica de los administradores que formalmente gestionan una sociedad es especialmente problemático cuando se está frente a un hombre de paja, en oposición a la que se hace de los administradores de hecho.

A lo largo de este análisis escalonado, particularmente en punto de tipicidad subjetiva, la dogmática penal y sus estudiosos se han visto en conflicto debido a la necesidad de verificar el dolo y sus elementos en el imputado. En ese sentido, los elementos volitivos y cognoscitivos deben demostrarse o, dicho de otro modo, el querer los efectos de la conducta desplegada y el conocimiento de la norma que la prohíbe, siendo este último elemento el que aporta dificultad al estudio, pues el administrador de derecho no suele estar enterado de cada una de las operaciones en que se involucra la persona jurídica que administra en el papel. Por lo anterior, el panorama corporativo podría verse en cierta medida plagado de impunidad.

Respecto a la adopción de la teoría del doble dolo, el administrador de derecho debe representarse no solamente los elementos típicos de su conducta, sino los que componen el hecho principal al que presta una colaboración. Aunque hay variedad de escenarios, el más problemático resulta ser cuando el testaferro es consciente de estar contribuyendo a la materialización de un hecho ilícito, pero sin representarse el injusto en el grado de concreción necesario para acreditar los elementos volitivos y cognitivos del dolo.

Lo anterior resulta inquietante, pues conlleva la frustración de la prevención general negativa como una de las funciones de la pena en Colombia, sobre todo respecto de los administradores formales profesionalmente cualificados para dicha tarea. De esa manera, la motivación para llevar a cabo dichas tareas suele ser económica, la cual puede resultar atractiva de explotar indebidamente a falta de desincentivos.

Con base en lo anterior, surge la necesidad de examinar las alternativas de solución ante las frustraciones dogmáticas como político-criminales en la materia. Así, el derecho probatorio, la modificación de la doctrina del doble dolo y la teoría de la ignorancia deliberada resultan posibilidades atractivas para abordar la controversia. La primera sugiere, a través de la regla de la experiencia, atribuir al ad-

ministrador de derecho todos los conocimientos que su función en principio demanda. No obstante, no consideramos idónea aplicar esta solución en abstracto, sino discernir si es procedente en cada caso concreto, pues no puede obviarse que el administrador formal suele ser en muchos casos un hombre de paja que no cuenta con el grado de conocimiento sobre el mundo de los negocios como el gestor de hecho.

Por otro lado, la modificación de la doctrina del doble dolo supone un cambio dogmático que acarrea problemas de proporcionalidad, en cuanto propicia un trato equivalente a quien tiene pleno conocimiento de su actuar delictivo y aquella persona que sospecha que su contribución hace parte de un plan criminal, sin representarse en concreto un tipo penal en específico. De igual manera, esta modificación supondría que, en ciertos casos, la aplicación resulte excesiva frente a la imputación a título de dolo a aquellos partícipes que, sospechando su propia colaboración a un hecho antijurídico, se ven implicados en la comisión de un resultado de mayor lesividad —por ejemplo, el homicidio—.

En cambio, consideramos idónea la aplicación de la doctrina de la ignorancia deliberada, aunque suponga los mismos obstáculos de proporcionalidad y legalidad aplicables al doble dolo. Lo cierto es que en algunos escenarios parece justificado el castigo a aquellas personas que profesionalmente se dedican a la administración formal, quienes, sospechando su colaboración a un hecho antijurídico, optan por situarse en un estado de desconocimiento deliberado con la finalidad de no resultar impregnados de un conocimiento suficiente que posibilite su vinculación posterior a un proceso penal.

Entonces, consideramos que con su correcta aplicación se estará más cerca de lograr disuadir eficazmente la materialización de los escenarios delictivos descritos, de conformidad con la finalidad preventiva de la pena en Colombia y demás lineamientos de política criminal sentados por el legislador nacional. Así, se acatará su posición de nula tolerancia frente a las conductas que impliquen la desviación de intereses en el sector empresarial por parte de quienes ostentan cierta reputación en el mismo y deciden abusar de ella.

Finalmente, para efectos de eliminar el problema de proporcionalidad que conllevaría la aplicación de la ignorancia deliberada, coincidimos en que lo más acertado resultaría consagrar positivamente esta figura en nuestra legislación. De este modo, esta tipificación puede contemplar una sanción acorde y en todo caso menor a las que se predicen de las distintas formas del dolo, en debida aplicación del principio de proporcionalidad y demás normas rectoras que subyacen al ordenamiento penal colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-330 de 2007. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-319 de 1996. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-430 de 1996. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación No. 38254 de 2012. Magistrado ponente: Javier Zapata Ortiz.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación No. 32964 de 2010. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-621 de 2003 del 29 de julio del 2003. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

- España, Tribunal Supremo, STS 922/2005 del 24 de noviembre de 2005: José Antonio Seijas Quintana.

DOCTRINA

- Borrás de Quadras, Álvaro Espinós. *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, Madrid: Editorial Bosh, 2005.
- Castaño Duque Germán, “Teoría de la agencia y sus aplicaciones”, *Universidad Nacional de Colombia*, (1999): 7, <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/11079>
- Charlow, Robin. “Wilful Ignorance and Criminal Culpability” *Texas Law Review*, 70 n.º 6 (1992): 1351-1429. URL https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/754/
- Fernández Castejón, Elena B. “Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* n.º 21 (2019): 1-35. URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7197294>
- Ferré Olivé, Juan C. “Sujetos responsables en los delitos societarios” *Revista Penal* n.º 1 (1998): 21-30. URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=196207>

Pinzón, Gabino *Sociedades comerciales*, Bogotá: Temis, 1988.

García Caveró, Percy. “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular” *IDret, Revista para el análisis del derecho* n.º3 (2006): 1-12. URL: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/121391>

Gil Nobajas, María S. “Delimitación conceptual y atribución de responsabilidad penal del administrador de derecho: una revisión doctrinal desde la jurisprudencia”, *Revista de derecho penal y criminología* n.º10 (2013): 115-154. URL: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalCriminologia-2013-10-4015/Documento.pdf>

Guio Díaz, Daniel Santiago. “Colombia, en transición hacia el dolo normativo” *Primera Línea*, 15 de junio de 2018, acceso el 24 de septiembre de 2021, 13. URL: <http://www.mpapenalcorporativo.com/wp-content/uploads/2018/06/Columna-de-interes-2-1.pdf>.

Hernández Martínez, William Dávid. “Los supuestos de aplicación del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada”, Universidad Sergio Arboleda, (2012) URL: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v14n2/v14n2a09.pdf>

Herrera Velarde, Eduardo. “El Testamento: Notas Distintivas” URL: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5XKQPwbVLAoJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792492.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=safari>

Houin, Roger. “Rapport general sur les situations de fait”, *Trabajos de la Asociación Henri Capitant*, XI, (Paris, 1960).

Jakobs, Günther. “Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas” *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45 (1992): 213-234. URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46403>

Medina Frisancho, José Luis “La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del derecho penal” (2010), 55-76 URL: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110307_01.pdf.

Muñoz Cuesta, Javier. “Los administradores de hecho y de derecho”, *Centro de estudios Jurídicos*, (2017): 3-23, URL: <https://www.fiscal.es/documents/20142/100458/Poencia+Javier+Muñoz+Cuesta.pdf/34cf2be6-c722-f247-174d-c8eba7a20d2a>.

Pabón Gómez, Germán. *De la Censura de Indicios en Casación Penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2020

Pérez Cepeda, Ana I. “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista penal* n.º9 (2002): 106-121. URL: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12627/Criminalidad.pdf?sequence=2>

Quintero Olivares, Gonzalo. “Sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal (cuestiones generales)”, *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, (1996): URL: <https://dialnet.unirioja>.

es/servlet/autor?codigo=16816.

Ragués i Vallès, Ramón. “La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva” *Revista para el análisis del derecho* n.º3 (2021): 1-28. URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2700332>

Ramírez, Valentina. “Régimen de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades Comerciales en Colombia y su incidencia en el Compliance” Trabajo de Grado. Universidad del Rosario, 2021. URL: <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/31159>

Remon Peñaver, Álvaro, Flores Cacho Damián. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 287 del Código Penal*. Barcelona: Editorial Bosch, 2017.

Reyes Cuartas, Alfonso “El delito socioeconómico en el derecho penal colombiano”, *Jurídicas* 3, n.º2 (2006): 83-110. URL <https://www.redalyc.org/pdf/1290/129016868004.pdf>

Ruiz, Carmen E., Córdoba Angulo, Miguel, “Teoría de los fines de la pena”, En *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.^a ed. Compilado por Marco Robayo, 343-405. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019

Torres Tópaga, William F. “Autoría en los Delitos de Infracción de Deber”. *Revista para la Universidad Externado*, URL: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1024/968>.

Velásquez Fernando. *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018.

LEYES

Ley 222 de 1995, 20 de diciembre de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 42.156

Ley 599 de 2000, 24 de julio de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial* 44.097

Proyecto de Ley 142 de 2010, 7 de septiembre de 2010. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. *Gaceta del Congreso de la República*, n° 607.

ALGUNAS TENSIONES ENTRE UN DERECHO PENAL EXPANSIVO Y LA NEGACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA*

JUAN PABLO PANTOJA RUIZ**, ALEXANDRA CHAPARRO, ANTONIA RESTREPO LÓPEZ, FELIPE FAJARDO VALENZUELA, JUAN LOMBANA GARAVITO, LAURA CUBIDES GUTIÉRREZ, MARÍA CAMILA HARTMANN MELO, MARIANA BRAVO MORENO, NICOLE PEARL REYES, SHEILA NATHALIA SOLORZA***

CON EL ACOMPAÑAMIENTO DE LOS PROFESORES JOSÉ FERNANDO MESTRE ORDÓÑEZ
Y LUIS FELIPE BOTERO CÁRDENAS

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 6 de diciembre de 2021.

RESUMEN

El actual protagonismo de las personas naturales, inclusive en el derecho penal, se ha visto cuestionado por la paulatina relevancia económica y jurídica contemporánea de las personas jurídicas. De cara a este cambio de paradigma, este artículo académico estudia la controversia que produce la máxima *societas delinquere non potest* frente a la cada vez más notoria incorporación de un derecho penal expansivo, su vigencia y los intentos que han existido por derogarla en el ordenamiento jurídico nacional. Para ello, estudia conceptos propios del derecho penal económico y luego brinda un recuento histórico acerca de la responsabilidad penal empresarial en el derecho colombiano. A continuación se ocupa de tres situaciones concretas en las que las personas jurídicas se relacionan con el derecho penal: i) la inhabilidad por extensión para contratar a la persona jurídica por delitos cometidos por sus directivos, ii) la suspensión y cancelación de la personería jurídica y iii) la vinculación como civilmente responsable en el incidente de reparación integral. Estos tres fenómenos son analizados en forma crítica desde los principios constitucionales que rigen el derecho penal. Finalmente, se proponen algunas conclusiones, y en particular se afirma que la negativa a incorporar un régimen claro y coherente de responsabilidad para las personas jurídicas ha terminado por vincular estas, de facto, al derecho penal nacional.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, Derecho Penal de Autor, Inhabilidad por Extensión, *societas delinquere non potest*, expansión del derecho penal.

* Revisión de tema

** Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Semillero en Derecho Penal Económico de la Pontificia Universidad Javeriana y del Centro de Estudios en Derecho Procesal—CEDEP. Correo electrónico: pantoja.j@javeriana.edu.co.

*** Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana y Miembros del Semillero de investigación en Derecho Penal Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo: j.mestre@javeriana.edu.co.

SOME TENSIONS BETWEEN AN EXPANSIVE CRIMINAL LAW AND THE DENIAL OF CORPORATE CRIMINAL LIABILITY IN COLOMBIA*

JUAN PABLO PANTOJA RUIZ**, ALEXANDRA CHAPARRO, ANTONIA RESTREPO LÓPEZ, FELIPE FAJARDO VALENZUELA, JUAN LOMBANA GARAVITO, LAURA CUBIDES GUTIÉRREZ, MARÍA CAMILA HARTMANN MELO, MARIANA BRAVO MORENO, NICOLE PEARL REYES, SHEILA NATHALIA SOLORZA***

WITH THE ACCOMPANIMENT OF PROFESSORS JOSÉ FERNANDO MESTRE ORDÓÑEZ
AND LUIS FELIPE BOTERO CÁRDENAS

Received: september 30, 2021. Accepted: december 6, 2021.

ABSTRACT

The current prominence of natural persons, even in criminal law, has been challenged by the gradual contemporary economic and legal relevance of legal persons. In view of this paradigm shift, this paper studies the controversy produced by the maxim *societas delinquere non potest* in the face of the increasingly notorious incorporation of an expansive criminal law, its validity and the attempts that have been made to repeal it in the national legal system. To this end, it studies concepts of economic criminal law and then provides a historical account of corporate criminal liability in Colombian law. Then deals with three specific situations in which legal entities are related to criminal law: i) the disqualification by extension of the legal entity for crimes committed by its members, ii) the suspension and cancellation of the legal personality and iii) the linking as civilly liable in the incident of integral reparation. These three phenomena are critically analyzed from the constitutional principles governing criminal law. Finally, some conclusions are proposed, and it is stated that the refusal to incorporate a clear and coherent liability regime for legal persons has ended up binding them, de facto, to national criminal law.

KEY WORDS

Corporate Criminal Liability, Criminal Law of Author, Disqualification by Extension, *societas delinquere non potest*, criminal law expansion.

* Topic review

** Lawyer from the Pontificia Universidad Javeriana. Specialist in Criminal and Criminological Sciences from Universidad Externado de Colombia. Member of the Economic Criminal Law Research group of the Pontificia Universidad Javeriana and of the Center for Studies in Procedural Law (CEDEP). Email: pantoja.j@javeriana.edu.co.

*** Law students of the Pontificia Universidad Javeriana and Members of the Economic Criminal Law Research Group of the Pontificia Universidad Javeriana. Email: j.mestre@javeriana.edu.co.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho penal moderno, junto con sus categorías dogmáticas, ha sido desarrollado en torno a la persona natural, de carne y hueso⁰¹. Sin embargo, la protagonista contemporánea de la actividad económica y jurídica es sin lugar a duda la persona jurídica, que paulatinamente ha desplazado a la persona natural de dicho ámbito, tanto a nivel nacional como internacional (especialmente en este último). Múltiples estudios económicos y jurídicos dan cuenta de esta realidad e inclusive algunos teóricos como Reyes Villamizar, Vermeulen y Mahoney—partiendo de esta premisa, es decir, de la relevancia económica del sector privado por medio de instrumentos corporativos—abogan por la delimitación clara de las normas que gobiernan la incorporación, desarrollo y liquidación de las personas jurídicas, por su innegable impacto en la economía de un Estado y que estas sean lo menos intrusivas posibles⁰².

En ese sentido, y toda vez que el control social es condición de la vida en sociedad y el derecho es herramienta estatal para su realización, entender la responsabilidad de actores actualmente protagonicos, como lo son las personas jurídicas, es un imperativo⁰³. Sin embargo, al menos respecto de la óptica del derecho penal, las respuestas modernas para combatir los fenómenos delictivos cometidos a través (o inclusive directamente por) las personas jurídicas parecen ser insuficientes, dando lugar a que se discuta sobre la posible existencia de una omisión legislativa en torno a este respecto, haciendo plausible el estar frente a un fenómeno de “*irresponsabilidad organizada*” (*Organisierte unverantwortlichkeit*)⁰⁴.

01 Alfonso Reyes Echandía, *Derecho Penal*, 11 Edición (Bogotá: Editorial Temis, 2017), 2.

02 Cfr. Francisco Reyes Villamizar y Erik P. M. Vermeulen, “Company Law, Lawyers and ‘Legal’ Innovation: Common Law versus Civil Law”, *SSRN Electronic Journal*, 2011, 39, <https://doi.org/10.2139/ssrn.1907894>; Paul G. Mahoney, “The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right”, *The Journal of Legal Studies* 30, núm. 2 (junio de 2001): 503–25, <https://doi.org/10.1086/322053>. Bajo esta premisa estos autores concluyen en favor de las instituciones del common law y el pragmatismo que permea las mismas.

03 Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, Primera Ed (Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2012).

04 John A. E. Vervaele, “Societas/universitas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ed. Miguel Ontiveros Alonso, Primera Ed (Editorial Tirant Lo Blanch, 2014),

Ante esta realidad, múltiples Estados han optado por legislar normas de inspiración principalmente británicas y estadounidenses, de cara a incorporar regímenes encaminados a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁰⁵. No obstante, esta extrapolación de normas, que muchas veces se mezclan junto con disposiciones propias de la legislación europea-continental, genera que el trasplante legal—para usar los términos de Alan Watson y las dificultades evidenciadas por el jurista escocés—no sea satisfactorio, sino que, por el contrario, incorpore instituciones jurídicas incompatibles con la tradición local, o peor aún, incompatibles entre sí mismas⁰⁶.

En 1996, Vikramaditya S. Khanna identificó cuatro problemas esenciales a la criminalización de empresas que, 25 años después, aún resultan ciertamente relevantes (con los matices propios de la dogmática nacional)⁰⁷. Estos pueden resumirse así: i) la dificultad que se desprende en atribuir una acción a un ente ficticio como lo es una persona jurídica o una corporación (en este texto las palabras serán usadas como equivalentes)⁰⁸; ii) como predicar dolo (intent), la culpa y/o la culpabilidad de dicha actuación en caso de poder atribuirse; iii) superar la teoría *ultra vires*, de conformidad con la cual una sociedad actúa dentro del ámbito de su objeto social que, a pesar de poder ser indeterminado, siempre deberá ser legal⁰⁹ y iv) si debiesen modificarse los estatutos procesales para poder procesar a una persona jurídica, como recientemente experimentó España.

El Estado colombiano aún no se suma a esa tendencia legislativa, y puede afirmarse—no sin controversia—que en el ordenamiento penal colombiano aún rige la máxima *societas delinquere non potest* (de conformidad con la cual las sociedades no pueden delinquir, conforme se explicará a continuación), establecida por la Iglesia Católica bajo el mando del Papa Inocencio IV (Sinibaldo de

Pág 200.; Bernd Schünemann, “La responsabilidad penal de las empresas: Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ed. Miguel (Coordinador) Ontiveros Alonso (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2014), 497–522.

05 Anthony O. Nwafor, “Corporate Criminal Responsibility: A Comparative Analysis”, *Journal of African Law* 57, núm. 01 (el 1 de abril de 2013): 84, <https://doi.org/10.1017/S0021855312000162>.

06 Alan Watson, *Legal transplants an approach to comparative law*, Segunda Ed (Athens: The University of Georgia Press, 1974).

07 V.S. Khanna, “Corporate Criminal Liability : What Purpose Does It Serve ?”, *Harvard Law Review* 109, núm. 7 (1996): Pág 1480.

08 Si bien en Colombia una corporación es una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, en el presente texto—que no plantea un análisis exegético sobre derecho colombiano—se utiliza en sentido más coloquial, usándola como sinónimo de sociedad.

09 Sobre la teoría *ultra vires* en el derecho colombiano y su potencial relación con el derecho penal, ver: Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tercera Ed (Bogotá: Editorial Temis, 2016); Francisco Reyes Villamizar, *La sociedad por acciones simplificada*, Cuarta Edi (Bogotá: Legis Editores, 2018); Néstor Humberto Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Bancario colombiano*, Primera Ed (Bogotá: Legis Editores, 2000); Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita María Ospina Perdomo, *Derecho penal societario*, Primera Ed (Bogotá: Universidad del Rosario, 2018), <https://doi.org/10.12804/tj9789587840414>.

Fieschi) según una teoría, o por Franz von Liszt en 1881, según la otra¹⁰. Pero, por otra vía, Colombia ha venido enfrentándose a un derecho penal expansivo, permeado muchas veces por el populismo punitivo, a través del cual cada vez más el derecho penal interviene en esferas que le eran extrañas hace unas pocas décadas: la competencia, el sector financiero, el sector empresarial y el ámbito tributario, por mencionar algunos¹¹.

Esta evidente tensión entre la vigencia de la máxima *societas delinquere non potest* y la expansión del derecho penal, al que cada vez se recurre más para regular fenómenos delictivos que son cometidos por medio o directamente por personas jurídicas, tiene la potencialidad de producir efectos indeseables. Lo cierto es que existe una indudable voluntad política—nacional e internacional—encaminada a castigar fenómenos delictivos, principalmente ligados a la corrupción, que vinculen a las personas jurídicas. Por ello, las personas jurídicas no son ajenas al derecho penal, sino que a estas se les aplica cada vez más un régimen derivado o por extensión, que de facto se ha ido incorporando al ordenamiento jurídico colombiano.

Para abordar esta problemática, el presente artículo académico—cuyo enfoque principal es la revisión sobre el estado del arte—pretende discutir sobre si verdaderamente en Colombia se prescinde de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o si, por el contrario, estas se han vinculado *de facto* al derecho penal. Es decir, sobre si las personas jurídicas se vinculan “por los lados” al derecho penal. Para ello analiza algunos conceptos claves relativos a la construcción del derecho penal económico y su conceptualización como subrama del derecho penal, luego estudia la regulación colombiana respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una vez decantado el estado del arte general, analiza tres ejemplos concretos de vinculación de personas jurídicas al derecho penal: la (i) la inhabilidad permanente para contratar con el Estado cuando sus directivos hayan sido condenados por fenómenos relativos a la corrupción, (ii) el incidente de reparación integral al que es vinculado una persona jurídica y (iii) la cancelación de la personería jurídica. Esto de cara a identificar su cumplimiento con los estándares dogmáticos vigentes del derecho penal colombiano. Finalmente, se proponen algunas conclusiones.

¹⁰ Klaus Tiedemann, “Corporate Criminal Liability as a Third Track”, en *Regulating Corporate Criminal Liability* (Cham: Springer International Publishing, 2014), Pág 15., https://doi.org/10.1007/978-3-319-05993-8_2. Respecto de la doctrina que atribuye dicha máxima al Franz von Liszt en 1881. Ver: Victor Martínez Patón, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas la doctrina Societas Delinquere Non Potest*. (Buenos Aires: Editorial B de f, 2019).

¹¹ Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Tercera Ed (Madrid: Editorial Edisofer, 2011); Edison Carrasco Jiménez, “La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal”, *Derecho Penal Contemporáneo-Legis Colombia*, núm. 54 (2016): 147–94, http://legal.legis.com.co/document.legis?fn=content&vistaprevia=1&docid=rpenal&ctxid=rpenal_ob84a507275046adaa4f3310ceb53481&fnpipeline=DOC_HIGHLIGHTER#bfr138866bea31f44a40bc849de9be47d8cf9f9.

2. REFERENTES TEÓRICOS EN MATERIA DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

Como se evidenció en la introducción, el análisis propuesto supone el contraste entre varias tendencias evidenciadas al interior del derecho penal. Por ello, es imperioso dotarlas de contenido y alcance, previo a usar las mismas en el resto del artículo.

2.1. EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

A. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Tradicionalmente el derecho penal ha tenido como eje a las personas naturales y se ha enfocado en los bienes jurídicos que a ellas atañen. Sin embargo, como consecuencia de la relevancia que han tenido las personas jurídicas en las actividades cotidianas—y con ocasión de su creciente papel en la realización de distintos crímenes—el derecho penal ha logrado salir de su “zona de confort” y extenderse hacia otras realidades sociales. El concepto de expansión del derecho penal ha sido abordado por varios autores, entre ellos por Jesús María Silva Sánchez, quien lo define como *“la aparición de nuevos bienes jurídicos —de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes—, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal”*¹². En otras palabras, este fenómeno implica el desplazamiento del derecho penal a nuevos ámbitos de acción.

En similar sentido, Edison Carrasco Jiménez hace alusión al concepto estudiado como “[e]l aumento del derecho penal en los delitos socioeconómicos”, fenómeno que obedece al propósito de sancionar conductas que tradicionalmente no han sido objeto de estudio por parte del derecho penal, pero que sin duda lesionan o ponen en peligro a los bienes jurídicos tutelados¹³. Pero este aumento no puede ser indiscriminado, sino que es necesario distinguir entre la expansión razonable y la irrazonable¹⁴.

La primera es aquella que busca, entre otras cosas, sancionar las conductas que lesionan o ponen en peligro tanto bienes individuales como supraindividuales que requieran, necesariamente, protección del derecho penal a raíz del surgimiento de nuevos riesgos. Por el contrario, la expansión

¹² Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Tercera Ed (Madrid: Editorial B de f - Edisofer, 2011), Página 25.

¹³ Edison Carrasco Jiménez, “El concepto de ‘expansión’ del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de ‘inflación’ penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 37 (2017): Pág 71, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5892008&orden=0&info=link>.

¹⁴ Carrasco Jiménez, “La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal”; Andrés Luis Callegari, “Crimen organizado y su tipificación en el contexto de la expansión del Derecho Penal”, *Revista de Derecho*, núm. 12 (2013): 133–58, <https://doi.org/10.5377/derecho.voii2.1005>.

irrazonable ocurre en aquellas situaciones (entre otras más) en donde se da un aumento de los delitos socioeconómicos en los cuales se impone por el legislador penas privativas de la libertad o cuando se sancionan conductas que no lesionan el orden económico de una manera relevante¹⁵.

B. ALGUNAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Si bien existen distintas causas y explicaciones para la expansión del derecho penal, conforme con Jesús María Silva Sánchez, este es una respuesta estatal a los riesgos postindustriales—no tradicionales—y a las nuevas formas de criminalidad, que gira sobre tres bloques: i) la producción y generalización de “nuevos riesgos”, ii) dificultad para imputar dichos riesgos a una persona (natural o jurídica) individual y iii) el sentimiento de inseguridad que generan los nuevos riesgos en el conglomerado social¹⁶.

Sin embargo, a pesar de ser un fenómeno interesante, no debe perderse de vista la problemática que acarrea e identifica María Dolores Serrano Tárraga al establecer que esta característica del derecho penal moderno va en contravía de los postulados del derecho penal de la ilustración y el derecho penal liberal, como lo son el derecho penal de última ratio y la mínima intervención, entre otros¹⁷. De igual manera José Luis Díez Ripollés expone la forma como el ciudadano se observa a si mismo vulnerable frente a la criminalidad, y demanda intervención penal, favoreciendo las nuevas formas de penalización y con ello a las manifestaciones expansionistas del derecho penal¹⁸.

C. TOMA DE POSTURA ¿ES PROVECHOSO CONTAR CON UN DERECHO PENAL EXPANSIVO?

Los autores consideramos que cierto grado de expansión en el ámbito penal—con los correspondientes debates dogmáticos y político criminales—es necesario, porque un derecho penal moderno no puede regular de manera eficiente las dinámicas criminales del Siglo XXI y, en particular, la criminalidad

¹⁵ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2011; Carrasco Jiménez, “La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal”; Julio César Montáñez-Ruiz, “El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo”, *Estudios Socio-Jurídicos* 12, núm. 1 (2010), <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1193>.

¹⁶ Callegari, “Crimen organizado y su tipificación en el contexto de la expansión del Derecho Penal”.

¹⁷ María Dolores Serrano Tárraga, “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA: LA TUTELA PENAL DE LOS MERCADOS FINANCIEROS”, *Revista de derecho (Valdivia)* 18, núm. 1 (julio de 2005), <https://doi.org/10.4067/S0718-09502005000100009>.

¹⁸ José Luis Díez-Ripollés, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 06 (2004): Página 10., <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.

organizada y transnacional¹⁹. A pesar de ello, es necesario abordar de forma crítica el fenómeno expansionista, puesto que la responsabilidad penal de personas jurídicas, la administración desleal, la corrupción privada y otros delitos económicos pueden ser susceptibles de ser atendidos por vías administrativas o privadas, sin necesidad de congestionar el aparato penal aún más.

2.2. DERECHO PENAL DE AUTOR Y DERECHO PENAL DE ACTO

En diferentes ocasiones el derecho penal ha entrado en la discusión de determinar hasta qué punto el elemento de personalidad es determinante a la hora de imponer una pena. De cara a explicar penas o sanciones impuestas sin respetar integralmente el principio de culpabilidad—o inclusive prescindir íntegramente del mismo—, es decir, cuando no haya una exigencia normativa que un individuo haya contravenido en forma libre y consciente, la doctrina ha acuñado el término «derecho penal de autor». Para efectos de este escrito, será una manifestación de derecho penal de autor *cualquier pena que se imponga a una persona no por sus actos sino por la persona que ha cometido el delito*²⁰. Por tanto, estaremos frente a una conducta susceptible de ser calificada como constitutiva de un régimen propio de derecho penal de autor cuando no se distinga entre crimen y criminal, e inclusive cuando éste último adquiera dicha condición sin haber actuado, únicamente en virtud de su peligrosidad.

2.3. SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

En tercer lugar, es fundamental analizar el principio *societas delinquere non potest* el cual, además de ser la regla general en el ordenamiento jurídico colombiano, es en palabras de Francisco Bernate Ochoa la máxima fundamental de los sistemas que niegan la responsabilidad penal de las personas jurídicas²¹. Su origen se remonta al derecho romano, época en la cual la reacción penal partía de la base de una venganza de sangre, tal como lo dispone María Del Carmen Vasco Mogorrón²². Sin embargo, no puede perderse de vista un periodo fundamental para el desarrollo del principio objeto de estudio: la revolución industrial, puesto que este periodo trajo consigo no solo la creación de empresas y agrupaciones de personas, sino también la comisión de delitos por medio de estas personas jurídicas.

19 Cfr. Paula Andrea Ramírez Barbosa, “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: ‘Compliance’, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso ODEBRECHT.”, en *Desafíos del Derecho Penal en la Sociedad del Siglo XXI. Homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.*, ed. Paula Andrea Ramírez Barbosa (Bogotá D.C.: Editorial Temis - Universidad Católica de Colombia, 2018), 3–44.

20 George P. Fletcher, *Gramática del Derecho Penal* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007), 65.

21 Francisco Bernate Ochoa, *Las personas jurídicas frente al derecho penal colombiano* (Bogotá: Colegio de Abogados Penalistas de Colombia, 2020), <https://drive.google.com/file/d/1vG5V4UcCGad5oZhXNpVVC4XbzFRunked/view>.

22 María del Carmen Vasco Mogorrón, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español a partir del Nuevo Código Penal Español”, *Derecho & Sociedad* o, núm. 14 SE-Artículos (el 2 de mayo de 2000), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17215>.

A nivel doméstico, Fernando Velásquez ha resumido los principales fundamentos de la doctrina de la siguiente forma²³:

- (i) Las agrupaciones son sujetos artificiales que deben su razón de ser al legislador pero, en realidad, no contienen voluntad personal (teoría de la ficción);
- (ii) Las personas colectivas obran por medio de sus órganos y responden por sus actos únicamente cuando estos se encuentran desarrollados en el marco de su objeto social—teoría ultra vires—, por lo que fuera de dicho ámbito solo hay lugar a responsabilidad individual²⁴;
- (iii) La persona jurídica no puede comportarse culpablemente puesto que no cuenta con las capacidades síquicas para ello;
- (iv) En materia penal la sanción necesariamente ha de ser individual, no colectiva, porque esta se basa en la culpabilidad;
- (v) La responsabilidad penal se basa en un esquema de escalas causales sucesivas y el comportamiento culpable del actor individual, esquema en el cual no puede comprenderse o adecuarse la complejidad de los actos de una persona colectiva; y
- (vi) Las personas jurídicas carecen de capacidad procesal en la medida en que muchos actos como—la declaración, el careo, la medida de aseguramiento etc.—se predicen exclusivamente de personas naturales.

2.4. SÍNTESIS SOBRE LOS PRINCIPALES MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

La relativa novedad y polémica de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (en adelante “RPPJ”) ha hecho que, por vía tanto doctrinaria como legislativa, se hayan creado una multiplicidad de modelos encaminados a sentar las reglas de atribución de responsabilidad. La mayoría de los académicos que estudian la materia confluyen en que existen dos modelos principales: uno vicarial o de heterorresponsabilidad, donde el reproche se traslada de una persona natural a la persona jurídica y uno de autorresponsabilidad o responsabilidad originaria, en donde el reproche jurídico penal nace directamente en la persona jurídica y no en uno de sus subordinados²⁵.

Gráficamente esto puede manifestarse así:

23 Fernando Velásquez Velásquez, “La responsabilidad penal de los entes colectivos en el derecho colombiano - A propósito del Artículo 2 de la Ley 365 de 1997”, *Derecho Penal y Criminología* 19, núm. 62 (1997): 31-46.

24 Sobre el particular: Cfr. Reyes Villamizar, *Derecho Societario*.

25 Bernate Ochoa, *Las personas jurídicas frente al derecho penal colombiano*; Günther Heine et al., “Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas” (Bogotá, Colombia: Editorial Ara, 2012).

Modelos de Heterorresponsabilidad		Modelos de Autorresponsabilidad	
Modelo Vicarial	Teoría de la Identificación	Teoría de la Agregación	Modelo de Autorresponsabilidad Puro

Tabla 1. Autoría Propia

Como se ve, estos modelos no son claramente diferenciables entre sí, sino que pueden identificarse varios submodelos, que a continuación se detallan (en forma sumaria):

A. MODELO VICARIAL, DERIVADO O DE *RESPONDEAT SUPERIOR*

El modelo vicarial es no solo el primer modelo que surgió para trasladar la responsabilidad penal de una persona natural a una ficción colectiva, como lo es una persona jurídica, sino tal vez el más importante históricamente. Inclusive varios teóricos, como Gerhard O. W. Mueller, señalaban en el Siglo XX que la responsabilidad penal empresarial era una forma (especie) del sistema de responsabilidad vicarial²⁶. Gracias a este modelo, la teoría de la ficción fue abandonada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos por medio de la famosa decisión *New York Central & Hudson River Railroad Company, Plff. In Err., V. United States*²⁷, de 1909 que, la cual a pesar de no haber sido la primera decisión en ese sentido, sí ha sido la históricamente más trascendente.

Esta teoría parte de la doctrina del *respondeat superior*²⁸, desarrollada en el seno del derecho civil y luego trasladada al ámbito penal, de conformidad con la cual será un delito atribuible a una compañía cuando la acción que lo origina sea desarrollada “[por un empleado] en el marco del empleo y con la intención de beneficiar a la compañía”²⁹. Bajo esta lógica será penalmente responsable la persona jurídica cuando se acredite³⁰:

- (i) Que una persona vinculada a una persona jurídica ha incurrido en un comportamiento ilegal (actus reus) con un determinado estado culpable (*mens rea*);
- (ii) Que el agente haya actuado en el marco de su empleo (en ejercicio o con ocasión de su

26 Gerhard O.W. Mueller, “Mens Rea and the Corporations - A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability”, *University of Pittsburgh Law Review* 19, núm. 1 (el 7 de noviembre de 1957): Pág 47., <https://doi.org/10.1088/1751-8113/44/8/085201>.

27 22 Ill.212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed. 613 (1909)

28 Nwafor, “Corporate Criminal Responsibility: A Comparative Analysis”, el 1 de abril de 2013.

29 Mihailis Evangelos Diamantis, “Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment”, *Iowa Law Review* 103 (2018): Pág 34.

30 Khanna, “Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?”, Pág 1489.

cargo); y

(iii) Que el agente haya pretendido—no necesariamente logrado—beneficiar a la compañía. Es decir, no haya actuado en beneficio propio sino en el de la persona jurídica.

Como se ve, los elementos materiales y mentales del delito se predicán de la persona natural, que posteriormente *transfiere* su responsabilidad a la persona jurídica, permitiendo valorar las categorías dogmáticas en un sentido relativamente tradicional³¹. Por ello a este modelo se le denomina como de responsabilidad derivada. Una detallada exposición sobre este modelo, en su versión más pura, puede hallarse en decisión *United States of America v. Twentieth Century Fox Film* de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos³².

B. TEORÍA DE LA IDENTIFICACIÓN O MODELO DE *ALTER EGO*

Conforme con esta teoría, solo los administradores y empleados con cierta jerarquía al interior de la compañía—posiblemente personal de dirección, confianza y manejo—pueden comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica. Es decir, es una aplicación del modelo vicarial, pero circunscrita no a toda la organización, sino únicamente a un selecto grupo de empleados, puesto que se entiende que éstos reflejan de forma más clara la conciencia y voluntad de la compañía y, por tanto, son los únicos que pueden actuar transfiriendo la culpabilidad a esta (*mens rea*)³³.

Esta doctrina fue expresamente aplicada por la Casa de los Lores del Reino Unido, en 1971, en la muy famosa decisión *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*³⁴. En esta providencia indicó la Cámara³⁵:

Una empresa puede compararse en muchos aspectos con un cuerpo humano. Tiene un cerebro y un centro nervioso que controla lo que hace. También tiene manos que sostienen las herramientas y actúan de acuerdo con las instrucciones del centro. Algunas personas de la empresa son meros sirvientes y

³¹ Vanessa Franssen, “The EU’s Fight Against Corporate Financial Crime: State of Affairs and Future Potential”, *German Law Journal* 19, núm. 5 (el 6 de octubre de 2018): Pág 1238, <https://doi.org/10.1017/S2071832200023014>. especialmente since the financial crisis of 2008, one would expect that the Union has also been strengthening its grip on national law with respect to corporate financial crime. Instead, this Article finds that the EU approach to corporate financial crime has actually not evolved that much over the past two decades. Moreover, this Article demonstrates that EU law still fails to sufficiently take into account the specific features of corporate entities (as opposed to individuals)

³² *United States of America, Appellee, v. Twentieth Century Fox Film Corporation, Defendant-appellant*, 926 F.2d 227 (2d Cir. 1991)

³³ Gert Vermeulen, Wendy De Bolt, y Charlotte Ryckman, *Liability of legal persons for offences in the EU*, 1^o Ed, (Antwerpen: Maklu-Publishers, 2012), Pág 57.

³⁴ *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass*: HL 31 Mar 1971

³⁵ Traducción libre hecha por los autores. Cfr. Anthony O. Nwafor, “Corporate Criminal Responsibility: A Comparative Analysis”, *Journal of African Law* 57, núm. 01 (el 1 de abril de 2013): 85..

agentes que no son más que las manos para hacer el trabajo y no se puede decir que representen la mente o la voluntad. Otros son directores y gerentes que representan la mente y la voluntad directora de la empresa, y controlan lo que ésta hace. El estado de ánimo de estos directivos es el estado de ánimo de la empresa y es tratado por la ley como tal. (Se destaca)

Es así como esta hipótesis confía en la noción de *personificación de la persona jurídica*, de conformidad con la cual ciertos sujetos pueden ser considerados como órganos corporativos de esta para evitar una aplicación extensiva del principio de *respondeat superior* y entender que el deber de vigilancia únicamente se predica, en materia penal, de altos funcionarios³⁶. Sin embargo, al igual que en la doctrina vicarial, la persona natural ha de ser individualizada y su conducta valorada para, luego si, transferirla a la persona jurídica.

C. TEORÍA DE LA AGREGACIÓN O CONOCIMIENTO COLECTIVO

En tercer lugar, la doctrina ha desarrollado la teoría de la agregación, que se concentra en el comportamiento acumulado, sistemático y reiterado que facilita o concluye en la comisión de un delito. Es decir, la suma de múltiples individuos—con independencia de su cargo en la compañía—produce una conciencia colectiva susceptible de análisis bajo la óptica del derecho penal, no un único sujeto³⁷. Esta suma puede considerarse como atribuible a la persona jurídica, pues refleja la cultura corporativa de la misma, que permitió que una serie de comportamientos se acumularan en forma sistemática³⁸.

Este modelo fue aplicado y debidamente explicado por la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos en *United States v. Bank of New England*³⁹. En este caso, el Banco de Nueva Inglaterra fue procesado por haber violado la Ley de Información sobre Transacciones Monetarias puesto que, bajo dicha norma, los Bancos debían realizar un Informe Sobre Transacciones Monetarias

36 Eli Lederman, “Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity”, *Buffalo Criminal Law Review* 4, núm. 1 (el 1 de abril de 2000): Pág 655, <https://doi.org/10.1525/nclr.2000.4.1.641>.

37 Sobre este modelo y justificación ver: Brent Fisse y John Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability* (Cambridge University Press, 1994), Pág 31, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511659133>; William S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, *Corporate Bodies and Guilty Minds* (University of Chicago Press, 2006), <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226470429.001.0001>; Carlos Gómez-Jara Díez, “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivo sea de autorresponsabilidad penal empresarial”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2014, 177–206.

38 Anthony Ragozino, “Replacing the Collective Knowledge Doctrine with a Better Theory for Establishing Corporate Mens Rea: The Duty Stratification Approach”, *Southwestern University Law Review* 24 (1994): Pág 425, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/swulr24&i=433>.

39 *United States v. Bank of New England*, N.A - 821 F.2d 844 (1st Cir. 1987)

ante el Departamento del Tesoro en un período máximo de 15 días cuando las operaciones de un cliente sobrepasaran los \$10,000 USD. Sin embargo, el Banco omitió hacer dicho reporte—lo cual era concebido como un delito por la mencionada ley—cuando el señor James McDonough retiró una suma superior, mediante más de 30 operaciones con cheques que se presentaron a cajeros distintos y en momentos separados. A pesar de que el Banco afirmó que no se podía atribuir responsabilidad por la forma en la que se dividió el trabajo en múltiples cajeros, la judicatura afirmó que⁴⁰:

*Hay que considerar el banco como una institución. Como tal, **sus conocimientos son la suma de todos los conocimientos de todos sus empleados**. Es decir, el conocimiento del banco es la totalidad de lo que todos los empleados sabían dentro del ámbito de su empleo. Así, si el empleado A conoce una faceta de la obligación de informar sobre las divisas, B conoce otra faceta y C una tercera faceta, **los bancos las conocen todas**. Por lo tanto, si se determina que un empleado, dentro del ámbito de su empleo, sabía que había que presentar los [informes], aunque se utilicen varios cheques, se considera que el banco lo conoce. También se considera que el banco lo conoce si cada uno de los varios empleados conocía una parte del requisito y la suma de lo que sabían los distintos empleados equivalía al conocimiento de que existía dicho requisito. (Se destaca)*

D. MODELO(S) DE AUTORRESPONSABILIDAD O DE IDENTIDAD PROPIA

Dos precisiones iniciales. Primero, ha de indicarse que este no es un modelo unívoco, sino que, al interior de este se han gestado múltiples modelos; sin embargo, ya que no es el objetivo de este texto ahondar en la materia, se tratará como uno solo en el que se expliquen las características esenciales de los modelos de autorresponsabilidad⁴¹. Segundo, hay que precisar que, si bien este modelo también tiene raíces en el ámbito de la responsabilidad civil, a diferencia del modelo vicarial este sí fue desarrollado en el ámbito penal, de cara a cumplir con los estándares convencionales, constitucionales y legales del derecho penal⁴².

Este modelo inicia a raíz de formulación hecha por Tiedemann y que pone como punto de referencia la culpabilidad de la persona jurídica en función de sus mecanismos de organización⁴³. A diferencia del

40 Traducción hecha por los autores. Tomada de: United States v. Bank of New England, N.A., 821 F.2d 844, 856 (1st cir.1987).

41 Sobre los modelos ver: Carlos Gómez-Jara Díez, ed., *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010).

42 Lederman, “Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity”, 650.

43 Percy García Caveró, “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Estudios de la Justicia* 16 (2012): Pág 61., <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2013.29493>.

modelo vicarial—y prácticamente en contraposición a este—en el modelo de autorresponsabilidad la persona jurídica será responsable cuando la falta de vigilancia o control sobre sus miembros (un defecto de organización) permita la comisión de un delito en beneficio de la compañía⁴⁴. Es decir, la persona jurídica no responde por la comisión de delitos por sujetos particulares que tienen la potencialidad de *transferir* la responsabilidad penal, sino porque el delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión⁴⁵ y las personas naturales son meros órganos de la persona jurídica que comprometen directamente a este si no se organizó adecuadamente⁴⁶.

Esta concepción constructivista de culpabilidad—que busca responder a las críticas que se han realizado a la responsabilidad penal empresarial con base en el principio de culpabilidad⁴⁷—a pesar de ser un equivalente funcional y no la categoría dogmática de culpabilidad como tal, sí se fundamenta en los tres pilares esenciales de este concepto (al menos concebidos desde una perspectiva normativa): (i) garantizar la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma, (ii) el sinalagma entre libertad de autoorganización y responsabilidad por las consecuencias y (iii) la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma⁴⁸. El reproche, por tanto, se centra en la capacidad organizativa empresarial y su exigencia normativa por parte del derecho penal⁴⁹.

3. EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA

A la fecha es posible afirmar, no sin cierta polémica, que en Colombia no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por tanto, cuenta con plena vigencia el *societas delinquere non potest*.

44 Neira-Pena; Ana María, “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo”, en *El mercado único en la Unión Europea: Balance y perspectivas jurídico-políticas*, ed. José Miguel Martín Rodríguez y Laura García Álvarez, 1^o Edición (Madrid: Editorial Dykinson, 2019), Pág 1097.

45 Héctor Hernández Basualto, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal* 5, núm. 9-Julio (2010): Pág 225, http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf.

46 Tiedemann, “Corporate Criminal Liability as a Third Track”, 18.

47 Alex Van Weezel, “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ed. Miguel Ontiveros Alonso, Primera Ed (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2014), 129.

48 Carlos Gómez-Jara Díez, “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, *Política criminal* 5, núm. 10 (diciembre de 2010): Pág 462., <https://doi.org/10.4067/S0718-33992010000200005>; Günther Jakobs, “El principio de culpabilidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales XLVF* (1992): 1051–83, <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/11.5guntherjakobs.pdf>.

49 Gómez-Jara Díez, “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, Pág 457; Carlos Gómez-Jara Díez, *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Primera Ed (Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2011); Bernardo Feijoo Sánchez, “¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?”, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, ed. Eduardo Montealegre Lynett (Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003), 351.

Sin embargo, esta máxima ha sido puesta en varias ocasiones a prueba por parte de la legislación y la jurisprudencia nacional, razón por la cual vale la pena hacer un pequeño recuento histórico sobre el tratamiento jurídico-penal de las personas jurídicas en el derecho penal nacional.

3.1. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN PENAL APLICABLE A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA

La persona jurídica puede ser definida como una organización o institución compuesta por uno o múltiples sujetos, la cual dispone de personalidad jurídica propia e independiente, y por esto puede ser titular de derechos y obligaciones⁵⁰. La más común es la sociedad comercial que, conforme con el artículo 98 el Código de Comercio colombiano nace cuando “*dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre si las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social*”.

¿Cómo se han relacionado el derecho penal colombiano con este tipo de sujetos del derecho? Originalmente se crearon dos proyectos de ley cuyo propósito era regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar, el Proyecto Porras (liderado por los juristas Demetrio Porras, Clodomiro Tejada, Luis Carlos Rico y Juan Pablo Restrepo) de 1888, que intentaba consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero que no logró materializarse por las circunstancias del momento⁵¹. En segundo lugar, en el proyecto de 1978, el comisionado Luis Carlos Giraldo Marín revivió la discusión en ponencia que fue rechazada, por considerarse inapropiada para la coyuntura dogmática del momento⁵².

Ley 190 de 1995 fue la encargada de vincular a las personas jurídicas al derecho penal colombiano en forma propiamente dicha. Esta ley estableció en su artículo 44 que era plausible ordenar el levantamiento del velo corporativo de una persona jurídica para determinar quién fue el verdadero beneficiario de una actividad adelantada por esta. Posteriormente, con la expedición de la Ley 365 de 1997, se creó en el artículo 61A del Código de Procedimiento Penal, el cual estableció una medida administrativa que debe tomar el juez dentro del proceso penal:

50 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Personas* (Bogotá: Editorial Temis, s/f).

51 Hernando Antonio Hernández Quintero, ed., *Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia*, 1º Ed (Ibagué: Ediciones Unibagüé, 2020), Pág 9., [https://repositorio.unibague.edu.co/bitstream/20.500.12313/2243/1/Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia.pdf](https://repositorio.unibague.edu.co/bitstream/20.500.12313/2243/1/Aspectos%20actuales%20de%20la%20responsabilidad%20penal%20de%20la%20persona%20jur%C3%ADdica%20en%20Colombia.pdf).

52 Petro-González; Ingrid Regina, Jennifer; Mosquera-Rentería, y Luz Elena Torres-Molina, “La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia”, *Revista Criminalidad* 3 (2014): 87–102, <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v56n3/v56n3a07.pdf>.

ARTÍCULO 61A: Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público.

Para autores como Francisco Bernate Ochoa, Colombia adoptó por medio de esta normativa el modelo mixto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, claramente lesivo de sus garantías constitucionales, en donde estas no son directamente sujetos de reproche penal pero sí sufren consecuencias de este⁵³. Este modelo señala que al establecerse dentro del proceso penal que la persona jurídica fue utilizada para cometer total o parcialmente un delito, el juez tiene la capacidad de tomar decisiones administrativas contra la persona jurídica; por lo anterior el fiscal o juez podrá imponer medidas como la suspensión o cancelación de la personería jurídica de las entidades involucradas en los procesos.

El principal hito en materia de responsabilidad penal corporativa en Colombia llegó en el año de 1999 cuando se incorporó, en materia ambiental, la RPPJ. El 13 de enero de 1999 el Congreso decretó la Ley 491 de 1999 “*por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones*.”. En su artículo 26, esta ley consagró una disposición del siguiente tenor:

Artículo 247B. Personas jurídicas. Para los delitos previstos en los artículos 189, 190, 191 y 197 y en el capítulo anterior, en los eventos en que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multa, cancelación de registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad, o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva [...] (Se destaca)

Esta disposición sufrió un revés en sede de revisión constitucional. Por medio de sentencia C-843 de 1999, la Corte Constitucional decidió “*Declarar INEXEQUIBLE el artículo 26 de la ley 491 de 1999*”⁵⁴. Sin embargo, contrario a lo que muchos sectores doctrinarios esperaban, la declaración de inexecutable versó sobre la indeterminación de las penas, y no sobre la dogmática subyacente a la incorporación de

53 Bernate Ochoa, *Las personas jurídicas frente al derecho penal colombiano*, Pág 11.

54 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-843 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero).

un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas. Por el contrario, afirmó la Corte⁵⁵:

16- La Corte precisa que la declaración de inexequibilidad del artículo 26 de la Ley 491 de 1999 no implica, en manera alguna, un cambio de jurisprudencia en relación con las sentencias C-320 de 1998 y C-674 de 1998, que señalaron que la ley podía imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que éstas pueden ser sujetos activos de distintos tipos penales, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional, como el medio ambiente [...] La inconstitucionalidad de la disposición acusada deriva entonces de la indefinición de esos aspectos, pero no implica ninguna modificación de la doctrina constitucional desarrollada en esas sentencias, pues nada en la Constitución se opone a que la ley prevea, en ciertos casos, formas de responsabilidad penal de las personas jurídicas. (Se destaca)

En el año 2000 se expidió la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal, la cual consagró el modelo mixto para la responsabilidad penal de la persona jurídica en su artículo 65. A raíz de una demanda instaurada por un ciudadano, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció respecto de la constitucionalidad de la figura de la cancelación de personería jurídica de sociedades y organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas mediante sentencia C-558 de 2004, declarando exequible la normatividad previamente mencionada, pero señalando que se debe diferenciar entre la suspensión como medida cautelar y la decisión definitiva como lo es la liquidación de la entidad⁵⁶. Este artículo fue la antesala normativa del hoy vigente artículo 91 del Código de Procedimiento Penal (que será objeto de análisis posterior).

En el año 2011 se expidió la Ley 1474, la cual consagra el actual Estatuto Anticorrupción. Esta ley dispone dos normas esenciales para nuestro estudio: i) el artículo 1º que consagra la inhabilidad derivada para contratar con el Estado cuando ciertas personas naturales hayan sido condenadas por delitos contra la administración pública y ii) el artículo 34, de conformidad con el cual han de existir medidas contra las personas jurídicas—hoy modificado por el artículo 35 de la Ley 1778—. Estas disposiciones han encontrado su materialización, principalmente, en las Leyes 1778 de 2016, 2014 del 2019 y, especialmente, en el Decreto 1358 del 2020.

En síntesis, puede afirmarse que en Colombia no se ha incorporado—por lo menos en forma propia—un régimen de responsabilidad penal corporativa. Sin embargo, el derecho penal no es ajeno a las personas jurídicas y ejemplo concreto de ello puede ser (i) el actuar por otro consagrado en el artículo 29 del Código Penal, (ii) la suspensión y cancelación de la personería jurídica en cabeza del juez

55 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-843 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero).

56 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-558 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández)

de control de garantías (iii) la inhabilidad para contratar con el Estado derivada de la comisión de cierto tipo de delitos y (iv) el incidente de reparación integral. A su vez, históricamente, Colombia ha contado con los principales hitos normativos:

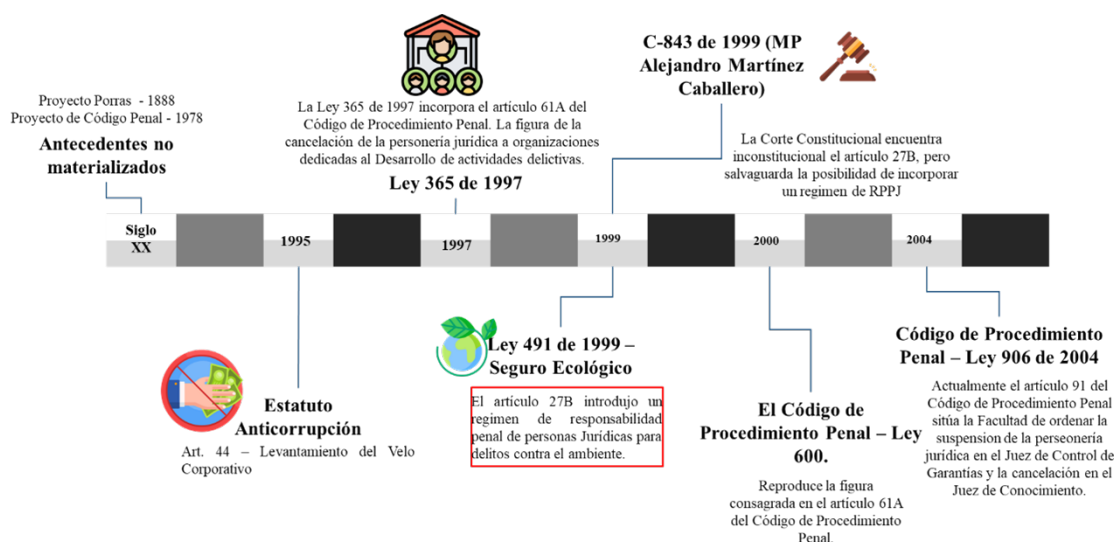


Figura 1: Elaboración propia

3.2. ALGUNAS TENDENCIAS NORMATIVAS SOBRE RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA

Actualmente en Colombia, el estudio de la RPPJ y la aplicación del Compliance—como medida preventiva de la comisión de delitos—son temas que cada vez adquieren mayor relevancia y vigencia. Luego del archivo del proyecto de Ley 117 de 2018 (Senado), actualmente cursa en el Congreso el proyecto de Ley número 149 de 2020 de la Cámara de Representantes, con el cual se pretende crear la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Las penas que consagra el proyecto no difieren sustancialmente de las sanciones administrativas ya existentes; sin embargo, el proyecto corrige un error clave de sus predecesores al convertir a los manuales de cumplimiento previos a la comisión del delito en eximentes y no en atenuantes de responsabilidad, lo cual es coherente con el fin de generalizar dichos programas e incentivar su aplicación⁵⁷.

Así mismo, vale la pena resaltar que desde la óptica de la prevención, ya la Superintendencia de Sociedades ha avanzado para, con base en las Leyes 222 de 1995, 1186 de 2009 y 1778 de 2016 (entre otras), expedir lineamientos en materia de (i) Gestión y Prevención del Lavado de Activos, la Financiación del Terrorismo y la Financiación de Producción de Armas de Destrucción Masiva (SAGRILAF) y (ii)

⁵⁷ Santiago Calle Gómez, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Solución Innecesaria”, *Asuntos Legales*, el 30 de octubre de 2020, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/santiago-calle-3082094/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-solucion-innecesaria-3082090>.

promoción de Programas de Ética y Transparencia Empresarial (PTEE) al interior de las compañías nacionales, encaminados principalmente a combatir el fenómeno de la corrupción y el soborno transnacional. Esta es una tendencia que solo parece ir en aumento.

4. CASOS CONCRETOS: ¿SE HA INCORPORADO, DE FACTO, UN RÉGIMEN DE DERECHO PENAL DE AUTOR FRENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Como se ha indicado, tendencias legislativas y compromisos nacionales e internacionales han fomentado la cercanía entre derecho penal y personas jurídicas, sin aún instaurar un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas propiamente dicho. Este acápite pretende estudiar tres casos concretos a través de los cuales el derecho penal interactúa con las empresas: (i) la inhabilidad indirecta o derivada para contratar con el Estado, (ii) la suspensión y cancelación de la personería jurídica y (iii) el incidente de reparación integral.

4.1. LA INHABILIDAD POR EXTENSIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO CONSECUENCIA DE CONDENAS A SUS DIRECTIVOS POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ALGUNAS FALTAS⁵⁸

A pesar de haber sido modificada en múltiples ocasiones, hoy en día el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 (en adelante “Ley 80”) regula lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Respecto de dicha norma, a la fecha, el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 indica lo siguiente⁵⁹:

ARTICULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

[...]

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia,

⁵⁸ Acápite realizado con base en: Andrés Fernando Ramírez Moncayo y Juan Pablo Pantoja Ruiz, “[WORKING PAPER] La inhabilidad por extensión a la persona jurídica para contratar con el Estado derivada de la condena a personas naturales por delitos contra la administración pública ¿Derecho Penal de Autor?”, en *Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional* (Bogotá, 2022).

⁵⁹ Según la publicación en el Diario Oficial No. 51.182 de 30 de diciembre 2019 de la Ley 2014 de 2019, última modificación legislativa al literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993.

así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal. (Se destaca)

De lo anterior se desprende, por lo menos preliminarmente, que la disposición prevé las siguientes consecuencias legales (al menos con relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica):

1. Las personas naturales condenadas o beneficiadas por un principio de oportunidad con relación a cualquier delito contra la administración pública, o por delitos y faltas descritas por la Ley 1474 de 2011 (en adelante “Ley 1474”), o tratados internacionales relativos a la corrupción, quedarán inhabilitadas para contratar con el Estado.
2. La persona jurídica hallada administrativamente responsable por la conducta de soborno transnacional por la Superintendencia de Sociedades también quedará inhabilitada.
3. La inhabilidad aplica en forma preventiva aun cuando esté pendiente la decisión respecto

de la impugnación.

4. Si la persona natural condenada en los términos del numeral 1º de esta lista hace parte de una persona jurídica (no únicamente una sociedad) en calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio controlante, extenderá la inhabilidad a dicha persona jurídica o a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

5. Esta inhabilidad se extenderá a las matrices, subordinadas o sus grupos empresariales de la persona jurídica. Sin embargo, para que se aplique al grupo empresarial, deberá acreditarse que la conducta delictiva fue parte de una política de grupo, circunstancia que se echa de menos en los demás supuestos.

6. Esta inhabilidad es, en principio, permanente, tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas. Cabe precisar que el Consejo de Estado ha morigerado dicha permanencia, como a continuación se expondrá⁶⁰.

Sin embargo, el Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000 (en adelante “Código Penal”), prevé unos 58 delitos contra la administración pública (Título XV del Código Penal), muchos de los cuales no se encuentran si quiera remotamente relacionados con actos de corrupción. Entre otros, piénsese en la violencia contra servidor público (Art. 429) o la fuga de Presos (Art. 448). Pero ahí no acaba, ya que la norma también contempla como supuesto de hecho la incursión en alguna de las conductas punibles previstas por la Ley 1474, entre las que se incluyen faltas disciplinarias como el incumplimiento de políticas institucionales⁶¹, por ejemplo, y los tratados internacionales. Si todo ello es tenido en cuenta, podemos estar hablando de más de 80 conductas que pueden comprometer no solamente la responsabilidad penal o disciplinaria del sujeto, sino su capacidad de contratación con el Estado y, por vía de extensión, la de las sociedades a que este pertenezca y a todo el conglomerado empresarial.

Finalmente, cabe precisar que a pesar de que la naturaleza jurídica de la norma supone un debate interesante. Los autores consideramos que la norma cumple con los requisitos necesarios asignados por la jurisprudencia constitucional para ser considerada como *sancionatoria*: i) se origina en la imposición

60 Si bien esta postura ha sido establecida previamente, el pronunciamiento de mayor vigor contemporáneo puede ser: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 11001-03-06-000-2019-00129-00(2425) M.P. Álvaro Namén Vargas, 16 de diciembre de 2019.

61 Prevé el artículo 81 de la Ley 1474 de 2011: *Artículo 81. Sanciones por incumplimiento de políticas institucionales. El incumplimiento de la implementación de las políticas institucionales y pedagógicas contenidas en el presente capítulo, por parte de los servidores públicos encargados se constituirá como falta disciplinaria grave.*

de una condena, ii) es causada por un comportamiento subjetivo y iii) tiene relación con el poder punitivo del Estado⁶². No son conductas objetivas desprovistas de valoración y necesarias para acceder al cargo, por lo que no puede ser una inhabilidad de carácter requisito. Inclusive soporta esta conclusión la delimitación temporal que realizó el Consejo de Estado para salvaguardar la constitucionalidad de la norma, buscando evitar que la sanción fuese perpetua, atendiendo a las funciones constitucionales de las sanciones⁶³.

4.2. SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE LA PERSONERÍA JURÍDICA

Establece el Código de Procedimiento Penal:

ARTÍCULO 91 SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE LA PERSONERÍA JURÍDICA. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron. [...]

Conforme con lo anterior, tenemos que, en el ordenamiento jurídico nacional, la figura cuenta con las siguientes características:

1. La norma se ubica en el acápite dedicado al comiso, a pesar de que este no sea su único fin en el ámbito procesal penal;
2. La norma se debe predicar principalmente respecto de personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública o delitos contra el patrimonio público, únicamente cuando la conducta haya sido desplegada por el representante leal o sus administradores en forma directa o indirecta. Esto en virtud del principio de estricta legalidad y del efecto útil de la interpretación normativa, que hace necesario realizar una interpretación restrictiva del inciso primero del artículo 34 de la Ley

62 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-634 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

63 Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 11001-03-06-000-2019-00129-00(2425) M.P. Álvaro Namén Vargas, 16 de diciembre de 2019.

1778 de 2016⁶⁴;

3. La solicitud puede hacerse hasta antes de presentarse el escrito de acusación por la Fiscalía General de la Nación (facultad compartida por la víctima), quien podrá solicitar al Juez de Control de Garantías que suspenda la persona jurídica o cierre temporalmente los locales o establecimientos de comercio de una persona jurídica o natural⁶⁵. En caso de que sea la víctima quien desee realizar esta solicitud, sólo podrá hacerlo luego de realizada la formulación de imputación⁶⁶;

4. El juez ordenará la suspensión cuando se acrediten los requisitos legales establecidos para ello, sin embargo, en ninguna norma se establece cuáles son los requisitos legales establecidos para ello;

5. Conforme con la doctrina, la medida procederá cuando quien solicita la medida demuestre efectivamente que⁶⁷:

- a. La persona jurídica se dedica parcialmente a la comisión de delitos;
- b. La persona jurídica se dedica exclusivamente a la comisión de delitos; y
- c. La persona jurídica se buscó beneficiar de un delito contra la administración pública o el patrimonio económico, cometido directa o indirectamente por su representante legal o administrador.

6. Estas medidas podrán ser permanentes si así lo determina el Juez de Conocimiento (quien es competente para proferir sentencia condenatoria) cuando no existan dudas sobre las circunstancias que lo originaron.

Sobre el particular, vale la pena aclarar—siguiendo a Castro Cuenca y Ospina Perdomo—que la normativa es sumamente confusa, pues si bien pueden desprenderse ciertas conclusiones sobre su inclusión, no se cuenta con un procedimiento claro, es decir, que ha de entenderse cuando la norma hace referencia a “que se acrediten los requisitos legales establecidos para ello”, ya que consagra una

64 Indica la norma que:

Artículo 34. Modificado por la Ley 1778 de 2016, artículo 35. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente. (se destaca)

65 Las víctimas tienen legitimidad para solicitar la medida, desde la formulación de imputación, gracias a lo dispuesto por la Corte Constitucional de Colombia en: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C.603 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa)

66 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C.603 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa)

67 Castro Cuenca y Ospina Perdomo, *Derecho penal societario*, Pág 49.

remisión normativa con que no se cuenta y, por tanto, hace inviable su aplicación⁶⁸. Sin embargo, esta indefinición ha sido paradójicamente positiva, puesto que ha tornado el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal en letra muerta, ya que en Colombia no es común su aplicación⁶⁹. Tan extraña resultaría su aplicación que inclusive esta diligencia no ha sido incluida en la “Guía Judicial para audiencias de Control de Garantías”, que publica la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla del Consejo Superior de la Judicatura⁷⁰.

4.3. INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Regulado por los artículos 102 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, el incidente de reparación integral es⁷¹:

“[...] un mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito, por parte de quien o quienes puedan ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora), trámite que tiene lugar una vez emitido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, agotadas, por supuesto, las etapas procesales de investigación y juicio oral.”

Siendo así el incidente de reparación integral es un medio que lleva a la reparación, cuanto menos económica de la víctima, estableciendo la posibilidad de reclamar el pago de los perjuicios que fueron producidos en su contra derivados de un delito⁷². También puede considerarse como la fase que sigue al juicio oral, en la que se estableció la responsabilidad penal del acusado, donde a solicitud de la víctima, el fiscal del caso o el ministerio público por petición de la víctima se busca que se obtenga una reparación por los daños causados por el delito en cuestión. En otras palabras⁷³:

68 Ibid., Pág 36.

69 En el mes de noviembre del 2021 los ciudadanos María Camila Romero Varón y Juan Pablo Pantoja radicaron peticiones ante los principales Centros Judiciales y Tribunales Superiores del Distrito Judicial, sin lograr obtener un solo ejemplo de aplicación de la figura por parte de jueces colombianos.

70 Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, *Guía judicial para audiencias de control de garantías - Área Penal*, 2º Ed. (Bogotá: Editorial Legis Editores S.A., s/f), <https://www.juecesyfiscales.org/images/stories/berbiqui/GUIA-JUDICIAL-2da-edicion.pdf>.

71 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de abril del 2011. Radicado 34145.

72 Cfr. Código de Procedimiento Penal: ARTÍCULO 102. PROCEDENCIA Y EJERCICIO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL. *En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.*

73 Castro Cuenca y Ospina Perdomo, *Derecho penal societario*, Pág 56.

Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito — reparación en sentido lato— y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional (en Sentencia C-409 de 2009, se precisa). (Se destaca)

Para que este proceda, han de acreditarse—cuanto menos—las siguientes condiciones⁷⁴:

- (i) La sentencia penal ha de ser de carácter condenatorio y la misma se debe encontrar en firme y ejecutoriada;
- (ii) El incidente de reparación es rogado, por lo que no se inicia de forma automática sino únicamente por solicitud de la víctima, la Fiscalía o el Ministerio Público;
- (iii) La asistencia del incidentante (quien abre el incidente) es obligatoria, so pena de desistimiento;
- (iv) A este incidente puede ser llamado no únicamente el condenado, sino también los terceros civilmente responsables y el asegurador;
- (v) Se ha de solicitar la pretensión dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia;
- y
- (vi) Se ha de tener legitimación procesal tanto por activa como por pasiva.

El fundamento del incidente, particularmente si la pretensión es puramente económica, es el artículo 94 del Código Penal, de conformidad con el cual: “*La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella*”. Esto responde a la lógica propia del derecho civil de las obligaciones de conformidad con la cual un hecho dañoso es fuente de obligaciones y, en consecuencia, quien incurre en un delito está llamado a repararlo⁷⁵. Por ello, además de la responsabilidad penal se busca establecer una clara responsabilidad civil y resarcitoria, donde cualquier rédito económico obtenido por el delito deba ser reparado.

4.4. REPAROS CONSTITUCIONALES DE LAS FIGURAS ANTERIORMENTE EXPUESTAS

Las tres figuras que se han explicado presentan potenciales controversias, en su aplicación y vigencia hoy en el ordenamiento jurídico nacional, que merecen la pena ser analizadas. A continuación,

⁷⁴ Hecho con base en el Código de Procedimiento Penal y: Nelson Saray Botero, *Procedimiento Penal Acusatorio*, 2º Edición (Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2017), pág 1002; Castro Cuenca y Ospina Perdomo, *Derecho penal societario*, Pág 56.

⁷⁵ José Armando Bonivento Jiménez, *Obligaciones*, Primera Ed (Bogotá: Editorial Legis Editores S.A. , 2017); Javier Tamayo Jaramillo, “¿Hasta dónde se puede objetivar la responsabilidad civil?”, en *Derecho de las Obligaciones*, ed. Marcela Castro de Cifuentes, Primera (Bogotá: Universidad de los Andes - Facultad de Derecho; Editorial Temis, 2013), 295–313.

presentamos (i) el contenido del precepto constitucional cuya confrontación se propone y (ii) algunas críticas a las tres figuras comentadas.

A. POTENCIAL VULNERACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CULPABILIDAD

En materia penal, la culpabilidad es—concurrentemente—un principio constitucional y una categoría dogmática⁹⁷. De cara a este artículo nos referiremos a la culpabilidad principalmente principio constitucional, entendiendo este como una prescripción jurídica general que supone una delimitación política y axiológica al derecho penal, de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

En desarrollo de dicho parámetro normativo, la doctrina penal ha indicado que el derecho penal únicamente puede ser de acto, castigando a la persona por lo que hace, no por lo que es, desea, piensa o siente. En ese sentido, es inaceptable que la persona sea juzgada con base en lo que se cree que es o su potencial peligrosidad. Y esto por cuanto, el paradigma liberal sobre el cual se asienta la Constitución Política de 1991 responde a una concepción garantista del derecho penal, entendiendo el garantismo como un modelo fundado sobre la rígida subordinación de la ley y su aplicación a los derechos consagrados en las constituciones y el modelo de Estado elegido.

Hay que decir que la inhabilidad por extensión objeto de análisis prevé una pena—o por lo menos una inhabilidad sancionatoria—a una persona distinta a la juzgada y por actos que no pueden atribuírsele. Es así como la norma no debe analizarse únicamente desde la perspectiva de la inhabilidad en el ámbito administrativo, sino también desde la perspectiva del derecho penal—que es en donde nace la sentencia condenatoria que despliega el supuesto de hecho que da pie a la inhabilidad—. Y desde una perspectiva coherente con los principios del derecho penal no puede concluirse cosa contraria a que esta viola el principio de culpabilidad. Las personas jurídicas, si bien ficciones legales, también cuentan con prerrogativas constitucionales, por lo que no existe fundamento alguno para prescindir del principio de culpabilidad respecto de su juzgamiento e instalar un régimen vicarial que desconozca su autonomía.

Así mismo, de cara a la suspensión y cancelación de la personería jurídica—y entendiendo que la persona jurídica es un sujeto de derecho diferente de sus accionistas desde su conformación conforme indica inequívocamente el artículo 98 del Código de Comercio—no puede ser que la persona jurídica sea sancionada (inclusive penada con la cancelación de su matrícula mercantil, que es equivalente a la pena de muerte de personas naturales) en un proceso que verse sobre personas naturales distintas,

seguramente sus administradores. Sin un espacio de contradicción efectiva en el proceso judicial por parte de la persona jurídica de cara a esta defender su propia personería y su operación comercial por medio de sus establecimientos de comercio se estaría aplicando un derecho penal de autor que, cuanto menos, violaría las bases más esenciales de los principios constitucionales de culpabilidad y debido proceso. Este es un caso concreto por el cual la ausencia de un régimen de autorresponsabilidad penal de personas jurídicas termina lesionando mucho más los fundamentos del *societas delinquere non potest* que un propio régimen de responsabilidad penal empresarial.

Finalmente, respecto del incidente de reparación integral, hay que aclarar que esta figura es plenamente compatible con el principio de culpabilidad. Como se explicó, acá se llama a responder al tercero civilmente responsable, bajo las reglas de imputación propias del derecho civil. Sin embargo, si se echa de menos que la fuente de la obligación sea el delito que, por virtud del principio de culpabilidad únicamente es endilgable a la persona que ha sido debidamente juzgada y vencida en juicio. Es decir, si la fuente del derecho es el delito ¿Es coherente que—a pesar de aplicar las reglas civiles—entre a responder por los perjuicios una persona jurídica diferente? ¿En un espacio absolutamente sumario?

A. DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental y de difícil limitación al debido proceso. Este precepto protege un número amplio de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran:

1. El derecho a la jurisdicción—es decir, la posibilidad de acudir equitativamente a la administración de justicia—;
2. El derecho al juez natural;
3. El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable;
4. El derecho a un proceso público;
5. El derecho a la independencia del juez; y
6. El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.

Como se desprende claramente de lo anterior, un componente esencial del derecho al debido proceso es el derecho de defensa. Ya que las consecuencias propias del derecho penal se fundamentan el reproche derivado del principio de culpabilidad, herramienta axiológica fundamental para dotar de legitimidad el proceso penal, únicamente podrá ser sancionado a quien sea vencido en juicio. Es por ello por lo que resulta tan importante determinar el contenido y alcance del derecho a la defensa,

como prerrogativa procesal con fundamento y protección constitucional. La Corte Constitucional de Colombia ha propuesto esta definición: “[la] *oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la otorga*” (Se destaca)

Para que haya un reproche válido a una actuación que tiene como origen el derecho penal se requiere que el o los sujetos en quienes recaerá la sanción hayan sido vencidos luego de un procedimiento debidamente reglado. Y es que más allá del fundamento político, constitucional o jurídico que pueda hallársele al principio de presunción de inocencia, lo cierto es que es un derecho humano (Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), convencional (Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y constitucional (Inciso 3º Artículo 29 de la Constitución Política Nacional).

Respecto de la inhabilidad por extensión valga decir que, bajo una aproximación peligrosista, la persona jurídica, que nunca ha sido juzgada, se le ha corrido traslado procesal o probatorio alguno o ha podido alegar, se ve sancionada de cara a la imposibilidad de contratar con el Estado. Pero se echa de menos que ni siquiera se exija un vínculo de causalidad entre el delito cometido y la persona jurídica—como reconoce expresamente el Consejo de Estado^m—o que el delito se encuentre relacionado con actos de corrupción, sino que la amplitud de la tipificación lleva a su reducción al absurdo en muchos casos de aplicación.

Una persona, reconocida en dicha calidad bajo las leyes colombiana, es sancionada sin siquiera haber sido imputada, juzgada o escuchada. Inclusive, con el propósito de combatir vehementemente la corrupción, también se ven afectadas las matrices y subordinadas. Es decir, se presume la culpabilidad de la persona moral y sus matrices y subordinadas, sin si quiera llamársela a juicio, imponiéndosele una sanción de carácter permanente.

Ahora bien, respecto de la suspensión y cancelación de la personería jurídica o de los establecimientos de comercio como una sanción—algunos podrían alegar que esta es una medida preventiva extrapenal, con lo cual los autores no estamos de acuerdo—, la decisión viola en forma clara el principio de presunción de inocencia. Este, como se explicó anteriormente, es transversal a todas las personas y, por tanto, también ha de predicarse de las personas jurídicas en un Estado social de derecho⁷⁶. Presumir que una persona jurídica ha sido instrumentalizada sin escucharla en juicio y atribuirse

76 Cfr. D. Jordi Nieva Fenoll, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2016): 23, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203_es.pdf.

facultades sancionatorias sobre ella y sobre su existencia, es una clara violación de este precepto.

C. ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Finalmente, los autores consideramos que las 3 figuras analizadas presentan una tensión con el principio de acceso a la administración de justicia. El acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental y encuentra fundamento en el artículo 229 de la Constitución Política. Esta garantía implica⁷⁷:

El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. (Se destaca)

Respecto de la inhabilidad indirecta, valga la pena decir que la persona jurídica, paradójicamente la principal afectada para contratar con el Estado—puesto que la contratación en general es una actividad propia de las personas jurídicas en la que el rol de la persona natural cada vez se desplaza más a un ámbito periférico—difícilmente puede acudir a la administración de justicia a deprecuar el restablecimiento de sus derechos, puesto que le falta legitimación en la causa para ello, ya que la inhabilidad se predica respecto de la persona natural y se extiende automáticamente a la persona jurídica. Pero más aún porque la persona jurídica no puede intervenir en sede de defensa de la persona natural, ya que las personas jurídicas no son sujetos del proceso penal. Es decir, la persona jurídica deberá cargar con los efectos negativos de una potencial condena, sin poder actuar con miras a evitar esta.

De cara a la suspensión cancelación de la personería jurídica valga la pena decir que resulta complejo justificar la adopción de medidas que afectan claramente los intereses de la compañía sin un efectivo escenario de contradicción por parte de esta. El núcleo duro de la administración de justicia entendido como “[l]a posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce”, se encuentra indefectiblemente violado por esta determinación⁷⁷.

77 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-799 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto)

Finalmente, vale la pena pronunciarse respecto del incidente de reparación integral. Resulta considerablemente más lógico que fuese vinculada a la persona jurídica a este procedimiento sumario si esta fuese objeto de reproche penal, pero ¿Cómo es posible que se la vincule cuando ya la fuente de la obligación—el delito—quedó ampliamente discutida? Para vincular a la persona jurídica tocaría demostrar una situación de subordinación, bajo las normas propias del derecho civil, que muchas veces son difíciles de acreditar si la persona jurídica como tal no fue juzgada debidamente. En consecuencia, desde una perspectiva de las víctimas, sería mucho mejor contar con la persona jurídica vinculada desde el primer momento al proceso penal, de cara a que esta y su patrimonio puedan ser perseguidos por la víctima al final del proceso penal, con plena coherencia con el fundamento teleológico del incidente de reparación integral: obtener una reparación por el delito, como fuente de obligaciones.

De cara a este sucinto análisis es posible concluir que normas como esta, a pesar de la vigencia de la máxima *societas delinquere non potest*, sancionan efectivamente a las personas jurídicas y cuentan con una innegable relación con el derecho penal. Por las consideraciones sumariamente expuestas, es muy probable que lesionen, como mínimo, el debido proceso, la presunción de inocencia, el acceso a la administración de justicia y el principio constitucional de culpabilidad. Paradójicamente, la discusión que se ha presentado encaminada a negar la RPPJ, por esta ser incompatible con los principios constitucionales que rigen el derecho penal, ha permitido que se hayan incorporado instrumentos que, bajo la égida de ser extrapenales, vulneran los principios más básicos que rigen la actuación penal.

5. CONCLUSIONES

La expansión del derecho penal, particularmente frente a las personas jurídicas, es una realidad. En particular a raíz de los compromisos nacionales e internacionales que Colombia ha suscrito con el propósito de combatir la corrupción y la instrumentalización de compañías para incurrir en actos masivos de corrupción, la relación entre empresa y derecho penal es cada vez más estrecha y evidente. Por ello, la relevancia económica y jurídica que han ganado en los últimos siglos las personas jurídicas hoy las hace merecedoras del protagonismo también en el ámbito del derecho penal.

La discusión acerca de la RPPJ, sin duda alguna, ha de ser abordada desde la doctrina de la expansión del derecho penal, de cara a evaluar su legitimidad, pertinencia, utilidad y necesidad. Por ello, no es aconsejable “subirse al barco” de la RPPJ sin antes tener un debate nacional, encaminado a conciliar esta nueva realidad con las premisas dogmáticas del derecho penal nacional, o por lo menos entender las consecuencias que se generarán y hacer un ejercicio de ponderación jurídica.

En Colombia la máxima *societas delinquere non potest* ha logrado permanecer vigente, a pesar de varios intentos de morigeración y/o supresión, al menos en el ámbito formal. Sin embargo, materialmente las personas jurídicas se han ido relacionando paulatinamente con el derecho penal, especialmente en lo relativo a los denominados delitos económicos y las consecuencias que de estos se derivan. Conforme se desprende de este suscrito análisis de algunos casos concretos en los que se relaciona el derecho penal y las empresas, puede afirmarse que i) esta relación se ha venido fortaleciendo fuertemente en los últimos años, tendencia que seguramente continuará y ii) la falta de debate oportuno, sumado a exigencias principalmente internacionales en materia de prevención y lucha contra la corrupción hace que la relación entre derecho penal y personas jurídicas sea teóricamente muy compleja.

La incorporación del derecho penal a supuestos de hecho propios del derecho administrativo (como el régimen de inhabilidades) o del derecho civil (como lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual derivada del delito) ha producido interacción entre derecho penal y empresas que a la fecha se da sin la plena participación de estas, quienes—por el contrario—sí acarrear las consecuencias, lo cual termina por vulnerar, al menos en forma potencial, los mismos principios que el *societas delinquere non potest* protege: culpabilidad, debido proceso, legalidad, entre otros. Es decir, es posible afirmar que en Colombia se ha incorporado un régimen vicarial puro de responsabilidad penal empresarial en casos concretos y respecto de ciertas sanciones, aun cuando se afirme que continúa negándose la responsabilidad penal empresarial.

Muchas figuras, como la inhabilidad indirecta, la suspensión o cancelación de la personería jurídica y el incidente de reparación integral—hoy vigentes en nuestro ordenamiento jurídico—presentan incompatibilidades más serias con los preceptos constitucionales que aquellos que serían causados por un régimen de autorresponsabilidad penal empresarial. El proyecto de Ley 149 del 2020 que actualmente cursa en la Cámara de Representantes va por buen camino al incorporar un régimen de autorresponsabilidad penal de personas jurídicas, que promueva la incorporación de programas éticos y de compliance (aunque la posibilidad de sanción no deba ser su única motivación), como un mecanismo de vincular adecuadamente a las personas jurídicas al derecho penal nacional.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional de Colombia. C-163 de 2019 (M.P. Diana Fajardo Rivera)
- Corte Constitucional de Colombia. C-341 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).
- Corte Constitucional de Colombia. C-980 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-544 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-077 de 2006 (M.P. Jaime Araújo Rentería).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-096 de 2017 (MP Alejandro Linares Cantillo)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-365 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-426 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil),
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-558 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-603 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-634 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-843 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-934 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-042 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C916 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP16794-2014. Rad. 39.070 (MP Gustavo Enrique Malo Fernández).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Casación 34145 (MP Sigifredo Espinosa Pérez)
- Tesco Supermarkets Ltd v Natrass: HL 31 Mar 1971
- United States of America, Appellee, v. Twentieth Century Fox Film Corporation, Defendant-appellant, 926 F.2d 227 (2d Cir. 1991)
- United States v. Bank of New England, N.A - 821 F.2d 844 (1st Cir. 1987)
- United States v. Bank of New England, N.A., 821 F.2d 844, 856 (1st cir.1987).

DOCTRINA

- Bernate Ochoa, Francisco. *Las personas jurídicas frente al derecho penal colombiano*. Bogotá: Colegio de Abogados Penalistas de Colombia, 2020. <https://drive.google.com/file/d/ivG5V4UcCGad5oZhXNpVVC4XbzFRunked/view>.
- Bonivento Jiménez, José Armando. *Obligaciones*. Primera Ed. Bogotá: Editorial Legis Editores S.A. ,

2017.

Calle Gómez, Santiago. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Solución Innecesaria”. *Asuntos Legales*. el 30 de octubre de 2020. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/santiago-cal-le-3082094/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-solucion-innecesaria-3082090>.

Callegari, Andrés Luis. “Crimen organizado y su tipificación en el contexto de la expansión del Derecho Penal”. *Revista de Derecho*, núm. 12 (2013): 133–58. <https://doi.org/10.5377/derecho.voi12.1005>.

Carrasco Jiménez, Edison. “El concepto de ‘expansión’ del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de ‘inflación’ penal”. *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 37 (2017): 39–86. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5892008&orden=0&info=link>.

———. “La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal”. *Derecho Penal Contemporáneo - Legis Colombia*, núm. 54 (2016): 147–94. http://legal.legis.com.co/document.legis?fn=content&vistaprevia=1&docid=rpenal&ctxid=rpenal_ob84a507275046adaa4f3310ceb53481&fnpipelines=DOC_HIGHLIGHTER#bf138866bea31f44a40bc849de9be47d8cf9.

Castro Cuenca, Carlos Guillermo, y Juanita María Ospina Perdomo. *Derecho penal societario*. Primera Ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018. <https://doi.org/10.12804/tj9789587840414>.

Diamantis, Mihailis Evangelos. “Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment”. *Iowa Law Review* 103 (2018): 508–69.

Díez-Ripollés, José Luis. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 06 (2004): 1–34. <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Guía judicial para audiencias de control de garantías - Área Penal. 20 Ed. Bogotá: Editorial Legis Editores S.A., s/f. <https://www.juecesyfiscales.org/images/stories/berbiqui/GUIA-JUDICIAL-2da-edicion.pdf>.

Feijoo Sánchez, Bernardo. “¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?” En *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, editado por Eduardo Montealegre Lynett, 351. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003

Fisse, Brent, y John Braithwaite. *Corporations, Crime and Accountability*. Cambridge University Press, 1994. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511659133>.

Fletcher, George P. *Gramática del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007.

Franssen, Vanessa. “The EU’s Fight Against Corporate Financial Crime: State of Affairs and Future Potential”. *German Law Journal* 19, núm. 5 (el 6 de octubre de 2018): 1221–49. <https://doi.org/10.1017/S2071832200023014>.

García Caveró, Percy. “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista de Estudios de la Justicia* 16 (2012): 55–74. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2013.29493>.

Gómez-Jara Díez, Carlos. “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivo sea de autorresponsabilidad penal empresarial”. En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 177–206, 2014.

———. “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”. *Política criminal* 5, núm. 10 (diciembre de 2010): 455–75. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992010000200005>.

———. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Primera Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2011.

———, ed. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Heine, Günther, Ernst-Joachim Lampe, William Laufer, Carlos Gómez-Jara Díez, y Alan Strudler. “Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas”. Bogotá, Colombia: Editorial Ara, 2012.

Hernández Basualto, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Política Criminal* 5, núm. 9-Julio (2010): 207–36. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf.

Hernández Quintero, Hernando Antonio, ed. *Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona*

- jurídica en Colombia*. 10 Ed. Ibagué: Ediciones Unibagüe, 2020. [https://repositorio.unibague.edu.co/bitstream/20.500.12313/2243/1/Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia.pdf](https://repositorio.unibague.edu.co/bitstream/20.500.12313/2243/1/Aspectos%20actuales%20de%20la%20responsabilidad%20penal%20de%20la%20persona%20jur%C3%ADdica%20en%20Colombia.pdf).
- Jakobs, Günther. “El principio de culpabilidad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales XLVF* (1992): 1051–83. <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/11.5guntherjakobs.pdf>.
- Khanna, V.S. “Corporate Criminal Liability : What Purpose Does It Serve ?” *Harvard Law Review* 109, núm. 7 (1996): 1477–1534.
- Laufer, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds*. *Corporate Bodies and Guilty Minds*. University of Chicago Press, 2006. <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226470429.001.0001>.
- Lederman, Eli. “Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity”. *Buffalo Criminal Law Review* 4, núm. 1 (el 1 de abril de 2000): 641–708. <https://doi.org/10.1525/nclr.2000.4.1.641>.
- Mahoney, Paul G. “The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right”. *The Journal of Legal Studies* 30, núm. 2 (junio de 2001): 503–25. <https://doi.org/10.1086/322053>.
- María, Neira-Pena; Ana. “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo”. En *El mercado único en la Unión Europea: Balance y perspectivas jurídico-políticas*, editado por José Miguel Martín Rodríguez y Laura García Álvarez, 10 Edición., 1382. Madrid: Editorial Dykinson, 2019.
- Martínez Neira, Néstor Humberto. *Cátedra de Derecho Bancario colombiano*. Primera Ed. Bogotá: Legis Editores, 2000.
- Martínez Patón, Víctor. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas la doctrina Societas Delinquere Non Potest*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2019.
- Mogorrón, María del Carmen Vasco. “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español a partir del Nuevo Código Penal Español”. *Derecho & Sociedad* núm. 14 SE-Artículos (el 2 de mayo de 2000). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17215>.

- Montáñez-Ruiz, Julio César. “El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo”. *Estudios Socio-Jurídicos* 12, núm. 1 (2010). <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1193>.
- Mueller, Gerhard O.W. “Mens Rea and the Corporations - A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability”. *University of Pittsburgh Law Review* 19, núm. 1 (el 7 de noviembre de 1957): 21–52. <https://doi.org/10.1088/1751-8113/44/8/085201>.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal y control social*. Primera Ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2012.
- Nieva Fenoll, D. Jordi. “La razón de ser de la presunción de inocencia”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2016): 23. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203_es.pdf.
- Nwafor, Anthony O. “Corporate Criminal Responsibility: A Comparative Analysis”. *Journal of African Law* 57, núm. 01 (el 1 de abril de 2013): 81–107. <https://doi.org/10.1017/S0021855312000162>.
- . “Corporate Criminal Responsibility: A Comparative Analysis”. *Journal of African Law* 57, núm. 01 (el 1 de abril de 2013): 81–107. <https://doi.org/10.1017/S0021855312000162>.
- Ragozino, Anthony. “Replacing the Collective Knowledge Doctrine with a Better Theory for Establishing Corporate Mens Rea: The Duty Stratification Approach”. *Southwestern University Law Review* 24 (1994): 423–72. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/swulr24&i=433>.
- Ramírez Barbosa, Paula Andrea. “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: ‘Compliance’, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso ODEBRECHT.” En *Desafíos del Derecho Penal en la Sociedad del Siglo XXI. Homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.*, editado por Paula Andrea Ramírez Barbosa, 3–44. Bogotá D.C.: Editorial Temis - Universidad Católica de Colombia, 2018.
- Ramírez Moncayo, Andrés Fernando, y Juan Pablo Pantoja Ruiz. “[WORKING PAPER] La inhabilidad por extensión a la persona jurídica para contratar con el Estado derivada de la condena a personas naturales por delitos contra la administración pública ¿Derecho Penal de Autor?” En *Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional*. Bogotá, 2022.
- Regina, Petro-González; Ingrid, Jennifer; Mosquera-Rentería, y Luz Elena Torres-Molina. “La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia”. *Revista Criminalidad* 3 (2014): 87–102. <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v56n3/v56n3a07.pdf>.

Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*. 11 Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2017.

Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario*. Tercera Ed. Bogotá: Editorial Temis, 2016.

———. *La sociedad por acciones simplificada*. Cuarta Ed. Bogotá: Legis Editores, 2018.

Reyes Villamizar, Francisco, y Erik P. M. Vermeulen. “Company Law, Lawyers and ‘Legal’ Innovation: Common Law versus Civil Law”. *SSRN Electronic Journal*, 2011, 39. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1907894>.

Saray Botero, Nelson. *Procedimiento Penal Acusatorio*. 20 Edición. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2017.

Schünemann, Bernd. “La responsabilidad penal de las empresas: Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal”. En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, editado por Miguel (Coordinador) Ontiveros Alonso, 497–522. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2014.

Serrano Tárrega, María Dolores. “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA: LA TUTELA PENAL DE LOS MERCADOS FINANCIEROS”. *Revista de derecho* (Valdivia) 18, núm. 1 (julio de 2005). <https://doi.org/10.4067/S0718-09502005000100009>.

Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Tercera Ed. Madrid: Editorial Edisofer, 2011.

———. *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Tercera Ed. Madrid: Editorial B de f - Edisofer, 2011.

Tamayo Jaramillo, Javier. “¿Hasta dónde se puede objetivar la responsabilidad civil?” En *Derecho de las Obligaciones*, editado por Marcela Castro de Cifuentes, Primera., 295–313. Bogotá: Universidad de los Andes - Facultad de Derecho; Editorial Temis, 2013.

Tiedemann, Klaus. “Corporate Criminal Liability as a Third Track”. En *Regulating Corporate Criminal Liability*, 11–18. Cham: Springer International Publishing, 2014. https://doi.org/10.1007/978-3-319-05993-8_2.

Valencia Zea, Arturo, y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho Civil*. Tomo I. Parte General y Personas. Bogotá: Editorial Temis, s/f.

Velásquez Velásquez, Fernando. “La responsabilidad penal de los entes colectivos en el derecho colombiano - A propósito del Artículo 2 de la Ley 365 de 1997”. *Derecho Penal y Criminología* 19, núm. 62 (1997): 31–46.

Vermeulen, Gert, Wendy De Bolt, y Charlotte Ryckman. *Liability of legal persons for offences in the EU*. 10 Ed.,. Antwerpen: Maklu-Publishers, 2012.

Vervaele, John A. E. “Societas/universitas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda”. En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, editado por Miguel Ontiveros Alonso, Primera Ed., 644. Editorial Tirant Lo Blanch, 2014.

Watson, Alan. *Legal transplants an approach to comparative law*. Segunda Ed. Athens: The University of Georgia Press, 1974.

Weezel, Alex Van. “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, editado por Miguel Ontiveros Alonso, Primera Ed., 599–644. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2014.

RECENSIÓN DEL LIBRO LAVADO DE ACTIVOS Y BIEN JURÍDICO DE ÁLVARO SALGADO GONZÁLEZ, EDICIONES DOCTRINA Y LEY, BOGOTÁ, 2018, 185.

ORLANDO HUMBERTO DE LA VEGA MARTINIS*

Recibido: 28 de septiembre de 2021. Aceptado: 29 de octubre de 2021.

RESUMEN

En su libro Lavado de activos y bien jurídico Álvaro Salgado González emprende una tarea que no logra explicarle bien al lector. A veces parece que su norte es determinar cuál es el bien jurídico menoscabado con el delito de lavado de activos y a veces parece que su norte es reproducir lugares comunes de la teoría general del delito de origen alemán en su versión difundida en Colombia. El resultado es un texto carente de método, argumentativamente débil, desordenado y, principalmente, incapaz de abordar problemas interpretativos concretos del artículo 323 del código penal colombiano.

PALABRAS CLAVE

Lavado de activos, bien jurídico, orden económico social, recta impartición de justicia.

*Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Comparado de la Universidad de Bonn y Doctor en Derecho de la Universidad de Bonn, Profesor asistente de la Pontificia Universidad Javeriana.

BOOK REVIEW: MONEY LAUNDERING AND INTEREST PROTECTED BY ÁLVARO SALGADO GONZÁLEZ, EDICIONES DOCTRINA Y LEY, BOGOTÁ, 2018, 185.

ORLANDO HUMBERTO DE LA VEGA MARTINIS*

Received: september 18, 2021. Accepted: october 29, 2021.

ABSTRACT

In his book, Money laundering and interest protected, Álvaro Salgado González undertakes a task that is not well explained to the reader. Sometimes, it seems that the aim of the text is to determine which is the “interest protected” undermined by the crime of money laundering. Sometimes, it seems that the aim of the text is to reproduce the general theory of the crime of German origin in its version disseminated in Colombia. The result is a text devoid of a method, argumentatively weak, disorderly, and, mainly, incapable of addressing specific interpretive problems of article 323 of the Colombian penal code.

KEY WORDS

Money laundering, legal right, socioeconomic order, effective administration of justice.

* Lawyer from Universidad Externado de Colombia, Specialist in Criminal and Criminological Sciences from Universidad Externado de Colombia, Master's degree in Comparative Law from the University of Bonn and Doctor of Law from the University of Bonn. Assistant professor at the Pontificia Universidad Javeriana.

El menor de los problemas del libro de Álvaro Salgado González (ÁSG), dedicado a identificar el bien jurídico vulnerado por el lavado de activos del artículo 323 del código penal colombiano, es que concluya que “no se puede determinar con facilidad, ni con el mejor de los sentidos comunes, cuál es el bien jurídico que se lesiona”⁰¹. Tal conclusión no necesariamente indica un fracaso de la investigación, pues hay buenos argumentos para clasificar al lavado de activos, *de lege ferenda*, como delito contra el orden económico social o como delito contra la eficaz y recta impartición de justicia. ÁSG lo sabe porque lo ha leído en libros españoles, pero carece de las herramientas metodológicas para desagregar unos argumentos de otros, sopesarlos bajo criterios razonables compartidos con el lector y, como punto de llegada de su investigación, ofrecer una interpretación del artículo 323 guiada por el bien jurídico en la versión privilegiada por él.

En lugar de desarrollar esa investigación doctrinal en derecho, ÁSG va a repetir a lo largo del libro que el lavado de activos vulnera dos bienes jurídicos⁰² o, bajo otra descripción, que se trata de un delito pluriofensivo⁰³. Desde ese cómodo lugar común va a proponer, a manera de conclusión, la creación de un nuevo título para la parte especial del código penal colombiano denominado “Delito contra el Orden Económico Social y la Administración de Justicia”⁰⁴, compuesto de un único delito, como ya el título anuncia, a saber, el lavado de activos. Algo así como una solución de compromiso que le saldría al paso a la imposibilidad de “determinar con facilidad” el bien jurídico vulnerado por el lavado de activos yuxtaponiendo los dos candidatos. Qué ventajas arroja esta solución al momento de interpretar, desde esta nueva óptica, el artículo 323 es algo sobre lo que ÁSG guarda silencio.

El libro parte con “la postura de que con el lavado de activos se ofenden dos bienes jurídicos de manera simultánea, esto es el orden económico social y la recta y eficaz impartición de justicia”⁰⁵ y termina

01 Salgado, *Lavado de activos y bien jurídico*, 171.

02 Ibid., XXI, XXII, 36, 78, 79, 106, 114, 119, 120, 123, 126, 131, 154, 155 y 157.

03 Ibid., 119, 120 y 126

04 Ibid., 179.

05 Ibid., XXII.

así: “Estas apreciaciones me permiten, sin pretensiones a ultranza obstinadas, consolidar lo que será el epílogo de este trabajo en tanto sostener que definitivamente quien incurre en el delito de lavado de activos, a no dudarlo simultáneamente viola dos bienes jurídicos de manera simultánea [sic]: el orden económico social y la recta y eficaz impartición de justicia”⁰⁶. El grueso del libro tiene lugar entre estas dos citas y no contiene, como afirma ÁSG, “un enfoque de lo general a lo particular”⁰⁷. En estricto sentido es al revés; a fuerza de repetir que, *de lege ferenda*, el lavado de activos vulnera dos concepciones particulares de bien jurídico, ÁSG concluye en la idea general resultante de la simple sumatoria de ambas concepciones.

Ligerezas como esa serán frecuentes a lo largo del libro. Por ejemplo, ÁSG afirma que “la existencia del delito económico cobra razón de ser, desde el momento en que es protegido por el bien jurídico”⁰⁸, de donde habría que concluir que el bien jurídico protege al delito económico. Esta idea se repite más adelante con la siguiente definición de tipo penal: “[L]os tipos son concretas realizaciones que merecen tutela jurídica de estos bienes [se refiere a los bienes jurídicos]”⁰⁹; es decir, el bien jurídico protegería los tipos penales. Y, pocas páginas después, ÁSG refuta su idea previa, aunque no parece ser consciente de ello: “[E]s preciso tener en cuenta el bien jurídico tutelado por la norma”¹⁰. A propósito de la función del bien jurídico, ÁSG cree que es servir de límite al *ius puniendi*¹¹; pero no ve ninguna contradicción entre esa idea y su propuesta de “creación de tipos abiertos...además de ampliar la cobertura de delitos subyacentes al lavado de activos” para “impedir que ninguna acción por nimia que pueda ser, quede sin sanción”¹².

En ese ambiente descuidado y superficial que propicia ÁSG encaja bastante bien el desarrollo, en dos palabras, de la modalidad de la conducta punible: “Absolutamente dolosa”¹³. Ni una sola palabra encontrará el lector acerca de las dificultades de referir el conocimiento que exige el dolo a la gran variedad de elementos que conforman el tipo objetivo del artículo 323. En este punto ÁSG se da por satisfecho afirmando que con la concepción normativa del dolo “la responsabilidad dolosa no debe buscarse en la subjetividad del individuo, sino en la normatividad del tipo objetivo”¹⁴; según ÁSG, entonces, el dolo no hace parte del tipo subjetivo sino del objetivo. Esta posición la toma ÁSG de la

06 Ibid., 155.

07 Ibid., XXII.

08 Ibid., 10.

09 Ibid., 166.

10 Ibid., 169.

11 Ibid., 17 y 158.

12 Ibid., 76.

13 Ibid., 127.

14 Ibid., 159.

“opinión autorizada”¹⁵ de un autor español. Pero no es claro que ÁSG entienda bien dicha posición doctrinal, como lo muestra el párrafo siguiente a aquel que reproduce la opinión del autor español y donde ÁSG afirma, sin ninguna preocupación por conservar coherencia conceptual, que “[l]o expuesto en precedencia debe ser concatenado con lo cognitivo, esto es con conocimiento [sic] que tiene la persona al momento de llevar a cabo la conducta punible”¹⁶. Es decir, después de hacer suya una posición caracterizada por excluir una comprensión subjetiva del dolo, ÁSG “concatena” esa posición con una comprensión subjetiva del dolo. No resulta extraño, en consecuencia, que, unos párrafos más adelante, ÁSG vuelva al “dolo psicológico”¹⁷.

Contrario a lo afirmado por ÁSG, en el libro no “se describen y analizan conceptos, teorías”¹⁸. Un indicador del compromiso conceptual con que ÁSG emprende su tarea es la definición de su objeto de estudio, el cual a veces es llamado lavado de activos y a veces blanqueo de capitales, incluso en el mismo párrafo¹⁹. La diferencia entre ambos sería, según ÁSG, que “el blanqueo de capitales apunta a actividades de origen negro, que trasciende al ilícito ... en tanto el lavado de activos [sic] esa misma actividad precedente tiene su génesis en lo sucio, que finalmente se proyecta en delito”²⁰. En ningún momento va a desagregar ÁSG ilícito de delito²¹, ni va a explicar en qué consiste lo negro o lo sucio del comportamiento que precede al blanqueo de capitales y al lavado de activos, respectivamente. Por el contrario, sí va a reemplazar un análisis conceptual ordenado y coherente por expresiones como “dineros de mala procedencia”, “burla a la administración de justicia”²², “dineros espurios” y “artimañas o ardides”²³, las cuales se refieren al mismo objeto de estudio antes llamado negro y sucio.

Con ese mismo nivel de compromiso conceptual describe ÁSG al autor del artículo 323: “Quienes se dedican a lavar dinero, a no dudarlo son personas sin ninguna clase de escrúpulos que se valen de cualquier subterfugio con el fin de sacar adelante su delincuencia”²⁴. Esa defensa de la culpabilidad por el carácter es compatible con la fusión de la tipicidad con la culpabilidad visible en la siguiente cita: “... por esa vía [la satisfacción del “verbo rector” encubrir] se estructura la tipicidad y el juicio de reproche

15 Ibid., 160.

16 Ibid., 161.

17 Ibid., 164.

18 Ibid., XXI.

19 Ibid., XXII, 22, 114 y 151.

20 Ibid., 28

21 En las pp. XXI, 70, 123 y 162 lo llama reato.

22 Ibid., 41.

23 Ibid., 102.

24 Ibid., 104.

a la conducta de quien se dedica a lavar activos”²⁵. El juicio de reproche no es, según ÁSG, al autor del delito, sino a la conducta, la cual, como en la culpabilidad por el carácter, sirve como indicador de la culpabilidad. A propósito de los “verbos rectores” del artículo 323, ÁSG no nota la sinonimia en que incurre cuando, con ayuda del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el término ocultar como encubrir, para después definir el término encubrir, apoyado en la misma fuente, como ocultar²⁶.

En otro tema, importante de acuerdo con el enfoque favorecido en el libro, ÁSG renuncia expresamente a todo tipo de reflexión teórica; el tema es “[l]a gravedad del lavado de dineros”, que según ÁSG ocurre “en cantidades que de verdad no cubre nuestro pensamiento”²⁷. Ya antes había dicho que “el fenómeno del lavado de activos ha alcanzado proyecciones inimaginables”²⁸. En un texto que pretende ser una investigación científica²⁹ y que se justifica por la frecuencia del delito de lavado de activos y su incidencia en la actividad económica³⁰ la cantidad de dinero lavado sí tendría que estar cubierta por el pensamiento; para eso existe la investigación cuantitativa en las ciencias sociales. El hecho de que la investigación de ÁSG no sea una del tipo cuantitativo no lo exime de informarse sobre aspectos que, desde el enfoque que ÁSG pretende privilegiar, resultan relevantes.

Aunque en este punto el libro dista de ser claro, pareciera que ÁSG salva el problema anterior transitando alegremente de la teoría del bien jurídico, aparentemente favorecida por él, a la teoría de la vigencia de la norma. Así, después de resumir, sin mayor contexto, lo que serían las concepciones de dos autores alemanes, afirma: “Téngase en cuenta que el cambio del concepto de bien jurídico conllevaría a concluir que lo que ciertamente se debe proteger no son intereses económicos particulares, sino la vigencia real y concreta de la norma”³¹. ÁSG no ve mayor incompatibilidad entre estas dos teorías porque “la vigencia de la norma siempre debe marchar acorde con el bienestar jurídico de los asociados, independientemente de quien detente el poder”³².

De otra parte, cuando no renuncia a la reflexión teórica, ÁSG presenta serias debilidades en su argumentación. Por ejemplo, ofrece un argumento poco transparente y un débil sustento legal de aquello que, aparentemente, sería su tesis central. De acuerdo con ÁSG, la expresión del artículo 323

²⁵ Ibid., 121.

²⁶ Ibid., 34.

²⁷ Ibid., 78.

²⁸ Ibid., 22.

²⁹ Ibid., XXI.

³⁰ Ibid., 7, 21, 23 y 151.

³¹ Ibid., 17.

³² Ibid., 165.

“o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito” apoyaría “un razonamiento concluyente para sostener nuestra teoría que [sic] el lavado de activos no es predicable únicamente del bien jurídico del orden económico social”³³; pero, como ÁSG muy bien sabe, esa expresión fue declarada inconstitucional³⁴. Es poco transparente esta argumentación porque, en un momento temprano del libro, descansa en una oración del artículo 323, en tanto derecho positivo, aunque ÁSG sabe que dicha oración fue declarada inconstitucional, algo que sólo tematiza en un momento posterior del libro y desligado de su “razonamiento concluyente”. Y es, además, un argumento débil porque descansa en la fuerza legal de una oración declarada inconstitucional.

A propósito de lo que sería la tesis central del libro ÁSG afirma que una forma de interpretar el artículo 323 es entendiendo que tiene un “único verbo generacional descubierto”³⁵; qué significa esa combinación de palabras, a la que no se vuelve a referir en lo sucesivo, es algo que ÁSG no comparte con sus lectores. En esa misma línea de aspectos que ÁSG da por presupuestos en el lector, el siguiente párrafo es inmejorable: “Al decir internacionalización, se quiere significar la forma de originar el derecho en las decisiones sobre la utilidad de concentrar en el ordenamiento jurídico, medidas de entorno punitivas como un inicio supranacional, acerca del bien que se busca proteger con este reato”³⁶.

En ese apretado párrafo hay, por lo menos, cuatro grandes temas; fuentes del derecho (“forma de originar el derecho”), legitimidad del derecho penal (“utilidad de concentrar en el ordenamiento jurídico, medidas de entorno punitivas”), relación entre el derecho nacional y el internacional (“inicio supranacional”) e interpretación teleológica del derecho, nacional e internacional (“acerca del bien que se busca proteger”). Pero ÁSG no se va a ocupar de ninguno de ellos, simplemente los presupone; tampoco se va a ocupar de otras definiciones de la expresión “internacionalización” que sirvan de contraste frente a su propuesta. El lector solo dispone de esta abstrusa definición.

En otros lugares del libro ÁSG asume que demostró ciertas hipótesis, sin que sea del todo claro que lo haya hecho. Por ejemplo, cerrando un tema afirma que “[l]a positivización supranacional del lavado de activos ... se identifica con la laxitud y en veces ausencia de formalización de las reglas de recriminación y de los pilares garantistas”³⁷; sin embargo, nada de lo dicho antes sustenta esa afirmación. Más adelante se lee: “Deduce [sic] de lo expuesto que son dos las partes que se regulan en

33 Ibid., 35.

34 Ibid., 117.

35 Ibid., 35.

36 Ibid., 70.

37 Ibid., 74.

el ámbito supranacional en tanto lavado de activos, como son: el financiero y el punitivo”³⁸; pero esta afirmación no es una deducción a partir de ideas que se hubieran desarrollado antes, ni siquiera que se hubieran mencionado.

El siguiente párrafo ilustra bastante bien la forma como razona ÁSG: “Cabe enfatizar que un sector de la doctrina Italiana [sic], es de parecer que el lavado de activos es un delito contra la Administración de Justicia; y al analizar el artículo 301 del Código Penal español, que está incluido en el Capítulo de la Receptación y otras conductas afines, pertenece al Título de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, por lo que, pareciera que el bien jurídico tutelado con mayor relevancia fuera la Administración de Justicia”³⁹.

Ese párrafo parece contener dos oraciones descriptivas y una conclusión. La primera oración descriptiva está referida a la doctrina italiana, cuya opinión sería que el lavado de activos es un delito contra la administración de justicia; la segunda versa sobre la ley penal vigente en España, la cual incluiría el lavado de activos en los delitos contra el patrimonio. La conclusión, según la cual “pareciera que el bien jurídico tutelado con mayor relevancia fuera la Administración de Justicia”, la agrega ÁSG sin ningún puente o carril de inferencia que soporte que la opinión de la doctrina italiana es más importante que el derecho positivo español. Por lo menos en términos lógicos no se trata de una conclusión, sino de una opinión carente de sustento.

Hasta aquí me he referido a aspectos del libro que lo muestran carente de método, argumentativamente débil, desordenado y, principalmente, incapaz de abordar problemas interpretativos concretos del artículo 323 del código penal colombiano. El estilo de ÁSG, además, incluye expresiones como “escrutando dejar claro”⁴⁰, “[n]o embargante lo anotado”⁴¹ y “pero ello, no es óbice para inferir que tampoco es menos cierto”⁴². ÁSG también abusa de citas de textos legales; una en particular, con paráfrasis menores, abarca 19 páginas⁴³. El texto del libro contiene abundantes faltas de ortografía, de sintaxis y de puntuación que hablan de un deficiente proceso de edición.

Para finalizar quiero referirme a tres capítulos del libro y a la bibliografía. El capítulo dos pretende ser un estudio de derecho comparado, pero su desarrollo es insuficiente en alto grado. La sección 2.2

38 Ibid., 75.

39 Ibid., 78.

40 Ibid., XXIII.

41 Ibid., 75.

42 Ibid., 168.

43 Ibid., 82-101.

sobre “Legislación internacional sobre el lavado de activos” parece descansar en la relación entre el derecho nacional y el internacional, pero ÁSG no aclara en qué consiste esa relación ni fija su postura al respecto. Las secciones 2.3, 2.4 y 2.5 son confusas; a veces parecen criticar la regulación del lavado de activos, pero otras veces resultan ingenuas sobre la capacidad de esas regulaciones para erradicar un fenómeno complejo. El título de la sección 2.3, “El lavado de activos en el derecho penal comparado”, excede el modesto desarrollo que le sigue. En particular, ÁSG omite señalar la conexión entre el derecho colombiano y los eventos internacionales a los que se refiere en las secciones 2.3 y 2.4. Queda la impresión de que ÁSG estuviera reproduciendo una reflexión válida para España.

La sección 2.4 no es más que una transcripción de regulaciones legales del delito de lavado de activos en distintos países, en algunas de ellas sin indicación de la fuente. Pero el derecho comparado es mucho más que eso; en particular, exige un nivel suficiente de conocimiento de los ordenamientos jurídicos que se comparan. ÁSG no ofrece ninguna razón a favor de su conocimiento del derecho alemán, australiano, argentino, belga, canadiense, cubano, danés, ecuatoriano, español, estadounidense, francés, italiano, luxemburgués, mejicano, panameño, peruano, inglés, suizo o venezolano. En ningún caso suministra ÁSG el contexto de la disposición legal transcrita o discusiones acerca de su mejor interpretación; mucho menos desarrolla la solución de algún problema interpretativo concreto del artículo 323 del código penal colombiano a la luz de alguno de los ordenamientos jurídicos extranjeros cuyas disposiciones transcribió, de forma tal que pudiera comparar esta solución con la propia del derecho nacional. Es más que dudosa la utilidad del capítulo.

El capítulo tres pretende ser un estudio dogmático del tipo penal de lavado de activos. A juzgar por el contenido del capítulo, por estudio dogmático entiende ÁSG la aplicación del repertorio conceptual propio de la teoría general del delito de origen alemán a un tipo penal; o, con otras palabras, una generalización de la parte especial. El resultado de ese ejercicio es bastante pobre. Por ejemplo, a propósito de la “clasificación del tipo” del artículo 323 ÁSG dice, como si se tratara de notas sueltas: “Mera actividad, de peligro, conducta instantánea y pluriofensivo”⁴⁴. Esta lacónica clasificación no explica cómo puede ser instantánea la forma de ejecución descrita en el tipo como “conservar”, la cual parece apuntar a un estado que se prolonga en el tiempo. Tampoco explica ÁSG ninguno de los elementos normativos del tipo; incluso su enunciación es incompleta⁴⁵. De otra parte, ÁSG agrega, sin ninguna explicación, un elemento subjetivo que no está en el tipo del artículo 323. Así, al presentar la conducta típica afirma: “[S]e trata de un tipo compuesto alternativo que al realizarse se concreta en la infracción de la norma, siempre que el propósito del agente sea el de: Adquirir, resguardar...”⁴⁶. Pero

44 Ibid., 123.

45 Ibid., 123.

46 Ibid., 124.

ÁSG no le explica a sus lectores qué rol juega este propósito agregado por él.

Al estudiar los “verbos rectores” del artículo 323 ÁSG acude al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁴⁷. Aunque este defecto no es propio de ÁSG, sino incluso tendencia usual en la práctica del derecho penal colombiano, es difícil compaginar una dogmática conceptual, como la que supuestamente favorece ÁSG, con el estudio atomístico de los delitos de acuerdo con la definición que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española tiene de las palabras usadas en la ley. No resulta extraño, en consecuencia, que ÁSG no haga ningún esfuerzo por relacionar las distintas definiciones de diccionario, ni entre ellas ni con su idea de bien jurídico.

El capítulo cuatro pretende ser un estudio jurisprudencial. Con algo más de trabajo este capítulo habría podido ser relativamente útil a propósito de la exigencia de prejudicialidad del delito subyacente al lavado de activos. Pero ÁSG no sabe cómo identificar una línea jurisprudencial; no indica, por ejemplo, la representatividad de su muestra, ni los criterios que guiaron su elección. De otra parte, ÁSG se limita a reproducir fragmentos de las sentencias que incorporan reflexiones de derecho, sin presentar los hechos concretos que suscitaron en la Corte Suprema de Justicia las reflexiones transcritas. Este defecto tampoco es exclusivo de ÁSG, sino también tendencia usual en la práctica del derecho penal colombiano; pero resulta difícil identificar el rol de la jurisprudencia en nuestro sistema de fuentes si se la trata como a la ley.

Finalmente, quiero destacar una fuente bibliográfica referenciada en el capítulo de “Bibliografía citada y consultada” y una usada a lo largo del texto, pero no referenciada en dicho capítulo. La fuente referenciada es “Tiedemann, K. (1993). *Entwicklong [sic] und Begriffdes [sic] Wirstschaftsstrafrechts [sic]*. Barcelona”⁴⁸. Probablemente se trata de un artículo de Klaus Tiedemann publicado en 1969 en la revista alemana *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* y que se titula *Entwicklung und Begriff des Wirtschaftsstrafrechts*. Teniendo en cuenta lo descuidado del libro, el error en la referencia de un título en alemán podría ser un defecto en el proceso de edición. Queda, en todo caso, por explicar la ubicación de la fuente en Barcelona. La referencia es usada en el cuerpo del libro a propósito de la definición del derecho penal económico, y allí sí aparece con el año correcto de publicación pero se cita la página 61⁴⁹; necesariamente se trata de una cita incorrecta, pues el artículo de Tiedemann inicia en la página 71 del *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* de 1969.

La incorrecta redacción del título del artículo en alemán, la ubicación incorrecta de la fuente

⁴⁷ Ibid., 125.

⁴⁸ Ibid., 184.

⁴⁹ Ibid., 2.

bibliográfica y la cita incorrecta de la página hacen sospechosa la cita. Además, ÁSG usa este recurso en su definición de derecho penal económico, pero después de mencionar a Tiedemann acoge la definición de un autor español que, según ÁSG, sigue la definición de Tiedemann⁵⁰; queda la impresión de que la alusión a Tiedemann es, en realidad, una cita indirecta. Salvo una segunda referencia abstracta⁵¹, ÁSG no va a volver a mencionar a Tiedemann, lo cual resulta extraño pues, en la sección 2.1 sobre “Lavado de activos, concepto y naturaleza”, va a afirmar que en Alemania el objeto de la acción del lavado de activos no se entendería como “objeto patrimonial” sino como “objeto”, “sin que considerara la doctrina que se puedan apreciar diferencias prácticas”⁵². Esta última afirmación es falsa; precisamente Tiedemann cree que “objeto” sólo es susceptible de la acción típica esconder [*verbergen*], entendida como cambio de lugar de la cosa, mientras que la acción típica disimular [*verschleiern*], entendida como apariencia de origen legal, aplica a “valor patrimonial”. Así se lee en la página 390 de la quinta edición de su *Wirtschaftsstrafrecht* de 2017.

A lo largo del libro ÁSG menciona a Hernando Hernández⁵³, quien, no obstante lo frecuente de sus citas, no está referenciado en la bibliografía. Teniendo en cuenta que el nombre de Hernández se asocia con el año 2008, probablemente se trata de su artículo “El lavado de activos en Colombia: Consecuencias del cambio de la receptación a un tipo penal autónomo”, publicado ese año en el número 90 de la revista colombiana *Nuevo Foro Penal*; aunque también podría tratarse de su libro *El lavado de activos*, cuya cuarta edición corresponde al año 2017. En todo caso se trata de una suposición; el lector no tiene como corroborarlo.

Hablando de Hernández, es curioso que ÁSG no haya tenido en cuenta la crítica de Hernández a la declaratoria de inconstitucionalidad de la oración del artículo 323 “o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”. Cualquiera que esté familiarizado con la obra de Hernández sabe que él defendía, antes de la sentencia de la Corte Constitucional, la oración declarada inconstitucional como “suficiente para englobar todos los comportamientos a que se refieren los verbos rectores utilizados en el tipo penal analizado [se refiere al artículo 323]”. Así se lee en la página 136 de la tercera edición de su libro *El lavado de activos* de 2002. Esta omisión es sensible porque el argumento de Hernández habría brindado apoyo a la que, aparentemente, sería una de las tesis centrales de ÁSG y que, como ya tuve oportunidad de mencionar, descansa en un argumento poco transparente y débil.

Se trata, en conclusión, de un libro de poca utilidad para el lector.

⁵⁰ Ibid., 2.

⁵¹ Ibid., 3.

⁵² Ibid., 26.

⁵³ Entre otras, en las pp. 5, 46 y 81.

FINANCIACIÓN ILÍCITA DE LA POLÍTICA V. FINANCIACIÓN DE LOS POLÍTICOS. A PROPÓSITO DEL “CASO CORPESCA”

MIRIAM CUGAT MAURI*

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 29 de octubre de 2021.

RESUMEN

Bajo la etiqueta genérica de la “corrupción” se agrupan hechos de muy diversa naturaleza y que requieren de respuesta jurídica diferenciada. El “Caso Corpesca” es una buena muestra de las distintas dimensiones de análisis que pueden confluir en el fenómeno de la corrupción política, más en concreto de los parlamentarios, y que no reciben una respuesta jurídica uniforme en los distintos países. Las concretas características de la actividad de senadores y diputados, que se sirven de asesores e intervienen en un proceso de toma de decisiones complejo y colectivo, ofrecen la oportunidad de reflexionar acerca de cuestiones como la identificación de los actos que pueden ser objeto del delito de cohecho, su delimitación del tráfico de influencias, o la responsabilidad de los partidos políticos.

PALABRAS CLAVE

Financiación ilícita de los partidos políticos, corrupción, tráfico de influencias, actividad parlamentaria

* Profesora titular de derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona. Correo: miriam.cugat@uab.cat

ILLICIT FINANCING OF THE POLICY V. FINANCING OF POLITICIANS. ABOUT THE “CORPESCA CASE”

MIRIAM CUGAT MAURI**

Received: September 30, 2021. Accepted: October 29, 2021.

ABSTRACT

Under the generic label of “corruption”, facts of a very distinct nature are grouped together and which require a differentiated legal response. The “Corpesca Case” is a good example of the different dimensions of analysis that can converge in the phenomenon of political corruption and, more specifically, of parliamentarians, and which do not receive a uniform legal approach in different countries. The specific characteristics of the activity of senators and deputies, who act as advisors and intervene in a complex and collective decision-making process, offer the opportunity to reflect on issues such as the identification of the acts that may be the object of the crime of bribery, delimitation of influence peddling, or the responsibility of political parties.

KEY WORDS

Illicit financing of political parties, corruption, influence peddling, parliamentary activity

** Professor of Criminal Law at Universidad Autónoma de Barcelona. Email: miriam.cugat@uab.cat

1. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia nos llegan noticias sobre la corrupción o financiación ilícita de la política cuando, en realidad o como mínimo en parte, de lo que se está hablando es de la corrupción personal de los servidores públicos que, aunque pueda confluir en los mismos hechos, responde a motivaciones y dinámicas distintas. Por este motivo, es importante diferenciar entre uno y otro fenómeno con el fin de acertar en la respuesta penal adecuada⁰¹. A este objetivo se dirigen las siguientes páginas sobre “Caso Corpesca” que nos invita a reflexionar acerca de los elementos distintivos de uno y otro fenómeno para los que los ordenamientos chileno y español prevén soluciones esencialmente coincidentes, aunque con matices.

2. EL CASO CORPESCA

De acuerdo con el “Acta de deliberación RIT 309-2018” de dos de diciembre de dos mil veinte de la Sala del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de Chile –en adelante, el Acta–, los hechos objeto de enjuiciamiento en el “caso Corpesca” pueden dividirse en tres grupos.

a) El *desvío de la función pública* en favor de Corpesca a cambio de contraprestación, por parte de dos parlamentarios. Por un lado, una diputada que habría facilitado a la corporación el “no a la licitación” “en plena época de tramitación del Boletín 8091-03, de la Ley de Pesca, en la Cámara de Diputados, sede de desempeño de la solicitante, quien además integraba la Comisión específica de discusión de la materia, la Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos”, a cambio de la financiación de determinadas actividades políticas (págs. 11 ss. del Acta). Por otro lado, el senador, condenado por conseguir que la Contraloría General de la República aprobara un pronunciamiento favorable al criterio de Corpesca sobre el modo de establecer anualmente las cuotas de captura del jurel (págs. 23 y 25 del Acta) y “recibir instrucciones y observaciones con las posturas de la empresa Corpesca S.A

01 Sobre la situación en España me remito a Miriam Cugat Mauri “La responsabilidad penal de los cargos de los partidos políticos: alternativas típicas y zonas oscuras”, en *Responsabilidad Jurídica y Política de los Partidos en España*, comp. Mercedes García Arán/ Joan Botella Corral (Valencia, Tirant lo Blanch, 2018)

sobre las materias de la ley de pesca y haber votado en tal sentido en los temas esenciales : Licencias, Licitaciones y Transferibilidad” (págs. 24 y 26 del Acta), a cambio de beneficios económicos (págs. 27 ss. del Acta), sin que consiguiera acreditarse que estuvieran destinados al partido (págs. 23 y 30 del Acta).

b) El daño a *la integridad del patrimonio público* a través del pago de servicios de asesoría inexistentes o con sobrecoste, con recurso al mecanismo de “simular la contratación de asesorías parlamentarias en virtud del régimen antes descrito, y por las cuales se entregaban boletas ideológicamente falsas al Senado, ya sea, por constituir boletas de servicios sobrevaloradas, es decir, haciendo creer y pagar al Senado un valor mayor al cobrado por el asesor, y en otras ocasiones, donde las boletas eran absoluta y totalmente simuladas, al establecerse que las referidas asesorías nunca existieron” (pág. 15 del Acta).

c) El supuesto ataque a *los intereses recaudatorios del Estado* por la contabilización de los sobornos como costes de empresa bajo la cobertura de “boletas ideológicamente falsas con el fin que ésta pudiera ingresarlas a su contabilidad y así justificar dichos egresos, de modo que pudieran ser rebajados como gastos a la hora de determinar la Base Imponible del Impuesto a la Renta de Primera Categoría a que dicha empresa está obligada” (pág.4 del Acta), que en contra de lo pretendido por la acusación, no sirvieron para fundamentar la aplicación del delito contra la Hacienda Pública.

De acuerdo con la misma Acta, los anteriores hechos fueron *declarados constitutivos de los delitos* que se relacionan a continuación:

a) *delito de cohecho* por la negociación de comisiones a cambio de favores en el ejercicio del cargo por el que fueron condenados la diputada y el senador en la modalidad de cohecho pasivo del art. 248 bis del Código Penal chileno –en adelante, CPCh–⁰² y la *Sociedad Corpesca*, en la modalidad de cohecho activo del art. 250 CPCh⁰³, en virtud de la Ley núm. 20.393, de 2-12-2009 reguladora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas -en adelante, RPPJ–⁰⁴.

b) *delito de fraude al fisco* tipificado en el art. 239 CPCh⁰⁵ por la emisión de boletas (facturas) de

02 Delito paralelo a los que el Código Penal español –en adelante, CPE– contiene en los arts. 419 (cohecho pasivo propio antecedente) y 421 (cohecho subsiguiente), y que presenta elementos coincidentes con el delito de tráfico de influencias que el Código Penal español regula en los arts. 428 a 430.

03 Delito equivalente al que el Código penal español –en adelante, CPE– contiene en el art. 424 (cohecho activo).

04 A diferencia del derecho penal chileno, en Derecho español, la RPPJ se regula en el Código penal (arts. 31 bis, ss y cc.) y también contempla la RPPJ por el delito de cohecho activo.

05 No se confunda el delito de “fraude al fisco” del CP chileno con el fraude fiscal español. La figura correspondiente a aquella debe encontrarse entre los delitos contra la Administración pública y, en especial, el delito de fraudes ilegales del art. 436 CPE.

honorarios y prestación de servicios falsos por el que fueron condenados el senador y uno de los emisores de las mismas.

Por el contrario, la sentencia *absuelve por el delito tributario* por la facilitación a la empresa de boletas de honorarios falsas, tipificado en el art. 97 N° 4 inciso final del Código Tributario⁰⁶, que se había imputado a la diputada y al senador.

3. LA CAPACIDAD DEL DELITO DE COHECHO PARA LA PERSECUCIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

3.1. LAS POSIBILIDADES DEL TIPO DE COHECHO FRENTE A LOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y FINANCIACIÓN ILÍCITA

En este caso se consideró probado que las sumas solicitadas por la diputada estaban destinadas a la financiación de actividades políticas, no así en el caso del senador a pesar de sus alegaciones defensivas. Es precisamente esta *dimensión política del caso* la que le confiere especial interés y nos lleva a plantear hasta qué punto el delito de cohecho por el que se acusó no solo sirve para la persecución de la corrupción destinada al propio beneficio, sino también la que contribuye a la financiación ilícita de los partidos políticos.

La premisa de la que se parte es que para que el delito de cohecho sea útil al fin de persecución de la financiación ilícita de los partidos políticos, debería poder apreciarse en los supuestos en que quien negocia es el partido y el beneficio redunda, asimismo, en su favor.

Lo anterior nos lleva a plantearnos quién puede ser autor y qué debe hacer para cometer el delito de cohecho, y más concretamente en su modalidad de cohecho propio antecedente como el que fue objeto de condena, para lo que se hará mención a las diferencias entre el Código Penal chileno y el español (arts. 248 bis CPCh y 419 CPE, respectivamente).

Desde la óptica del derecho penal español, en la dinámica comisiva del cohecho propio antecedente del art. 419 del CPE⁰⁷ pueden aparecer hasta cuatro personas de las que tres pueden situarse en el lado del funcionario corrupto: quien negocia -solicita o recibe-, quien eventualmente actúa en su nombre -por sí o por persona interpuesta-, y quien eventualmente se beneficia del negocio corrupto -en provecho

⁰⁶ Hallándose su correspondiente español en el delito contra la Hacienda Pública previsto en el art. 305 CPE, y el delito de falsedad documental tipificada en los arts. 390 ss. CP.

⁰⁷ Art. 419 CPE: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta”.

propio o de un tercero-, que puede ser distinto del primero⁰⁸. Al otro lado de la negociación estaría el que ofrece o entrega la contraprestación, al que se le aplicaría el tipo de cohecho activo del art. 424 CPE. Los mismos sujetos pueden aparecer en los correspondientes tipos chilenos de cohecho pasivo del art. 248 bis CPCh, que hace mención al funcionario que *solicita o acepta* un beneficio, que puede ser *para sí o un tercero*, así como el cohecho activo del art. 250 CPCh. A parte de otras diferencias que no vienen al caso –como la regulación conjunta del cohecho antecedente y subsiguiente–, la diferencia más visible entre el tipo chileno y el español es que en el primero no se hace mención al intermediario (la persona interpuesta) del que puede valerse el funcionario, lo que, sin embargo, no obsta a la aplicación del tipo a estos supuestos.

Así las cosas, “el tipo de cohecho puede servir para la persecución de la financiación ilícita de los partidos, en la medida en que incluye los supuestos en que el funcionario actúa en beneficio de un tercero”, con independencia de si coetáneamente obtiene o no un beneficio para sí. En esta línea, la resolución analizada no solo admite que el delito de cohecho pueda ser en beneficio del partido, sino que subraya que esta finalidad no puede actuar como causa de justificación de la conducta del funcionario⁰⁹.

Sin embargo, la dinámica comisiva no siempre será esta. La importancia que tienen los partidos como proveedores de cargos públicos es tal que puede llegar a conferirles poder bastante para negociar en nombre de los funcionarios que se hallan bajo su órbita de influencia. Así las cosas, el partido podría solicitar un precio a la contratista a cambio de conseguirle la adjudicación deseada por parte del funcionario de su órbita de influencia. Tales “supuestos, que se caracterizan por el protagonismo del partido en la decisión sobre la desviación de la función, pueden quedar al margen del tipo de cohecho que está pensado para los casos en que es el funcionario quien negocia o dispone acerca del destino de la contraprestación”.

08 Sin embargo, no pueden desconocerse algunas opiniones en contra que, interpretando estas expresiones en sentido restrictivo, consideran que el beneficio para el tercero debe serlo también para uno mismo como sucede claramente en el caso de conseguir un puesto de trabajo para el familiar que vive a expensas del autor del delito.

Ahora bien, fuera de esta línea interpretativa minoritaria, técnicamente no se observa problema alguno para apreciar el delito de cohecho por los negocios en beneficio del partido, como pueden ser los que tienen por fin el pago de sus gastos a cargo de otro. Con todo, como se explicará, el problema no reside tanto en la admisión del tercero como beneficiario, lo que incluiría al partido, como en la incoherencia de situar el centro de imputación penal en el funcionario y no en el partido cuando es éste el responsable último de que se actúe en su beneficio.

09 “Por otro lado, gran parte de los fundamentos de la defensa del señor Orpis se basó en justificar tanto las acciones referidas al delito de fraude al fisco como del delito de cohecho precedente, en un financiamiento de campañas y deudas políticas, tanto suyas como de correligionarios del partido, e incluso en un desorden o aprovechamiento de su equipo de trabajo. Al respecto, se considera que la motivación económica sustentada en un financiamiento del aparataje político general de la época, según manifiesta el acusado, aún de ser efectiva -circunstancia que no resultó probada- no parece razonable como una justificación plausible a dichas conductas, máxime, si afecta el patrimonio de todos los chilenos y el principio de igualdad de los mismos frente a la autoridad pública, no resultando aceptable actuar al margen de toda norma legal” (pág. 30 del Acta de deliberación RIT 309-2018).

Ante tal limitación del delito de cohecho, “en España, puede acudirse al delito de tráfico de influencias” que permite castigar a quien solicita una contraprestación a cambio de influir sobre el funcionario competente u otro con influencia sobre el mismo (art. 430 CPE¹⁰), así como a quien efectivamente ejerce influencia sobre aquel (arts. 428¹¹ y 429¹² CPE).

Por esta vía el tipo de tráfico de influencias podría servir para reprimir determinados mecanismos de financiación ilícita de los partidos. Con todo, en su actual configuración, esta tipicidad presenta limitaciones.

En primer lugar, porque tal como sucede con el delito de cohecho antecedente que fue objeto de acusación en el caso Corpesca, “el delito de tráfico de influencias también exige demostrar la orientación final o causalidad” entre el pago y el acto del cargo –que es lo que en el caso de autos se discutía respecto de alguno de los episodios imputados a la diputada¹³– o el destino a un funcionario concreto aun sin concretar el acto –en el caso del llamado cohecho de facilitación que al tiempo de los hechos todavía no se hallaba tipificado en Chile¹⁴–.

En segundo lugar, porque en su actual configuración, la figura española de tráfico de influencias “deja fuera del objeto del delito a las actuaciones no constitutivas de resolución administrativa”, como pueden ser las votaciones parlamentarias que en el caso enjuiciado tuvieron lugar a lo largo de la tramitación de las leyes de pesca.

Por lo tanto, el tipo penal español de tráfico de influencias, aun adaptándose más precisamente a la dinámica negociadora de los partidos que sitúa su centro de gravedad fuera de la Administración pública, no es plenamente satisfactorio.

Distinta es la respuesta del Derecho penal chileno que regula las conductas de ejercicio de influencias en dos tipicidades distintas. Por un lado, en el ap. 2 del art. 248 bis CPCh que tipifica como cohecho

¹⁰ Art. 430 CPE: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa”.

¹¹ Art. 428 CPE: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero,”

¹² Art. 429 CPE: “El particular que influyere...”.

¹³ “considerándose asimismo que tales pagos fueron efectuados, en una época a la que no puede vincularse una actuación de ésta, en materia legislativa pesquera, en los términos expuestos en la inculpación, por lo cual no cabe sino demeritar este rubro de la acusación” (pág. 10 del Acta de deliberación RIT 309-2018).

¹⁴ Arts. 422 CPE y 248 CPCH, introducido por Ley 21121 Art. 1 N° 10, D.O. 20.11.2018, que en consecuencia era inaplicable retroactivamente a los hechos enjuiciados previos a la misma.

pasivo la exigencia de contraprestación a cambio del ejercicio de influencias en favor de tercero¹⁵; por otro lado, en el art. 240 bis CPCh¹⁶ que castiga el ejercicio de influencias en interés propio o de personas afines¹⁷. Las diferencias con la regulación española son manifiestas.

Desde el punto de vista de la autoría, mientras los delitos de tráfico de influencias recogidos en los arts. 429 y 430 del CP español son comunes, los tipos recogidos en los arts. 240 bis y art. 428 bis del CP chileno son especiales. En otras palabras, “el Código penal chileno solo contempla el ejercicio de influencias por parte del funcionario”, no así del particular, sin perjuicio de que, en su caso, éste pueda responder como partícipe a título de inductor del acto efectivamente realizado por aquél. “Por el contrario, el Código penal español no solo castiga al funcionario, sino también al particular que vende o ejerce influencias”. Por lo tanto, el CP chileno no contiene una figura delictiva que tipifique como acto de corrupción los supuestos en que es el partido –en su calidad de particular ajeno a la Administración– quien negocia la influencia que puede ejercer sobre los funcionarios de su órbita. Ello sin perjuicio de recorrer a las figuras genéricas de participación, cuando proceda.

Por otro lado, a diferencia del Código chileno, “el Código penal español no castiga la mera compra de influencias que no vaya seguida de su ejercicio. El delito de tráfico de influencias del art. 430 CP español se limita a los actos de venta de influencias”¹⁸; a diferencia del delito de cohecho activo del art. 250 CP chileno que castiga la mera compra de los actos recogidos en el art. 248 bis¹⁹, que incluyen el ejercicio de influencias.

En contrapartida, “el Código penal chileno exige que la negociación se realice con el funcionario, mientras que el Código penal español admite la negociación con un particular con influencia sobre

¹⁵ Art. 248 bis CPCh: “Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un **provecho para un tercero interesado**.”

¹⁶ Art. 240 bis CPCh: “Las penas establecidas en el artículo precedente serán también aplicadas al empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, **ejerciere influencia en éste para obtener una decisión favorable a sus intereses**.”

Las mismas penas se impondrán al empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos segundo y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses...”

¹⁷ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. “Delitos contra la probidad administrativa”, Héctor Hernández Basualto, <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Hern%C3%A1ndez-Basualto-H%C3%A9ctor-Delitos-contra-la-probidad-administrativa.pdf>

¹⁸ Distinta es la compra de influencia seguida de su ejercicio que puede ser castigada a título de inducción a los delitos de ejercicio de influencias de los arts. 428 o 429 CPE, según el caso.

¹⁹ Art. 250 CPCh: “El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas...”

éste”.

Por fin, mientras “el tipo penal español exige que la influencia se encamine a la obtención de una resolución”²⁰, no sucede lo mismo con el art. 248 bis CPCh, que se extiende a toda “*decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado*”. Por lo tanto, puede extenderse a los actos políticos.

En suma, si bien el art. 248 bis CPCh que se aplicó en este caso sirve sin duda alguna para la persecución de la corrupción de los políticos que ocupan cargos públicos, presenta muchas más limitaciones para la persecución que se gesta en el seno de los partidos que no siempre tendrán que ofrecer algo a cambio para que los funcionarios de su órbita sigan sus indicaciones, ni siempre que reciban dinero estará destinado a sufragar actuaciones públicas determinadas de antemano.

Desde este punto de vista, en España, las esperanzas están puestas en el nuevo delito de financiación ilícita –introducido en el art. 304 bis por LO 1/2015– que desvincula la persecución penal de la financiación ilícita de los partidos de la concreta corrupción de la Administración pública. El problema, desde el punto de vista de la actual regulación positiva, se halla en la infinidad de excepciones y limitaciones aplicativas abundantemente denunciadas por la doctrina especializada. Análogas posibilidades ofrecen los delitos de financiación ilícita regulados en el Decreto con Fuerza de Ley núm. 3, de 6-4-2017, por el que se “fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley nº19.884, orgánica constitucional sobre transparencia, límite y control del gasto electoral”. En todo caso, deberá estarse a las vicisitudes de la aplicación forense de ambas regulaciones.

En el caso sometido a examen se condenó a ambos parlamentarios por el delito de cohecho del art. 248 bis CP ante la prueba de la realización de actos en beneficio de la empresa interesada a cambio de unos pagos que, en el caso de la diputada, se probó que iban destinados a sufragar actividades políticas.

Como se ha dicho más arriba, ningún óbice hay a que el beneficio obtenido favorezca a un tercero como el partido. El problema es otro y es que el fenómeno de la financiación ilícita no termina ahí, pudiendo tener lugar a través del puro ejercicio de influencias sobre los funcionarios de su ámbito de poder, sin poder negociador ni contraprestación alguna para éstos. No es esto lo que se recoge en los hechos probados del caso Corpesca, pero de haber sido así y habernos hallado ante un verdadero problema de corrupción política y no solo de los políticos el problema jurídico hubiera sido otro, pues cuando no es el funcionario competente quien negocia difícilmente podrá aplicarse el delito de cohecho. A ello se suma la imposibilidad de responsabilizar al Partido negociador por inducción a la

²⁰ Art. 430: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores”, esto es, art. 428 CPE: “para conseguir una resolución”.

prevaricación cuando las actuaciones interesadas no son constitutivas de resolución administrativa, como prevé el art. 404 CPE²¹ o art. 228 CPCh²², sino actos políticos como en el caso enjuiciado²³.

3.2. LOS PAGOS PERIÓDICOS O APLAZADOS

Sentadas las anteriores bases aplicativas y afirmada la genérica posibilidad de perseguir, como mínimo en parte, algunos episodios de la financiación de los partidos a través del delito de cohecho, se abre otro orden de cuestiones que tienen que ver con el problema de prueba de la relación de causalidad entre el pago y la desviación de la función y, anudado al mismo, el problema de la determinación del momento de la consumación y el correspondiente *dies a quo* para la prescripción.

La práctica enseña que existen supuestos en que no se actúa negociando cada uno de los pagos y decisiones en favor del particular, sino en el marco de un pacto de mutuo beneficio por el que, por una parte, se entregan cantidades de modo periódico y, por otra, se resuelve en favor del pagador cada vez que se brinda la oportunidad. En casos así ningún problema hay para afirmar la genérica existencia del pacto que está en la base del conjunto de pagos, por un lado, y la serie de actuaciones públicas, por otro. Sin embargo, suscitan problemas en punto a la determinación de la unidad de hecho y la concreción del preciso momento de consumación del que dependerá el inicio del plazo de prescripción.

En el caso enjuiciado, los hechos imputados al Senador responden a la anterior dinámica comisiva (pág. 22 ss. del Acta²⁴), que lleva al tribunal a agrupar los pagos en dos unidades fácticas, cada una de las cuales se asocia a un acuerdo (pág. 28 del Acta) y la correspondiente contraprestación pública (pág. 29 del Acta), dando lugar a la estimación de dos hechos delictivos (pág. 29 del Acta).

Ningún óbice se observa para apreciar la unidad de hecho entre todos los pagos que responden a uno y otro acuerdo, apreciando en consecuencia dos únicos delitos, tal como se recoge en la pág. 29 del Acta: “no compartiendo la calificación de los persecutores en orden a que cada boleta falsa constituye un hecho consumado del injusto en cuestión”.

21 “resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

22 “providencia o resolución manifestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo”.

23 Así, con relación al Senador, se afirma la concurrencia del “acto propio del cargo” objeto del cohecho, por cuanto “la presentación realizada por el sr. Orpís, fue dentro de su actividad como parlamentario, la cual no sólo comprende el área legislativa propiamente tal, esto es, de crear leyes, sino también su esfera política y de representación popular” (pág. 25 del Acta de deliberación RIT 309-2018).

24 “se le atribuye haber solicitado al Gerente General de la empresa Corpesca S.A, un beneficio económico consistente en la entrega mensual de sumas de dinero entre los años 2009 y hasta el año 2013, a cambio de favorecer los intereses de la empresa en su función de legislador a través de actos cometidos con infracción de los deberes de su cargo” (pág. 22 del Acta de deliberación RIT 309-2018).

Ahora bien, una vez identificados los hechos que integran uno y otro delito, el siguiente problema es precisar el momento final de la consumación delictiva que marca el inicio del cómputo de la prescripción, y en este punto es más discutible la solución alcanzada en el caso enjuiciado, pues sitúa el momento de la consumación al tiempo del pacto corrupto, lo que en el peor de los casos podría conducir a que se alcanzara la prescripción antes de la satisfacción del último pago aplazado sin poder hacer nada al respecto.

En el caso enjuiciado, el argumento esgrimido en favor de esta solución fue que nos hallamos ante un delito de mera actividad que se consume con el mero pacto corrupto (pág. 29 del Acta). Sin embargo, esta afirmación merece algún matiz, pues el que nos hallemos ante un delito de “consumación anticipada”, que significa que se realiza con la mera oferta o solicitud de contraprestación, no implica que la ulterior obtención de la misma sea una conducta postdelictiva irrelevante a los efectos de la consumación. El hecho de que un delito se consume en un momento determinado no significa que si la actividad ilícita se mantiene en el tiempo no continúe consumándose y no deba atenderse al último acto ilícito para declarar iniciado el tiempo de prescripción. Desde este punto de vista, en el caso del delito de cohecho, la mera oferta consume, pero si va seguida del pago no podrá empezar a prescribir hasta el fin del mismo.

Así pues, aunque en este caso el aplazamiento y periodificación del pago no suscitara problemas prescriptivos, será importante tener en cuenta las anteriores reflexiones para otros supuestos.

4. LOS DELITOS INSTRUMENTALES Y CONEXOS

Por lo general, los delitos de corrupción no llegan solos. Los pagos ilícitos suelen ocultarse tras facturas por servicios inexistentes y, con frecuencia, como sucede cuando intervienen partidos políticos, involucran a multiplicidad de personas que garantizan el éxito de la operación y la posterior ocultación de las ganancias. En términos penales, ello se traduce en el acompañamiento de los delitos de corrupción por otros constitutivos de falsedades documentales y asociación criminal. En el caso enjuiciado también se planteó el delito de fraude al fisco –que se correspondería con los fraudes ilegales del CP español–, por cuanto el enriquecimiento particular se consiguió a costa del erario público.

No entraremos aquí en el delito de asociación criminal que en España se complementa con los tipos de organización y grupo criminal introducidos con la reforma del Código penal de 2010 (arts. 515 y 570 bis y ter CPE). Los problemas que estas tipicidades plantean son muchos y van desde la posibilidad de

clasificar a un partido como asociación criminal a la delimitación de ésta de la participación delictiva, a la vista de que el tipo de grupo criminal ni tan siquiera exige la nota de estabilidad. Sin embargo, ni debemos dejarlo para otro momento, pues su análisis en profundidad desbordaría las pretensiones de este artículo, además de que tampoco fue objeto de acusación en el caso objeto de estudio.

Asimismo, dejamos de lado el delito de falsedad documental que, aunque sistemáticamente presente en los llamados “delitos de cuello blanco”, no fue objeto de imputación autónoma, sino solo como elemento integrante del delito de fraude a la Hacienda Pública tipificado en el art. 97.4 del Código Penal Tributario por el que se absolvió.

Dejando de lado éstos y otros delitos que pueden aparecer en los episodios de corrupción, a continuación, haremos mención a los únicos que se plantean en el caso enjuiciado: el fraude a la Hacienda Pública y el fraude al fisco.

4.1. EL FRAUDE A LA HACIENDA PÚBLICA POR MEDIO DE FACTURAS FALSAS DEL ART. 97.4 DEL CÓDIGO PENAL TRIBUTARIO CHILENO

En la causa sometida a examen se acusó a la diputada por el delito contra la Hacienda Pública tipificado en el art. 97.4 del Código Penal Tributario chileno²⁵ por la facilitación a la empresa de facturas falsas que determinarían una rebaja de las obligaciones tributarias como consecuencia del correlativo aumento de costes de funcionamiento. Sin embargo, se le absolvió del mismo, entre otros motivos²⁶, por ausencia del elemento subjetivo necesario, pues declara la sentencia que “no resultó probada su voluntad directa y unívoca de posibilitar su utilización por parte de la empresa para rebajar la base imponible del impuesto a la renta del año respectivo” (pág. 6 del Acta).

Así pues, la ausencia del elemento subjetivo requerido determinó la absolución de la diputada del delito de fraude a la Hacienda Pública que, tal como está configurado en el Código Penal chileno,

²⁵ Art. 97.4 del Código Penal Tributario “4°.- Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda o la omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas, la adulteración de balances o inventarios o la presentación de éstos dolosamente falseados, el uso de boletas, notas de débito, notas de crédito o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores, o el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del valor del tributo eludido y con presidio menor en sus grados medio a máximo.”

²⁶ La sentencia absuelve a la acusada de delito tributario en primer lugar, por el incumplimiento de la condición de procedibilidad consistente en la interposición de denuncia o querrela por parte del Servicio, prevista en el art. 162 del Código Tributario chileno –en adelante, CTCh–; que en España desapareció, por cierto, con la reforma del delito fiscal de 1985. En segundo lugar, por la falta de prueba de la facilitación de las boletas por la acusada en todo los casos menos en uno.

absorbe al de facturación falsa²⁷.

Del mismo delito fue acusado el senador y absuelto por idéntico motivo (pág. 13 del Acta²⁸). En contra, se pronunció el voto particular de la Magistrada Bugueño, que consideró que concurre el dolo típico para cuya apreciación es irrelevante la motivación última de la actuación.

En España, la solución hubiera sido distinta. Ni el dolo tributario exige que la voluntad defraudatoria sea el objetivo último de la conducta delictiva –lo que solo es relevante para distinguir entre el dolo de primer y segundo grado o consecuencias necesarias–, ni la falsedad documental por la emisión de facturas por servicios inexistentes²⁹ entra en concurso de leyes con el delito tributario sino de delitos³⁰. Siendo tantas las diferencias, el estudio de los requisitos típicos según el Código Penal español y los criterios interpretativos al uso nos alejaría mucho del comentario a una sentencia que aplica un derecho diverso. Por lo tanto, no ahondaremos en su estudio más que para subrayar la constante presencia de las facturas falsas como medio de ocultación de las comisiones ilícitas en los supuestos de corrupción, como también sucedió en otro gran escándalo de financiación ilícita de partidos políticos en España conocido como el “caso Filesa”³¹.

4.2. EL FRAUDE AL FISCO DEL ART. 239 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO³²

En el caso analizado se consideró probado que el Senador simuló la contratación de asesorías parlamentarias por las que se entregaban boletas/facturas que no se correspondían con ninguna relación de prestación de servicios o a las que se les añadían sobrecostes injustificados, consiguiendo

27 Art. 97.4 del Código penal tributario “4º (...) Si, como medio para cometer los delitos previstos en los incisos anteriores, se hubiere hecho uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados, se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave.”

28 “Que en lo tocante a este acápite de la acusación, este Estrado por mayoría, entiende que el injusto propuesto no se verifica, desde que no se acreditó la voluntad directa, unívoca y específica del acusado de cometer el delito invocado, pues pese a que al encartado se le pueda imputar el conocimiento de la consecuencia de incorporar dichas boletas en la contabilidad de la compañía, tal y como ocurrió, la voluntad manifestada por el acusado, no era otra que obtener el dinero para financiamiento de sus campañas y deudas, pues la forma de obtener ese financiamiento era justamente a través de la entrega de documentos tributarios carentes de respaldo y de servicios, pero no con la intención maliciosa de posibilitar la comisión de alguno de los delitos del artículo 97 del Código Tributario por parte de su financista, sino que ello es una consecuencia de su actuar, que a lo más podría ser constitutiva de dolo eventual.”

29 Supuesto que, según la jurisprudencia mayoritaria es constitutivo de falsedad material punible. Así, STS 1/1997, 28-10 (“Caso Filesa”); en contra, STS 224/1998, 26-2 (“Caso Argentinia Trust”).

30 Así, por ejemplo, SAP Madrid 183/2018, 1-3.

31 Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 1/1997 del 28 de octubre. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz. “Caso Filesa”: sobre la falsedad en facturas como falsedad material punible.

32 Adviértase que lo que en derecho penal chileno recibe el nombre de fraude al fisco (art. 239 CPCh) nada tiene que ver con nuestro fraude fiscal (art. 305 CPE). El equivalente del fraude al fisco chileno es el delito de malversación o fraudes ilegales de los arts. 432 y 436 CPE, respectivamente.

unos ingresos que, con posterioridad, se transferían al senador (págs. 15 ss.).

Estos hechos fueron calificados como delito de fraude al fisco del art. 239 CPCh que no tropezó con especiales problemas aplicativos en un supuesto en que se consideró probada la detracción de fondos públicos sin justificación alguna. Puesto que no se formuló acusación por el delito de malversación de caudales, tipificado en los arts. 235 ss CPCh, la sentencia no nos ilumina acerca de los criterios de resolución del problema concursal entre uno y otro delito, y que en España plantea especiales problemas aplicativos entre los tipos de los arts. 432 ss CP y 436 CPE, respectivamente³³.

5. LA FALTA DE CONTROL COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Una vez expuesta la calificación jurídica de los hechos, es preciso hacer una breve mención a la responsabilidad penal de la empresa por el delito de cohecho activo.

De todas las interesantes cuestiones que suscita la responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁴, sólo me detendré en la relativa al problema de las compliance de fachada.

En el caso analizado, se condenó a la mercantil Corpesca por un delito de cohecho activo del art. 250 CPCh, a la vista de la concurrencia de los requisitos legales exigidos para apreciar la RPPJ por la Ley 20393, 2-12-2009, que según su art. 3³⁵ consisten en: a) la comisión de uno de los delitos de la lista del art. 1; b) por parte de “sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión”, u otros sujetos que presentan interés para el caso analizado; c) la actuación en interés o provecho de la persona jurídica; y d) “la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”.

En nuestro caso, la estimación de la RPPJ se basó en la negación de que “con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el

33 Al respecto, puede verse STS 394/2014, 7 de mayo. Ponente: Andrés Martínez Arrieta.

34 Para una clarificadora síntesis sobre la situación actual en España, Alfonso Galán Muñoz, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017). Para una comparación entre el sistema chileno y el español previo a la reforma de 2015, Nelly Salvo Ilabel, “*Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*” (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015), <https://www.tesisenred.net/handle/10803/285167#page=1>

35 Los requisitos son esencialmente coincidentes con los recogidos en el art. 31 bis CPE.

artículo siguiente”, tal como prevé el art. 3, pár. 3. de la Ley 2039 y desarrolla el art. 4 de la misma, que exige constatar la existencia de: a) un *encargado de prevención que cuente con autonomía*; b) *medios precisos para el desarrollo de su función*; c) un *sistema de prevención de delitos*; d) que éste esté debidamente *supervisado*.

En el caso enjuiciado, los anteriores requisitos no se habrían cumplido, en la medida en que faltaba el sistema de prevención de delitos adecuado: a) *el encargado de prevención* no contaba con la necesaria autonomía, pues *no podía fiscalizar* al gerente general y resto de la dirección y altos ejecutivos (pág. 34 del Acta); b) Corpesca no estableció un método que garantizara la efectiva aplicación del modelo, pues ni tan siquiera “*cumplió con el deber impuesto por su propio Modelo de Prevención de Delitos de incorporarlo en los anexos de contratos de trabajo en forma oportuna y eficiente para el conocimiento de sus trabajadores, incluyendo el de los altos ejecutivos, que como se dijo en las clausuras, eran los cargos más sensibles para incurrir en este tipo de responsabilidad*” (pág. 35 del Acta); c) *Tampoco funcionaron los controles ex post* ni se activó una reacción sancionadora por parte de la empresa, sino todo lo contrario, pues tras la renuncia del Gerente general se le agradeció la gestión y satisfizo una jugosa indemnización, además de mantenerlo vinculado a otras empresas del grupo. Por todo ello, se considera que el gerente general pudo realizar el delito de cohecho gracias a la *ausencia de control*, pues sus órdenes de pago de las facturas o boletas falsas se ejecutaron sin ningún tipo de fiscalización (pág. 34 del Acta).

La sentencia no se extiende en los criterios que sirven para valorar la idoneidad de la compliance, que en ningún caso debe ser absoluta, pues siempre que se plantea la exención de RPPJ es porque ya se ha cometido un delito. Como prevé el art. 31 bis, ap. 2, 1ª CPE³⁶ basta con que las medidas sirvan al fin de “reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” -lo que abre la cuestión acerca de la valoración judicial del grado de idoneidad de las compliance para la consecución del fin al que están destinadas-.

A este fin, pueden ser de utilidad los criterios que enumera la Circular FGE³⁷ 1/2016: 1ª. Ineficacia de las *compliance* de fachada. 2ª. Expresión de una cultura de cumplimiento³⁸. 3ª. Negación del carácter concluyente de la valoración efectuada por las certificaciones extrajudiciales sobre idoneidad. 4ª.

36 Circular FGE 1/2016, pág. 23: “Aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. En atención a esta realidad, la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que solo permite “reducir de forma significativa” el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido.”

37 Fiscalía General del Estado, en España.

38 En base a este criterio se absuelve a la PJ en la SAN 13/2020, 29-9 (“Caso Bankia”), estimando probada la “efectiva implantación de las medidas de control adecuadas para prevenir la comisión de delitos, demostrativa de la observancia de una verdadera cultura de respeto al Derecho.”

Compromiso de los órganos dirigentes. 5ª. Valoración diferenciada de los supuestos de beneficio indirecto para la persona jurídica. 6ª. Valoración de la existencia de mecanismos de detección de delitos y la efectiva detección de los mismos, que debe considerarse expresiva de la cultura de cumplimiento corporativo. 7ª. Consideración a la intensidad del fraude para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal. 8ª. Valoración de la reacción de la empresa, siendo así que:

“a título de ejemplo, el mantenimiento en el cargo de un administrador o directivo que ha sido sometido a un procedimiento penal en el que la comisión del delito ha quedado acreditada, desdibuja un pretendido compromiso ético” (pág. 27 de la Circular). 9ª. Por el contrario, “La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento. Del mismo modo, la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.” (pág. 27 de la Circular).

Si tomamos en consideración los anteriores criterios para la valoración de la idoneidad de la compliance fácilmente llegamos a la conclusión de que no se siguieron por parte de la empresa enjuiciada, pues: la posesión de una certificación externa debe considerarse irrelevante cuando no sirve para promover la cultura de cumplimiento (2ª) como sucede cuando no se difunden las pautas de conducta entre los empleados; no existe compromiso de los órganos dirigentes (4ª) cuando son quienes incurren en la actividad delictiva; no funcionan los mecanismos de detección de delitos (6ª) cuando se niega la autonomía del *compliance officer*; y no se adoptaron medidas reactivas o disciplinarias ante los hechos (8ª y 9ª), sino todo lo contrario, al satisfacer una indemnización y garantizar la recolocación en otra empresa al responsable de los hechos. En suma, puede considerarse que se trataba de una compliance de fachada (1ª) sin eficacia para la exención de RPPJ.

Todo ello corrobora el defecto estructural que se halla en la base de la RPPJ³⁹, que debe afirmarse, como aquí se hizo, para evitar el peligro de la responsabilidad penal objetiva⁴⁰.

39 STSJ Madrid 146/2018, 23-10. *Ibíd.*

40 Así, Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 154/2016, 29 de febrero. Ponente: Jose Manuel Maza Martin: “El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir

6. CONCLUSIONES

Los hechos objeto de análisis presentan interés desde dos puntos de vista: la reflexión acerca de la aplicabilidad de los delitos de corrupción a la actividad política, y la RPPJ de los donantes.

En cuanto a lo primero, se ha llegado a la conclusión de que el delito de cohecho sirve para la represión penal del desvío de la función negociado por el propio funcionario competente. Sin embargo, esta figura delictiva no sirve para la persecución de la corrupción que se impulsa desde los centros de decisión de los partidos cuando venden a terceros la influencia que pueden ejercer sobre los funcionarios e imponen a éstos actuaciones sin contraprestación alguna a cambio. A estos supuestos puede aplicarse el tipo de tráfico de influencias del Código Penal español, que es de carácter común y no exige retribuir al funcionario, pero que tampoco alcanza actos de pura financiación ilícita del partido sin relación causal con la comisión de un delito concreto o destinación a un funcionario específico. La solución solo puede venir de la mano de la incriminación penal de la financiación ilícita en sí misma considerada, en la línea de lo que prevén los ordenamientos español y chileno, con las mejoras que sean precisas.

En cuanto a lo segundo, la sentencia presenta especial interés como alerta acerca de la invalidez de las compliance de fachada y la necesidad de comprobar su idoneidad para la efectiva prevención de delitos, como se planteó en este caso en el que a pesar de la posesión de un programa de cumplimiento por parte de la empresa se la condenó por el material desinterés en su aplicación y la ausencia de posibilidades reales de control.

BIBLIOGRAFÍA

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Cugat Mauri, Miriam. “La responsabilidad penal de los cargos de los partidos políticos: alternativas típicas y zonas oscuras”, en *Responsabilidad Jurídica y Política de los Partidos en España*. Compilado por Mercedes García Arán y Joan Botella Corral, 245-280. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida. De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.” En el mismo sentido, entre otras, SAP Zaragoza 112/2016, 27-5, que absuelve por la falta de acreditación de tal defecto estructural sin el cual se corre el peligro de incurrir en responsabilidad objetiva.”

- Galán Muñoz, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Hernández basualto, Héctor. “*Delitos contra la probidad administrativa*”, <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Hern%C3%A1ndez-Basualto-H%C3%A9ctor-Delitos-contr-la-probidad-administrativa.pdf>
- Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 1/1997 del 28 de octubre. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz. “Caso Filesa”: sobre la falsedad en facturas como falsedad material punible.
- Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 224/1998, 26 de febrero. José Jiménez Villarejo “Caso Argentina Trust”: en contra del criterio de la Sentencia Filesa.
- Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 394/2014, 7 de mayo. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. Sobre el concurso entre la malversación y los fraudes ilegales.
- Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 154/2016, 29 de febrero. Ponente: Jose Manuel Maza Martin. Sobre la culpa propia como base de la RPPJ.
- SAP Zaragoza 112/2016, 27 de mayo, sobre el defecto estructural como base de la RPPJ.
- SAP Madrid 183/2018, 1 de marzo, sobre el concurso entre el fraude fiscal y la falsedad documental.
- Salvo Ilabel, Nelly. “*Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*” Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, 2015. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/285167#page=1>