

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CONTEXTO
COLOMBIANO**



EDISON DARÍO BETANCUR CHACÓN

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de

Magíster en Derecho Procesal Penal

Director

EYDER BOLÍVAR MOJICA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL

Bogotá D.C., febrero de 2021

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	4
Abstract.....	4
Palabras Clave.....	5
Keywords.....	5
Introducción.....	5
Contexto del problema	5
Descripción del problema	6
Pregunta de Investigación.....	7
Justificación.....	7
Objetivos de la investigación	8
Objetivo General.....	8
Objetivos Específicos	8
Metodología de la investigación	8
Desarrollo.....	9
1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MARCO DEL DERECHO ESPAÑOL, ARGENTINO, CHILENO Y PERUANO.	10
1.1. Organismos internacionales.	10
1.1.1. Organización de las Naciones Unidas	10
1.1.2. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD)	11
1.2. Responsabilidad penal de personas jurídicas en el marco jurisprudencial de España.	13
1.3. Responsabilidad penal de personas jurídicas en el ordenamiento jurídico de Chile.	15
1.4. Responsabilidad penal de personas jurídicas en el ordenamiento jurídico de Argentina.....	17
1.5. Concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico del Perú. 18	
2. Antecedentes normativos y jurisprudenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia.....	20
2.1. Antecedentes normativos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia.21	
2.1.1. Anteproyecto de código penal 1978.....	22
2.1.2. Responsabilidad penal en la Ley 365 de 1997	22
2.1.3. Responsabilidad penal en la Ley 491 de 1999	23
2.1.4. Ley 600 de 2000 y ley 906 de 2004.....	24

2.1.5.	Ley 1474 de 2011 y ley 1778 de 2016.....	25
2.1.6.	Ley 2014 de 2019	25
2.2.	Antecedentes Jurisprudenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia	26
2.2.1.	Alcances en la responsabilidad penal de personas jurídicas de la sentencia No. T-411/92. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero	28
2.2.2.	Sentencia C-510/97. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo	28
2.2.3.	Sentencia T-317/13. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.....	29
2.2.4.	Sentencia CSJ - SC13925/16 M.P. Ariel Salazar Ramírez.....	29
3.	BASES FUNDAMENTALES PARA LA INCLUSIÓN DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA.	30
3.1.	La responsabilidad penal de personas jurídicas en el Proyecto de ley 178-20.....	31
3.2.	La responsabilidad penal de las empresas, elementos propositivos.....	33
3.2.1.	Programas de cumplimiento (Compliance)	34
3.3.	Propuesta.....	35
	Conclusiones	37
	Referencias.....	38

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Resumen

El presente documento aborda la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en varias etapas, comenzando por un análisis sobre la incorporación de esta figura en otros ordenamientos jurídicos, puntualmente en casos como España, Argentina, Chile y Perú.

Realizado este primer acercamiento, se analizarán los antecedentes normativos y el desarrollo jurisprudencial en Colombia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con base a la Constitución Política y la normatividad que permiten la sanción penal de las personas jurídicas y como dicha responsabilidad se acompaña con el ordenamiento penal interno.

Por último, se realizará una propuesta de incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, que articule las experiencias adelantadas en otros territorios hispanohablantes, la legislación y la jurisprudencia sobre el tema, de tal forma que permita una aplicación con el respeto de los derechos y garantías que rigen el proceso penal pero acorde con las características de las personas jurídicas.

Abstract

This document addresses the institution of criminal liability of legal persons in various stages, beginning with an analysis of the incorporation of this figure in other legal systems, specifically in cases such as Spain, Argentina and Chile.

Once this first approach has been made, the normative antecedents and the jurisprudence development advanced to date in Colombia on the criminal responsibility of legal persons will be analyzed, verifying whether the Constitution and current regulations allow the criminal sanction of legal persons, what obstacles it would have or Yes, on the contrary, if said responsibility is accompanied by the internal criminal law.

Finally, a proposal for incorporation into our legal system will be made, which articulates foreign experiences, current legislation and jurisprudence on the subject, in such a way that it allows a viable application with respect for the rights and guarantees that govern the process. criminal but consistent with the characteristics of legal persons.

Palabras Clave

Responsabilidad Penal, Personas Jurídicas, Criminalidad Empresarial, Incorporación Jurídica y Tipificación.

Keywords

Criminal Liability, Legal Persons, Business Criminality, Legal Incorporation and Classification.

Introducción

La presente investigación abordará la responsabilidad penal de personas jurídicas, una discusión de vieja data no solo en Colombia sino muchas partes del mundo. Cada Estado en el marco de su soberanía y autonomía para la creación de leyes, ha asumido una posición determinada, con la inclusión o no de la figura de responsabilidad penal para personas de naturaleza jurídica y sus implicaciones en el ordenamiento interno.

A efectos de cumplir este objetivo se abarcará el tema desde la perspectiva del derecho comparado, a fin de contextualizar el estado de esta discusión en otros ordenamientos jurídicos, revisaremos los antecedentes normativos y jurisprudenciales relativos a esta temática, a la vez que algunas de las sentencias más relevantes, a favor y en contra del cambio de paradigma que supone aceptar la responsabilidad penal de los entes colectivos.

Finalmente, se hará una propuesta de incorporación para este cambio en Colombia, con algunas acotaciones sugeridas respecto a la implementación del mismo en nuestro país.

Contexto del problema

La criminalidad de la empresa (incluso la posibilidad de que una empresa incurra en un “comportamiento” punible) ha estado sobre la mesa desde hace décadas. Si bien resulta incuestionable que miembros de una empresa (personas naturales), pueden incurrir en conductas que resulten lesivas para los bienes jurídicos de otras empresas, personas naturales o incluso la misma empresa (Shünemann, 1982, p. 529), el concepto de criminalidad empresarial, entendida como el ámbito de los delitos que presentan estas características y que están debidamente tipificados aún está en discusión en Colombia y en el resto del mundo. No obstante, algunos autores consideran que, si bien las empresas se han

convertido en sujetos protagonistas de las interacciones sociales y, por ende, en la comisión de delitos, no es el merecimiento de la responsabilidad penal el centro de la discusión, sino que debe trasladarse esta discusión al terreno de la criminalidad socioeconómica y financiera; de ser así, al entablar el debate en términos exclusivamente del merecimiento penal de la persona jurídica, podría incluso abandonarse el principio fundante de personalidad física en derecho penal (Diez, 2012, p. 2-3).

Se trata de una discusión que cada país aborda desde una óptica ajustada a su propio ordenamiento jurídico, a sus propios retos en materia jurisprudencial y, en resumen, desde la perspectiva que otorga la situación única en cada uno de los estados, tal y como se observa en las necesidades particulares de dichos ordenamientos, observado en las apreciaciones tanto de Diez (2012) para España, en “La responsabilidad penal de personas jurídicas. Regulación Española” como en Hernández (2010) para el caso chileno, en su artículo publicado en “Política Criminal”, intitulado “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”.

Bajo esta particularidad, Colombia no es ajena a esta discusión y, en una situación que puede calificarse de coyuntural, dados los diferentes cambios sociopolíticos operados en nuestra nación durante los últimos años, los acuerdos de la Habana y el Teatro Colón, el clima de incertidumbre en la región, el establecimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz y aún los recientes sucesos ocurridos en el ámbito de seguridad ciudadana y manifestaciones públicas en todo el país, bien vale la pena incursionar en esta cuestión, tan largamente aplazada y fundamental en la construcción de un país con una justicia (Missas, 2018, p. 75-76).

Descripción del problema

La inclusión de la figura de responsabilidad penal para personas jurídicas, reviste un carácter no sólo jurídico, sino que incluso podría calificarse de epistemológico (si este tipo de discusión es posible en derecho), o al menos dogmático, toda vez que la naturaleza misma del derecho penal y el concepto de sujeto de conducta punible quedan en entredicho al abordarla; el solo hecho de imputar responsabilidad a una entidad jurídica que por sí misma no puede autodeterminarse y menos tener el conocimiento y querer la realización de una conducta punible, es decir el dolo, elemento esencial del tipo penal, o la culpa configurarse una infracción al deber objetivo de cuidado, elementos que solo pueden ser reprochados a una persona física, natural y cuando estén en todos sus sentidos, cosa que se explicita en el principio de Von Liszt “societas delinquere non potest” (Pérez, 2013, p. 15).

Existen objeciones respecto a la implementación de la figura, que ponen al principio de culpabilidad como un obstáculo insalvable, puesto que al castigar a la persona jurídica y atribuir también responsabilidad penal a la persona natural que comete el ilícito en el interior de la misma, se viola el principio de non bis in ídem, violando a la vez el principio de culpabilidad (Van Weezel, 2011, p. 118 y 129). La doble incriminación al sancionar a dos personas la física y jurídica por un mismo hecho, y la culpabilidad, en la medida que solo aquel que se le puede exigir otra conducta es sujeto de reproche penal.

Pregunta de Investigación

Dicho lo anterior, la pregunta de investigación que se responderá con este trabajo es:

¿La no incorporación de la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, controvierte las recomendaciones internacionales, la adecuada sanción de las empresas y las garantías de verdad, justicia y reparación integral de las víctimas de estos delitos?

Justificación

Es fundamental armonizar la legislación nacional con el derecho y los compromisos internacionales asumidos por Colombia como estado de derecho y establecer un procedimiento que permita sancionar la criminalidad empresarial, para que de esta forma, se puedan satisfacer los derechos de verdad, justicia y reparación de las víctimas de la delincuencia económica y derivada del conflicto armado; con esto presente, se parte del hecho que la legislación colombiana aún es ajena al movimiento mundial que tiende a establecer un canon para que las responsabilidades que son atribuibles a las asociaciones no recaigan únicamente en sus representantes legales, sino que sean extensivas sobre las asociaciones en sí.

En la actualidad existen sanciones de tipo penal que son aplicables a las empresas y cuya funcionalidad radica en cuanto a lo que se pretende jurídicamente con dichas penas, es decir, el resarcimiento de la víctima del injusto, teniendo en cuenta a este como el sujeto pasivo cuyos objetos tutelares fueron afectados por la sociedad en beneficio de esta (Martínez, 2017, p. 22); también se cuenta con medidas de reparación previstas por la ley tales como la indemnización y la satisfacción, haciendo uso de recursos de reparación tales como la consecución y declaración de la verdad, la asunción de la responsabilidad, etc. tendientes a reconstruir la dignidad de la víctima y cuyo objetivo consiste en el

bienestar y el desagravio de esta última, en un intento por construir (cuando menos dentro del marco de la justicia transicional) nuevas condiciones de relación entre estas víctimas y el conglomerado social.

No obstante, ante situaciones puntuales, como la imposibilidad de aplicar una pena punitiva tradicional (como la privación de la libertad) a la persona jurídica, determinadas conductas punibles, tales como la financiación de grupos armados ilegales por parte de estas personas jurídicas, y cuya responsabilidad difícilmente puede ser individualizada en una o más personas naturales relacionadas con la empresa u organización, el ordenamiento jurídico colombiano se ciñe aún a la doctrina “*Societas delinquere non potest*”, en contravía de la mencionada tendencia mundial (Missas, 2018, p. 71).

Objetivos de la investigación

Objetivo General

Determinar las bases para la incorporación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Colombia, partiendo de los modelos de responsabilidad penal adoptados por el derecho español, chileno, argentino y peruano.

Objetivos Específicos

Analizar los antecedentes normativos y el desarrollo jurisprudencial respecto de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Colombia.

Determinar las bases fundamentales para la inclusión de un modelo de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas en Colombia.

Metodología de la investigación

Es importante tener en cuenta que el modelo investigativo es fundamental para el desarrollo del presente trabajo y, por lo tanto, el éxito y los alcances de esta dependen de la limitación prudente del método y los alcances del mismo, tal cual y como es enunciado por Hernández, Fernández y Baptista (2014, p. 4). Bajo esta dinámica, se tiene en cuenta que el presente trabajo será abordado desde el marco del análisis jurídico, el cual se define a muy grandes rasgos como el proceso en el cual el jurista para determinar mediante la correlación, descripción o inducción de una ley, la aplicación y la pertinencia de la misma dentro de un marco o contexto delimitado (Capella, 1999).

Así mismo, la metodología es una investigación de orden cualitativa, la cual es comprendida por Flick (2007, p. 27), como la construcción del conocimiento en contexto y cuya piedra angular rebosa en la ampliación del espacio vital y las oportunidades dentro de las cuales se comprende el fenómeno. Dicha construcción implica la elaboración de lecturas del tema que se pretende investigar desde un terreno epistemológico y comprensiones teórico disciplinares de carácter alterno a la lógica tradicional cuantitativa (González, 2000), permitiendo así la emergencia de posibilidades reales dentro del contexto nativo de quien investiga, superando las fronteras del material que analiza.

Ahora, dentro de esta comprensión cualitativa emergen tipos de investigación, por lo cual cabe resaltar que la presente estrategia de investigación se implementó en el análisis documental como lo concibe Van Dijk (1996) en el prólogo a la obra de Pinto y Galves (1996, p. 7). El autor plantea el análisis documental como herramienta comprensiva cuya naturaleza descriptiva propende por la acción interpretativa sobre la génesis de un fenómeno y su posterior evolución, además, aborda la semántica y las relaciones inter e intra textuales en los documentos analizados, y a su vez es una herramienta de carácter crítico dada su cualidad de contribuir significativamente en la expansión de orden teórico.

Desarrollo

El documento presentado a continuación tendrá en su estructura un análisis de diferentes ordenamientos jurídicos en derecho comparado, entendido este como método de estudio y disciplina fundamental para la evolución del derecho, limitándose en principio al sistema jurídico continental y remitiéndose a los países cuyas apropiaciones del concepto de responsabilidad penal de personas jurídicas hayan sido discutidas con mayor amplitud. Continuaremos con la exposición de los antecedentes normativos y jurisprudenciales en nuestro país, con el fin de, posteriormente, proponer una fórmula tentativa de aplicación de este tipo de responsabilidades a las personas jurídicas en el seno del derecho penal.

Cabe aclarar que se trata de un tema que no encuentra consenso en casi ninguna discusión y la pertinencia en la adopción de estas medidas encuentra tanto defensores como detractores, cada uno en la capacidad de defender con toda contumacia sus respectivas posiciones. Sin embargo, como podrá notarse más adelante, considerando tanto el panorama de los ordenamientos jurídicos en los que ya se ha implementado el concepto de responsabilidad penal para colectivos, como los conceptos emitidos por diversas instancias internacionales y a la luz de la discusión doctrinal sostenida por diversos autores y

juristas, se han encontrado diversos puntos en común, que pueden ser identificados mediante la comparación de diversos ordenamientos jurídicos; este será, por lo tanto, nuestro punto de partida.

1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MARCO DEL DERECHO ESPAÑOL, ARGENTINO, CHILENO Y PERUANO.

En este apartado, se analizará cómo algunas organizaciones internacionales han recomendado a sus estados partes la incorporación en el ordenamiento interno la responsabilidad penal de las personas jurídicas; también, la forma en la que algunos países iberoamericanos han incluido la figura de la responsabilidad penal de las empresas, en un esfuerzo por establecer un marco de referencia para el caso colombiano. Antes de revisar, empero, los ordenamientos jurídicos de otros países, daremos una mirada más general, comenzando con dos organismos internacionales de los cuales Colombia hace parte.

1.1. Organismos internacionales.

La responsabilidad penal de las empresas no es únicamente un tema supeditado al ámbito meramente jurídico, sino que encuentra eco en diversas esferas, incluida la política y la economía internacional. Esta característica de transversalidad imprime mayor fuerza a la necesidad de establecer “reglas del juego” claras en lo tocante a este tema. Diferentes organismos internacionales de los cuales Colombia hace parte han recomendado a los países miembros que, a fin propender por las sanas prácticas comerciales y empresariales (o bien en beneficio de los derechos humanos primordiales), incluyan en su ordenamiento jurídico herramientas para la lucha contra los delitos como sobornos, cohecho y lavado de activos, entre otros.

1.1.1. Organización de las Naciones Unidas

En el año 2011, la oficina del Alto Comisionado expide el documento “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos” que contiene, como su nombre expresa, principios generales acerca de este tema, apropiados por el Consejo de derechos Humanos de la ONU, según resolución 17/4 del 16 de junio de este mismo año (ONU, 2011).

Estos principios rectores, que se enuncian a continuación, fueron extraídos del documento mencionado:

“Estos Principios Rectores se basan en el reconocimiento de:

a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;

b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos;

c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.

*Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas **las empresas**, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura.” (ONU, 2011, p. 1)*

En el tema que nos ocupa el tercer principio rector, como puede verse, adquiere una importancia inusitada; máxime cuando la propia ONU sugiere que se deben adoptar medidas orientadas a facilitar la asequibilidad a los mecanismos de reparación, despejando de obstáculos jurisprudenciales, pragmáticos y de cualquier otro tipo que pudieran denegar el acceso a dichos mecanismos. Así mismo, se deben revisar los mecanismos judiciales de cada estado para asegurar el acceso. También deben establecer mecanismos extrajudiciales que resulten eficaces para tal fin. Las empresas y corporaciones hacen parte integrante de estos deberes que les son extensivos, como partícipes activos de estos mecanismos de resarcimiento (ONU, 2011, p. 33).

La ONU, aclara también que, para que estos mecanismos sean realmente eficaces (bien sean estatales, judiciales, extrajudiciales o no estatales), deben ser legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los DD.HH, basándose así en la participación y el diálogo y en constituirse como una fuente de aprendizaje continuo en aras del bienestar común de los pueblos.

1.1.2. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD)

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico es un organismo internacional del que forman parte treinta y siete países, siendo Colombia el último país en unirse a dicho organismo durante abril del presente año (OECD, 2020). Nuestro país fue invitado a afiliarse a la organización en el año 2018 y veintitrés comités de la misma evaluaron la solicitud e hicieron recomendaciones para reformas estructurales en cuanto a legislación, políticas y prácticas públicas, de forma que coincidieran en lo posible con las políticas requeridas por el organismo.

Ahora bien, en 1997 la OCDE llevó a cabo una “Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” en la que se adoptaron principios para fortalecer los mecanismos que permitan combatir el flagelo de este delito en casos como el de Odebrecht, en el marco de las buenas prácticas de las que es promotora la organización. Esta convención, a la que por extensión se suscribe Colombia, propende con mucha fuerza por el establecimiento de responsabilidades penales a las empresas que se vean involucradas en este tipo penal, llegando incluso a hacer llamados públicos a países para cumplir con los lineamientos de dicha convención.

Es importante aclarar que, el propio documento producto de la convención, establece en su artículo segundo que “En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales; no deberá requerírsele a esa Parte que establezca ese tipo de responsabilidad penal” (OECD, 2011, p. 15), lo que no es óbice para que se hagan llamados de atención, por parte del organismo a naciones como Argentina que, como se ha mencionado anteriormente, para el año 2017 promulgó la ley para la responsabilidad penal de personas jurídicas. En efecto, mediante comunicado del 24 de marzo de 2017, la OCDE se pronunciaba al respecto indicando que “La Argentina debe ahora asegurar que el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, presentado en el Congreso en 2016, aborde estas y otras lagunas importantes, y que se promulgue sin demora” (OECD, 2017), instando claramente al legislativo argentino a despejar el camino para la introducción de dicha reforma.

Es indudable la importancia que reviste este organismo en particular para la discusión que nos atañe. No hay que olvidar que el Estado colombiano ha hecho un esfuerzo considerable para modificar las prácticas organizacionales y tributarias en atención a los parámetros exigidos por la OECD para su admisión. Desde que, en enero de 2011 Colombia manifestó su interés por hacer parte de esta organización hasta su admisión en ella a partir de abril del presente año, nuestro país se sometió a la revisión de veintitrés comités técnicos en temas tan diversos como Política Ambiental, Agricultura, Política científica y Tecnológica y asuntos fiscales, entre otros (Vicepresidencia, 2020, p. 6).

Dentro de las acciones denominadas de “Lucha contra el Cohecho Transnacional”, la Vicepresidencia de la República se ha pronunciado indicando que nuestro ordenamiento cuenta con la Ley 1778 de febrero de 2016 – “Responsabilidad de personas jurídicas por actos de corrupción transnacional” (que analizaremos más adelante), la cual, si bien no introduce plenamente el concepto de responsabilidad penal para las organizaciones, sí contempla sanciones para las empresas en cuyo seno se

constituyen conductas delictivas relacionadas con actos de corrupción. No obstante, como veremos más adelante, esta ley circunscribe la responsabilidad a estos delitos en particular y la aplicación de sanciones continua en un contexto administrativo.

En cuanto al cumplimiento de las prerrogativas de la OCDE, la Vicepresidencia, en el Manual de Consulta Participación de Colombia en la Organización y el Desarrollo Económicos, subraya que:

Es importante tener en cuenta que, según esta ley, las entidades matrices serán igualmente responsables (y podrán ser sancionadas) cuando con su consentimiento o tolerancia, sus subordinadas realicen actos de soborno transnacional” (Vicepresidencia, 2020, p. 63).

1.2. Responsabilidad penal de personas jurídicas en el marco jurisprudencial de España.

Tras la guerra civil, el Código Penal español sufrió una considerable cantidad de cambios y disquisiciones que encontraron su culminación en el código penal de 1995. Respecto al tema que nos ocupa, dicho documento se ajustó al tradicional principio societate delinquere non potest, siendo hasta el 22 de junio de 2010, momento en que el legislador ibérico promulgó la Ley Orgánica 5/2010, reforma que supuso un cambio de paradigma respecto al sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, mediante la implementación de un modelo mixto de imputación (Díez, 2012, p. 10).

Las disposiciones relativas a la responsabilidad de personas jurídicas, en el derecho español, no son aplicables al Estado, agencias y entidades públicas u organismos reguladores, aunque sí a partidos políticos y sindicatos, en virtud de la Ley orgánica 7/2012 que los incluyó en el régimen general de responsabilidad penal (Díaz, 2013, p. 150), en contraposición a la interpretación tradicional de transferencia de la responsabilidad hacia quien acepta la posición de custodia o dominio de una empresa (Shünemann, 1982, p. 531).

Los artículos 31 bis, 33.7, 66 bis y 130.2 de la Ley Orgánica 05/10 que introdujo la más grande reforma al código penal español, trajeron consigo, por primera vez en la historia del derecho en España, el concepto de personas jurídicas como penalmente responsables de delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, bien sea por sus representantes legales o por integrantes que estén autorizados a tomar decisiones en nombre de la organización. También en los casos en que los ilícitos sean perpetrados en beneficio directo o indirecto de las personas jurídicas sin descuidar los casos en los que la conducta punible es producto de fallas en la supervisión, control y vigilancia de la actividad de las mismas (Código Penal Español, 2010).

Se entiende, en la aplicación de dicha ley, que los delitos en los que por medio de la actuación de una empresa se lesionan bienes jurídicos, bien sean de la misma empresa o de terceros y sean estas personas físicas o jurídicas. La responsabilidad también puede ser atribuible a la corporación por delito impropio de omisión, como consecuencia de no prever conductas que resulten en la lesión de los bienes jurídicos (Shünemann, 1982, p. 554). Se considera entonces, que la empresa (y las personas que la representan) adquieren un deber penal de garante, toda vez que tienen el dominio sobre la causa de un resultado, sea que resulte este positivo o negativo. De tal suerte, la omisión impropia se equiparará con un comportamiento activo con las implicaciones que esto pueda acarrear, suponiendo que la mencionada omisión constituya un comportamiento lesivo de un bien o un derecho tutelado. La ley española se orienta así hacia la responsabilidad por infracción en el deber de vigilancia.

Algunos autores, como el doctor José Luis Díez Ripollés consideran que, si bien las personas jurídicas se han convertido en sujetos protagonistas de las interacciones sociales y, por ende, de la comisión de delitos, no es en realidad el merecimiento de la responsabilidad penal el tema de discusión, dado que en medio de dicho debate se abandonarían el principio de personalidad física en el derecho penal, sino que los argumentos presentados por la ley Orgánica en cuestión desembocan de manera inexorable hacia fundar esta responsabilidad en necesidades de pena (Díez, 2010). El doctor Díez, particularmente, establece la necesidad de instaurar tres criterios fundamentales sobre los cuales puede determinarse la necesidad de la incorporación de dicha responsabilidad, estos son: “la existencia de objetos de tutela que se ven afectados por personas jurídicas; las cualidades que permitirían que dichos actores sean responsables; y la estructuración de un sistema de sanciones” que cumpla el fin pretendido con el proceso” (Diez, 2012, p. 5).

Como podrá notarse a lo largo del presente documento, las discrepancias y observaciones a la introducción de las personas jurídicas como sujetos penalmente responsables continúan y cabe mencionar que existe una postura muy extendida (Diez, 2010, p 11.) entre los juristas españoles, según la cual que deben excluirse el estado a las administraciones públicas, puesto que estas deberían estar incluidas en el código, siempre y cuando sean individualizados los órganos y/o personas responsables.

En materia punitiva, el código penal español, luego de la reforma del 2010 contempla principalmente sanciones pecuniarias, sin perjuicio de penas tales como suspensión de actividades por plazos no mayores a cinco años, prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades en cuyo ejercicio se hubiese cometido el ilícito imputado, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, así como inhabilitación para contratar con el sector público, intervención judicial de la corporación a fin de

salvaguardar los bienes jurídicos de trabajadores o acreedores e incluso, la pérdida definitiva de la personalidad jurídica así como de la capacidad de actuar en modo alguno en el tráfico jurídico o llevar a cabo cualquier clase de actividad. El catálogo de delitos en los que puede incurrir una persona jurídica en España, van desde delitos contra la propiedad intelectual, daños informáticos, insolvencias punibles y lavado de activos, hasta tipos tales como trata de seres humanos y tráfico ilegal de órganos o financiación del terrorismo (Código Penal Español, 2010).

Resalta notablemente el hecho de que algunas de las penas previstas guardan una relación directa con el delito de la persona física y con la pena prevista para dicho delito, como en el caso de los artículos 576 bis, 427.2 y 327 del Código Penal.

1.3. Responsabilidad penal de personas jurídicas en el ordenamiento jurídico de Chile.

En un esfuerzo por incorporarse a la OCDE, el gobierno chileno, mediante la ley 20.393 del 2 de diciembre del año 2009, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, previa a la promulgación de dicha ley, las altas cortes del país austral emitieron sentencias que constituyeron la jurisprudencia necesaria para allanar el camino a esta, tales como el caso “Caso Maggi”: con sentencia condenatoria dictada el día 14 de abril de 2014, por la Corte de Apelaciones de Chillán bajo el RIT N° 105-2014 y el “Caso Colbún” con sentencia condenatoria dictada el día 12 de agosto de 2013 por el Juzgado de Garantía de Talca, en contra de Salmones Colbún Limitada y Servicios Agrícolas Mecanizados Limitada por el delito de cohecho (Navas y Jaar, 2018, p. 1032).

La ley 20.993, propiamente dicha, establece responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de: lavado de activos, cohecho en sus distintas modalidades, apropiación indebida, administración fraudulenta, financiamiento del terrorismo, soborno entre particulares y un tipo penal específico del ordenamiento jurídico del país austral, conocido como “receptación”, definido en el artículo 298 del Código penal chileno como: “El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años” (CP Chileno, 1874).

En la ley mencionada se establece que cuando los dueños, administradores, representantes, administradores o personas jurídicas relacionadas con una empresa hubiesen cometido delitos especificados en la ley y el actuar en cuestión beneficiare directa o indirectamente aquella, se puede hablar de responsabilidad penal de la empresa (CP Chileno, 1874). De esta forma, el ente Legislador

chileno construye un catálogo de conductas punibles directamente relacionados con las conductas tipificadas que, por lo general, son atribuibles a personas físicas, si bien las sanciones impuestas no pueden ser consideradas “penas” más que en sentido figurado (Van Weezel, 2011, p. 116) a no ser que se transfiera la responsabilidad de la persona jurídica a las personas naturales que actúan en nombre de esta.

Autores de la comunidad jurídica chilena, empero, advierten que la responsabilidad la responsabilidad en la persona jurídica no sea, en realidad, fácticamente atribuible a la persona jurídica acusada de una conducta punible. Esto, porque a pesar de que, en la mayoría de casos, la responsabilidad recae en una persona natural (sujeto penal tipificado) en otros casos, como en conglomerados de empresas, la individualización que permite la imputación es básicamente imposible, puesto que el sistema de imputación penal comienza con la comunicación y, dado el principio de tipicidad, en ocasiones la conducta no sería tal, sino una posible acumulación de circunstancias o incluso casualidades. Sin este asidero para la tipificación, la persona jurídica y los actos atribuidos a ella no serían interpretados sino subjetivamente (Van Weezel, 2011, p. 130).

Por otro lado, aunque varios miembros de la comunidad jurídica chilena, coinciden en rechazar lo abrupto de la contraposición al dogma, otros como el doctor Héctor Hernández Basualto, decano de la facultad de Derecho, de la Universidad Diego Portales (Chile) reportan un balance que consideran “mayormente positivo” (Hernández, 2010, p. 232), respecto la ley introducida, sin embargo el autor es claro en la necesidad de notar los desafíos estructurales que supone establecer una cultura de autorregulación empresarial y la posibilidad de que se convierta en una suerte de “puerta trasera” que permita a las personas naturales escapar a sus propias responsabilidades individuales puesto que la ley lleva a terreno a la persona jurídica en cuanto a lo que se dispone jurisprudencialmente y a las garantías del mismo en todas las instancias (art. 21), sin embargo, es la misma ley quien contrasta manifestando que esto es así siempre y cuando el imputado, procesado y condenado “resulte compatible con la naturaleza específica de las personas jurídicas”. (Hernández, 2010, p. 231)

Respecto a las sanciones contempladas por la ley chilena, estas comprenden prohibiciones temporales o permanentes para celebrar contratos con el Estado, ausencia de beneficios fiscales con carácter temporal o perpetuo, multas a beneficio fiscal, disolución o cancelación de la personalidad jurídica (si bien se excluyen de la imposición de esta sanción las empresas del estado o aquellas de carácter privado que presten un servicio que se considere de utilidad pública y que pudiese causar perjuicios sociales considerables) y comiso, no sólo de bienes que son directamente producto del delito sino

también, en caso necesario, de aquellos obtenidos lícitamente y que compensen las ganancias obtenidas de manera irregular. De la misma forma, la legislación establece que, de llegarse a formalizarse una condena que incluya al representante legal de la organización, este debe ser reemplazado o bien, en ausencia de una decisión al respecto, será asignado por el tribunal que dicta la sentencia (Ley 20393, 2009).

1.4. Responsabilidad penal de personas jurídicas en el ordenamiento jurídico de Argentina.

En Argentina, la “Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos”, publicada en diciembre de 2017 establece el régimen de responsabilidad aplicable en materia penal a las personas jurídicas privadas. Si bien en Argentina la implementación de dicha ley ha encontrado una resiliencia similar a otros países, principalmente por cuestiones doctrinales, también es cierto que en este país se implementaron gradualmente sanciones en el marco penal, en personas jurídicas (Prado, 2018, p. 3).

Las consideraciones al tema en Argentina, giran en torno a los mismos argumentos. Se debate en términos generales si las herramientas dadas por el código penal de dicho país son suficientes para la persecución penal de hechos punibles que podrían ser atribuibles, de alguna forma, a una empresa, entidad o asociación de cualquier tipo. También acerca de la constitucionalidad en la introducción de esta práctica en el derecho argentino. (Cesano y Balcarcel, 2017, p. 397). En este país encontramos oposiciones aún más serias al sentido estricto de la incorporación de esta figura. Autores, recomendaron en su momento omitir la promulgación de leyes específicas al respecto y, por el contrario, “afilarse” herramientas existentes para la eficaz persecución y procesamiento de las personas físicas que incurrir en las conductas punibles, reservando para casos especiales el apoyo del Derecho Administrativo o las figuras anteriormente establecidas, por lo que la institucionalización de la responsabilidad penal de personas jurídicas no es tan bien vista. (Cesano y Balcarcel, 2017, p. 410); no obstante, lo anterior, la ley fue sancionada por el congreso de dicha nación, como se ha dicho antes.

Quizás la consideración más importante en este contexto sea la idea de construir un esquema penal paralelo al existente para personas físicas o bien utilizar la figura de “acumulación” de penas, en el entendido de que la imputación penal a la persona jurídica, no exime de persecución penal a la persona física que verifica la conducta punible (Cesano y Balcarcel, 2003, p. 410). No obstante, esta circunstancia podría lesionar el principio de *ne bis in idem*.

De nuevo nos encontramos con principios rectores para aplicar la responsabilidad penal de la persona jurídica que hemos visto antes en España y Chile; esto es, la necesidad de que la persona jurídica obtenga beneficios derivados de la comisión del ilícito y la adjudicación de responsabilidad penal a la persona jurídica aún si la persona física responsable no puede ser individualizada.

En el caso argentino, la responsabilidad penal es aún más amplia, puesto que las empresas tienen responsabilidad penal aún sin responden por actos de un tercero que no tiene facultades de representación alguna en la empresa, en los casos en los cuales puede demostrarse que la mencionada empresa avaló o ratificó de algún modo el actuar delictivo y aún en los casos en el que el aval se otorgó de forma tácita (Ley 27.401, 2017).

Los delitos en los que las personas jurídicas argentinas pueden tener responsabilidad penal son: Cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito (de funcionarios y empleados) y balances e informes falsos cuyo tipo penal presente agravantes contemplados en el código penal argentino. Las penas son similares a las contempladas en ordenamientos jurídicos ya expuestos, tales como sanciones pecuniarias, suspensión total o parcial de actividades, con un máximo de diez años (un tiempo considerablemente mayor a otros países) inhabilidad para contratación con el estado, pérdida o suspensión de los beneficios estatales y publicación de síntesis de sentencia a costa de la persona jurídica.

Resulta interesante el hecho de que la pena de la disolución de personalidad jurídica únicamente es aplicable en el derecho argentino, en los casos en los que esta fue creada únicamente a efectos de la comisión del delito o bien en los casos en los que tal delito sea la actividad principal de la empresa (Ley 27.401, 2017).

1.5. Concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico del Perú.

El Perú ha manifestado, al igual que Colombia, su interés en hacer parte de la OCDE. En concordancia con ello, en abril del 2016 fue promulgada la ley 30424 reconociendo la responsabilidad penal independiente de una persona jurídica por tipos delitos como soborno, a la vez que impone sanciones a los que reconoce como personas jurídicas capaces de conductas punibles, es decir entidades de derecho privado, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, fundaciones, comités no inscritos, sociedades irregulares, entes que administran patrimonios autónomos y sociedades de economía mixta (Ramos, 2018, p. 5).

En principio, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, mediante Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 trató el tema de las penas accesorias a las personas jurídicas, ya que este asunto estaba presentando problemas de aplicación, tales como ausencia de reglas específicas de determinación y ausencia de normas procesales (CSJRP. 2009). No obstante, no fue hasta la promulgación de la ley del 2016 y su posterior modificación con el decreto 1352 de 2018 que se incorporó de lleno el concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Perú opta por un modelo mixto, no desconociendo la transferencia de responsabilidad hacia la persona jurídica por las conductas delictivas llevadas a cabo por la persona física perteneciente a la organización. Por otro lado, comprende los programas de prevención y preparación (*compliance*) como atenuantes de la conducta (Caro Coria, 2019,) combinando así características de modelos de autorresponsabilidad y de heterorresponsabilidad.

Resulta particularmente interesante que este país sudamericano, contrario al tenor de las decisiones en la región, incluye dentro de las organizaciones que pueden ser responsables de conductas penales las empresas del estado peruano, excepción que por lo general se ha mantenido en otros ordenamientos jurídicos. Perú opta también por un modelo vicarial, basando la responsabilidad en la no observancia del deber de cuidado y obligando a las entidades a contar con un programa de cumplimiento oficial que, entre otras disposiciones, establece una prerrogativa para eximir o reducir el riesgo de determinadas personas jurídicas ante escenarios de corrupción, siempre que las entidades involucradas hayan implementado un modelo eficaz de cumplimiento o de prevención contra conductas ilegales que pudieran tener lugar dentro de la empresa (Ramos, 2018, p. 9). Respecto a los tipos penales, Perú se mantiene dentro del estándar en la región, circunscribiendo la responsabilidad a delitos de cohecho, soborno y análogos. Una vez más, se plantea la responsabilidad autónoma ante la comisión de delitos cometidos directa o indirectamente, siempre que estos delitos demuestren haber sido perpetrados en interés o provecho de la persona jurídica (Caro Coria, 2019). También se hacen acotaciones precisas en razón del tamaño de la empresa y se establecen parámetros diferentes para micro, mediana y pequeña empresa.

Finalmente, vale la pena resaltar las especificaciones de los modelos de prevención previstos en la misma ley, que incluyen el nombramiento de un encargado de prevención, a quien designa el máximo órgano administrativo de la persona jurídica o bien, dicho rol puede ser asumido por el órgano administrativo; se requiere la identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de ilícitos previsibles en los que se pudieran incurrir, la difusión periódica de los cambios y ajustes al

modelo de prevención a la vez que implementación de procesos para que los miembros de la organización puedan instaurar denuncias oportunas (Ramos, 2018).

Como se verá más adelante, estas características son genéricas en las implementaciones de modelos de prevención y de las normativas promulgadas en los diferentes ordenamientos jurídicos, incluyendo en las propuestas y proyectos de ley en nuestro país.

2. Antecedentes normativos y jurisprudenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia.

Como puede verse en el contexto internacional, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un postulado teórico que ha sido ampliamente tratado por la doctrina internacional y es innegable el papel de las personas jurídicas bajo el contexto de las sociedades contemporáneas, dado que son la figura principal que permite entablar actividades socioeconómicas, lo que significa a su vez, que son figuras transversales a todos los sectores de la comunidad, representando un impacto sustancial en ella.

En Colombia, la doctrina general reconoce dos aspectos fundamentales en la culpabilidad a saber: la personalidad de la sanción y la prohibición de una responsabilidad objetiva, excluyendo la responsabilidad únicamente por su resultado (Tolosa, 2015, p. 15). Lo anterior deriva en una discusión respecto al principio de culpabilidad, puesto que, al sancionar una empresa por determinado hecho punible se realizaría una transferencia de culpabilidad, lo cual, en sí, sería contrario al principio de culpabilidad mismo. Tal circunstancia, no solo puede considerarse una contraposición al principio *non bis idem*, sino que podría sancionarse de forma fáctica a personas físicas, pertenecientes a la empresa, lo cual resulta inadmisibles para muchos miembros de la comunidad jurídica colombiana.

Ahora bien, un reciente estudio de la universidad Externado de Colombia da a conocer que un 86% de las empresas en nuestro país percibe que existen sobornos dentro de su sector económico. De veintidós sectores representados en el estudio, veinte manifestaron que, en un porcentaje mayor al 74% perciben o tienen conocimiento de sobornos dentro de su propio sector; por otro lado, cerca de la mitad de los encuestados en dicho estudio (un 47%) indicaron que su empresa no cuenta con alianzas estratégicas o socios a fin de aunar esfuerzos para combatir la corrupción, lo que muestra claramente que los esfuerzos para combatir delitos como el soborno están, cuando menos, desarticulados (Yepes, García y Schawlb, 2019, p. 119).

Hasta el día de hoy, Colombia ha optado por un sistema de transferencia de responsabilidad penal a la persona física que es el representante legal de la empresa y, por otro lado, se centra en las sanciones pecuniarias o administrativas contempladas por la ley en el contexto del derecho administrativo, omitiendo la implementación de la responsabilidad penal de las empresas. Sin embargo, casos como el desvío de recursos públicos por parte de SaludCoop EPS y los sobornos internacionales que dieron lugar a la celebración indebida de obras públicas como el conocido caso Odebrecht, ponen de manifiesto la ineficacia de sanciones únicamente administrativa respecto a las personas jurídicas, entre otros aspectos, porque dichas sanciones difícilmente constituyen disuasorios y dejan abierta la posibilidad de reincidencia de la persona jurídica en la conducta punible. Además, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia vulnera los principios de la Justicia Restaurativa, toda vez que no garantiza la reparación integral de las víctimas en el marco de estas conductas, aún en los casos en las que dentro de estas víctimas se encuentra el Estado mismo (Martino y Guerrero, 2018, p. 78).

Es procedente recordar que Colombia ha hecho avances en materia jurisprudencial, pues mediante sentencias emanadas de las Honorables Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, se ha tocado tangencialmente la atribución de responsabilidades de los colectivos en temas medio ambientales. También se ha avanzado en temas legislativos, desde la ley 491 de 1999, enfocada a la protección ambiental hasta la ley 1778 de 2016, donde se dictan disposiciones sobre la responsabilidad de las empresas en actos de corrupción transnacional. Sin embargo, este tipo de responsabilidad empresarial en el ámbito jurídico, se encuentra restringido únicamente a sanciones y delitos de carácter puramente administrativo.

A continuación, abordaremos el tema de estos antecedentes, en un esfuerzo dar un contexto adecuado que pueda abrirnos paso hacia una propuesta concreta acerca del cambio de paradigma que permita que las personas jurídicas en Colombia no sólo asuman responsabilidad administrativa, sino también penal.

2.1. Antecedentes normativos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia.

Colombia no ha sido ajena a las discusiones doctrinales respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El órgano legislativo, desde el año 1978 ha contemplado la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las organizaciones, encontrando generalmente una barrera dogmática, cimentada en el principio varias veces mencionado en el presente documento, según el cual las

organizaciones no pueden delinquir. Esto no ha sido obstáculo, sin embargo, para que, conforme a la necesidad surgida de la cotidianidad, la legislación colombiana se adapte a los retos que esta le presenta, mediante la promulgación de leyes que han tocado más o menos tangencialmente este tema.

Es notoria la progresión temporal de las leyes emitidas a este respecto. Un análisis cuidadoso hace notar que el legislativo fue dando pasos cada vez más resueltos y tendientes a admitir esta responsabilidad a medida que la discusión avanzaba en el campo doctrinal. Listamos, a continuación, las leyes colombianas que han tocado el tema de la RPPJ:

2.1.1. Anteproyecto de código penal 1978

En 1978 se presentó un anteproyecto de código penal que incluía la posibilidad de establecer responsabilidad en delitos contra “el orden económico y social (Bernate, 2020, p. 11) mediante el artículo 358-8, artículo que, sin embargo, nunca rigió. Más adelante, como cita Bernate, la sala de casación de la Honorable Corte Suprema de Justicia señaló: “...se debe descartar la imputación por calumnia, ya que las personas jurídicas no son sujetos pasivos de este delito, en la medida en que no se les puede imputar a ellas la comisión de hechos punibles...”¹ (Bernate, 2020, p. 11)

2.1.2. Responsabilidad penal en la Ley 365 de 1997

En el artículo número 2 de esta ley, se creó el artículo 61 A del código de procedimiento penal vigente en dicho momento (Decreto 2700 de 1991) donde se contempla la cancelación de la personería jurídica de organizaciones cuya dedicación principal es una actividad delictiva. Es aquí donde Colombia asume una tesis mixta, tomando como modelo la contenida en el Código Penal español de 1995 (Bernate, 2020, p. 11).

En el caso de esta ley, la pena de disolución se aplicaría cuando se juzgue demostrado que la empresa se ha dedicado completa o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas, contemplando en tal caso la cancelación de su personería jurídica y el cierre de establecimientos abiertos al público.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto 7379. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

2.1.3. Responsabilidad penal en la Ley 491 de 1999

El objetivo de esta ley fue “crear los seguros ecológicos como un mecanismo que permita cubrir los perjuicios económicos cuantificables a personas determinadas como parte o como consecuencia de daños al ambiente y a los recursos naturales y la reforma al Código Penal en lo relativo a los delitos ambientales”. (Ley 491, 1999). Esta ley reformó el código penal en su tercer título y contempla sanciones, no solo pecuniarias, sino penas privativas de la libertad a personas físicas que cometan delitos ambientales.

En la promulgación de esta ley se crea la Póliza Ecológica, reglamentada por el gobierno nacional por medio de disposiciones del Ministerio de Ambiente y es obligatoria, según establece la propia ley, para todas aquellas actividades que requieran licencia ambiental y que sean susceptibles de causar daños al medio ambiente. Se intenta así, amparar perjuicios económicos debidos al actuar de una persona jurídica que causen daños al medio ambiente, bien sea por causas accidentales, imprevistas o actuar de terceros.

Esta ley en particular prevé penas pecuniarias para empresas que aprovechen de forma ilícita recursos biológicos, invadan áreas de importancia ecológica especial, explote de manera irregular yacimientos petrolíferos o minerales, dé uso indebido a microorganismos nocivos, cause daños por contaminación directa al medio ambiente o bien omita información respecto a la propagación de plagas o enfermedades que afecten la flora y fauna.

Por otra parte, también se establecen penas privativas de la libertad, nuevamente por el plurimencionado procedimiento de transferencia de responsabilidad, a los representantes legales de las empresas, estableciendo modificaciones en estas penas en razón a si estas conductas punibles se realizan a título de culpa o dolo. Estas penas también se ven modificadas en hechos específicos, como la tenencia, fabricación o tráfico de objetos tales como armas químicas o nucleares.

Este primer acercamiento en la legislación colombiana, pese a parecer fuera de contexto respecto al tema que nos ocupa, puesto que claramente no se establece una responsabilidad penal en las empresas, sino que esta continúa siendo administrativa o, en todo caso, es transferida a la persona física que funge como representante legal de la misma, tiene una característica particular que nos trae de vuelta al tema tratado en el presente documento; en efecto, el artículo veintiséis de la ley fue declarado inexecutable por la Honorable Corte constitucional, mediante sentencia C-843/99, con Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, en el cual se sostenía la creación del artículo 247 B, el cual implicaba

que para los delitos contemplados en los artículos 189, 190, 191 y 197, si dichos delitos son cometidos por una persona jurídica o una sociedad de hecho, aparte de las sanciones dispuestas a nivel de clausura, suspensión, multas o cierre temporal o definitivo de la actividad de dicha sociedad, el juez competente puede tomar acciones privativas de la libertad a los representantes legales de dichas sociedades, a los directivos o a cualquier otro funcionario que se pruebe involucrado en la acción delictiva, teniendo claro que si la conducta punible se dio en la clandestinidad, sin ningún tipo de permiso de las autoridades competentes, la responsabilidad recaerá en la persona jurídica.

Como puede verse, este artículo contempló (por supuesto, antes de ser declarado inexecutable), sanciones no solo administrativas sino relacionadas con el funcionamiento del establecimiento que presentan paralelismos con la implementación de responsabilidad penal para personas jurídicas en otros países, como hemos comprobado anteriormente.

Será importante señalar que la Honorable Corte Constitucional tomó tal determinación por considerar que tal artículo violaba el principio de legalidad por indeterminación parcial de la conducta. También considera la H. Corte que esta indeterminación parcial de procedimiento desconoce el debido proceso y el principio de ilegalidad en razón la inexistencia o ausencia de las formas propias de un juicio (CC, Sentencia C-843/99).

Si bien esta disposición, a todas luces, concuerda con la resiliencia a implementar la responsabilidad penal en personas jurídicas, la propia corte hace referencia a su propia jurisprudencia, de forma tal que no cierra completamente esta posibilidad a la luz de la interpretación de la Carta Magna.

2.1.4. Ley 600 de 2000 y ley 906 de 2004

En este Código de Procedimiento Penal se mantiene el modelo mixto, con la particularidad de que es aquí donde se contempla por primera vez la suspensión de la personería jurídica, como medida sancionatoria preventiva, en tanto avanza la investigación; medida que desemboca en una cancelación de la personería jurídica:

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 (Bernate, 2020, p. 13).

Esta disposición es ratificada en la Ley 906 de 2004, que en su artículo 91 dispone medidas similares, siempre que la investigación permita inferir que el colectivo se dedica parcial o totalmente a la comisión de ilícitos o bien este es el motivo de su constitución.

2.1.5. Ley 1474 de 2011 y ley 1778 de 2016

Más adelante, el Estatuto Anticorrupción, contenido en la Ley 1474 de 2011, ampliaría la disposición de la ley 906 de 2004 incluyendo en los posibles sujetos de estas sanciones a las personas jurídicas que se beneficiaran de delitos contra la Administración Pública o bien el Patrimonio público. La ley 1778 de 2016 ampliaría aún más esta disposición señalando: que cuando haya una sentencia penal condenatoria en contra del representante legal o quienes administran una sociedad en Colombia o de una sociedad extranjera que se hayan visto beneficiadas o hayan injerido en el delito de cohecho, la Superintendencia de Sociedades y las autoridades pertinentes según el caso tienen la potestad para incurrir en proceso hacia dicha sociedad y sus representantes legales (Bernate, 2020, p. 13).

2.1.6. Ley 2014 de 2019

Finalmente, el treinta de diciembre del año inmediatamente anterior, la Ley 2014 de 2019 estableció que los condenados por un delito contra la Administración Pública inhabilitarían también a las sociedades de las cuales hagan parte, siempre que sean administradores, representantes legales, miembros de la junta directiva o socios controlantes, incluso en los casos en que la sentencia esté pendiente de segunda instancia. También aplica para cuando los condenados por alguno de estos delitos (y ostentan alguno de los cargos antes mencionados) son beneficiados con un principio de oportunidad en un proceso relacionado con un delito contra el patrimonio del estado o la administración pública (Bernate, 2020, p. 15).

Resulta particularmente interesante el literal J, que establece propiamente dicha la inhabilidad mencionada de contratar con el estado, pero va más allá, puesto que inhabilita también a las empresas ya sancionadas con la suspensión de personería jurídica, considerando a las mismas inhabilitadas para contratar, siempre y cuando en ellos repose una sanción por la apropiación o aprovechamiento ilícito del patrimonio o la riqueza del estado (Bernate, 2020, p. 15)

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.

2.2. Antecedentes Jurisprudenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia

No son pocas las veces en que la jurisprudencia de las altas cortes colombianas se ha ocupado de analizar la viabilidad, cada una desde su ámbito inherente, de la aplicación de sanciones penales a personas jurídicas. Ya para el año 1993 la Honorable Corte Constitucional se pronunciaba sobre el carácter de la persona jurídica, afirmando que esta es apta para la titularidad de derechos y deberes por su racionalidad y por su autonomía. Entendiendo como aptitud la capacidad de razonar, soportar y sostener los derechos propios de si y de quienes se ven inmiscuidos en las injerencias de la persona jurídica, teniendo en cuenta que si bien los derechos de la persona jurídica en ningún punto se superponen a los derechos civiles de la persona, sin embargo, se encuentran ambos puntos en la racionalidad de la persona jurídica, por lo tanto, se entiende que la persona jurídica es, por lo menos, titular de sus derechos constitucionales básicos, si bien no de manera exacta a como se presentan como personal natural, si en los puntos básicos de su racionalidad y soporte como persona jurídica. (CC, Sentencia T-396, 1993, p. 7-12).

En esta sentencia en el tratamiento legal de las personas jurídicas y, por ende, de los efectos que esta conlleva respecto a los derechos y deberes de las mismas, encuentra sostén lo que ha sido una marcada tendencia de la H. Corte Constitucional a la admisión de responsabilidad criminal de los entes corporativos, fundamentada en los criterios de igualdad y necesidad.

En 1998, tras las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de ley 235/956 Senado 154/96 Cámara (la que más tarde sería la ley 491 de 1999 a la que nos hemos referido con anterioridad), la Corte constitucional pronunció que las sanciones penales encaminadas a los gestores, con sólo una reacción punitiva arbitraria, siempre que la persona con personería jurídica y que se benefició del hecho cuenta con inmunidad relativa. El hecho de que existan indemnizaciones o sanciones que limiten el accionar de la persona jurídica termina por no ser procedente con el rango antisocial que busca punir la ley. Teniendo en cuenta que la ley penal busque disuadir y minimizar la ejecución de conductas que afecten el bienestar social en general y la integridad de las personas y el estado, las acciones de mera censura o de indemnización de una persona jurídica, más la imputación a las personas naturales sin tener en cuenta

quien se benefició de la conducta punible, no serían suficientes en cuanto a lo que se buscaría penalmente. (CC, Sentencia C-320/98).

Se observa en esta sentencia, una clara crítica a la transferencia de responsabilidad hacia la persona natural, juzgando como insuficiente la imputabilidad, en casos en los cuales el hecho punible es cometido por un ente corporativo. La misma sentencia, además, establece la posición de la corte respecto a las sentencias pecuniarias y administrativas como medidas igualmente insuficientes, partiendo de que si la persona jurídica se ha visto beneficiada por la conducta punible, la acción penal hacia quienes gestaron dicha actividad no será suficiente, puesto que el mayor beneficiado no será realmente sancionado, partiendo de que la sociedad o corporación se mantiene, en su centro, intocable. (Corte Constitucional, Sentencia C-320/93).

En el año siguiente, la Corte Constitucional evaluó la constitucionalidad de la Ley 488 de 1998, acerca de las importaciones a través de almacenes generales de depósito y sociedades aduaneras, uno de cuyos artículos sancionaba conductas delictivas ligadas al contrabando. El artículo en cuestión fue declarado inexecutable, pero interesa especialmente notar que la Honorable Corte es muy clara al establecer que no está en contra de la penalización de dichas conductas, sino que declara la inexecutable por ambigüedad en la descripción penal:

Por último, la Corte precisa que esta declaración de inexecutable deriva de la ambigüedad de la descripción penal, pero no implica en sí misma un cuestionamiento a la posibilidad de que se penalicen conductas ligadas al contrabando, sean éstas adelantadas por personas naturales o por personas jurídicas” (CC, Sentencia C-559/99).

Más adelante, en el 2003, la Corte constitucional conoció demanda de inconstitucionalidad del artículo 402 del Código Penal, donde se tipifica el delito de “Omisión del agente Retenedor o Recaudador”. Aquí, de nuevo, el alto tribunal toca tangencialmente el tema, admitiendo la igualdad de personas naturales o jurídicas como sujetos activos de la conducta punible, sin establecer una salvedad persona jurídica como no susceptible de serlo:

[...] El artículo 402 de la Ley 599 de 2000 establece: i) El sujeto activo cualificado y el pasivo de la conducta punible como son, respectivamente, el agente retenedor o autoretenedor y el responsable del IVA (personas naturales o jurídicas) y el Estado [...] (CC, Sentencia C-009/03).

No obstante, no quiere decir esto que la H. Corte constitucional sea propositiva respecto a la implementación de la responsabilidad penal para los entes organizacionales, suceso que se ve claramente en la sentencia C-558 de 2004, donde la corte se pronuncia respecto a la cancelación de la personería jurídica definiéndola como una medida fuera de proporciones y limitando esta herramienta a una suspensión:

Respecto de la cancelación de la personería jurídica de sociedades u organizaciones, al conllevar como consecuencia la extinción de la persona jurídica respectiva, de adoptarse como medida preventiva no puede conllevar efectos definitivos, pues de ser así resultaría una medida desproporcionada. Por ello, los efectos plenos de esta medida no pueden surtirse sino a partir de la sentencia que así lo determine, y mientras tanto, la personería jurídica solo podrá estar suspendida. (CC, Sentencia C-558/04).

También la corte suprema de Justicia se ha referido al asunto, mediante Auto 7379 de la Sala de Casación Penal, el Magistrado Ponente, doctor Ricardo Calvete, en juicio en el que, entre otros temas, se discutió la posibilidad de imputar cargo por calumnia a una persona jurídica, se descartó de plano esta posibilidad en los siguientes términos:

Se debe descartar la imputación por calumnia, ya que las personas jurídicas no son sujetos pasivos de este delito, en la medida en que no se les puede imputar a ellas la comisión de hechos punibles (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto 7379 de 1995).

Mencionaremos además las siguientes sentencias en las que puede apreciarse el modelo mixto adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano:

2.2.1. Alcances en la responsabilidad penal de personas jurídicas de la sentencia No. T-411/92. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

Centrada en el derecho al ambiente sano como un derecho fundamental, la Honorable Corte Constitucional también sienta jurisprudencia en el sentido de considerar a las personas jurídicas, respecto de la acción de tutela, como titulares de dicha acción. Se expone de la siguiente manera que las personas jurídicas, por su naturaleza, poseen derechos fundamentales como las personas naturales de forma directa e indirecta: de manera indirecta, cuando los derechos tutelares que se buscan salvaguardar giran alrededor de la protección de los derechos individuales de las personas naturales que conforman la sociedad y de manera directa, cuando las personas jurídicas son titulares de derechos en sí mismas y su personas jurídica no se antepone a este hecho. En ambos casos, es preciso tener en cuenta que definir si la persona jurídica es o no, de manera directa o indirecta, poseedor de un derecho enunciado, corresponde al juez tutelar (Corte Constitucional, 1992. Sentencia No. T-411/92. Mp. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

2.2.2. Sentencia C-510/97. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995. Dentro de esta providencia, la Corte Constitucional establece jurisprudencia respecto a la admisión de las personas jurídicas como sujetos de derecho e imputabilidad, la corte señala que toda persona jurídica,

por su misma naturaleza y sus propios derechos, tiene derecho al debido proceso tal como la persona natural, y a que se le brinden todas las garantías precisas para su caso y que el mismo sea justo y equitativo para las partes inmiscuidas, incluyendo a la persona jurídica en garantía de procesado. Y, siguiendo la misma línea, las personas jurídicas son a su vez poseedoras del derecho a la presunción de inocencia y a garantizar que puedan ser procesados bajo probatorios y no la simple sospecha, garantizando que sin pruebas específicas de conductas punibles, no sean juzgados injustamente (CC, Sentencia C-510, 1997).

2.2.3. Sentencia T-317/13. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Nuevamente la Corte Constitucional señala a las personas jurídicas como sujetos de derechos, más aún, como titulares de algunos derechos fundamentales, sin embargo, se enuncia que por su calidad como persona jurídica más no como persona natural, no tienen acceso a derechos humanos que se garantizan por la calidad de humanidad de la especie, sentados sobre el precepto de su racionalidad, como lo son el derecho a la vida o la honra. Sin embargo, en su calidad de persona jurídica es propio decir que poseen derechos como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, al debido proceso o la libertad de asociación (Sentencia T-317, 2013).

Al tenor de estas consideraciones legales y jurisprudenciales, a continuación, analizaremos las bases o mínimos a tener en cuenta para estructurar un modelo de inclusión de la responsabilidad penal a personas jurídicas en Colombia.

2.2.4. Sentencia CSJ - SC13925/16 M.P. Ariel Salazar Ramírez

En un sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en el radicado No. 05001-31-03-003-2005-00174-01 del 30 de septiembre de 2016, en la cual puntuó que no en todos los casos se debería contemplar exigir únicamente la responsabilidad penal de las personas naturales que incurren en una conducta punible en el desarrollo de actividades atribuidos a una persona jurídica u organización, puesto que las lesiones y perjuicios derivados de dichas acciones corresponden a los actos de despliegue y operaciones de dichas organización, por lo cual sería una falta a los procesos empresariales y por la tanto jurídicamente reprochable a la organización y la persona jurídica misma, quien en su accionar y su responsabilidad no contó con los deberes de cuidado objetivo suficientes para garantizar su misión y visión empresarial, sus objetivos dentro de lo comprendido por la ley y los códigos sociales a los que se debía de adherir (CSJ, Sentencia T-317, 2013).

Hacemos notar la concordancia de la jurisprudencia con la posición general de subsumir la responsabilidad penal de las empresas al deber de las mismas de prevenir las conductas delictivas en su interior.

3. BASES FUNDAMENTALES PARA LA INCLUSIÓN DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA.

En el marco de todo lo anteriormente expuesto, es claro que la implementación de la responsabilidad penal de las organizaciones es un tema de obligada discusión en nuestro ordenamiento jurídico. Actualmente existe una falencia perceptible frente a la protección de los bienes jurídicos que pueden ser afectados por empresas, puesto que la afectación de dichos bienes únicamente trae consigo resultados negativos para individuos, personas naturales, circunstancia que no consigue el efecto disuasorio y educativo que busca la justicia punitiva al interior del derecho penal.

En Colombia, el ordenamiento jurídico padece de una confusión respecto al tratamiento de dichas responsabilidades toda vez que, en lo adjetivo del derecho penal, se establecen medidas destinadas a afectar los intereses de los entes organizacionales involucrados en la comisión de un acto delictivo mientras que, en el plano fáctico, se acude a la transferencia de la responsabilidad mediante la individualización de la culpa en los representantes legales de las empresas o bien de las personas naturales vinculadas a la misma mediante un vínculo contractual, dejando el proceder correctivo al ámbito del derecho civil o administrativo.

Podemos, entonces, estar de acuerdo en que no existe un criterio prevalente que permita establecer un régimen de responsabilidad penal para entes colectivos en Colombia. ¿Cómo abordarlo entonces?

En primera medida, se pueden establecer tres posturas básicas acerca de la imputación jurídico penal a las entidades colectivas. Bernate las diferencia de la siguiente manera: (i) permiten la responsabilidad penal de los entes colectivos, otras que (ii) niegan esta posibilidad, y las denominadas (iii) intermedias, en las que se niega la responsabilidad penal de las corporaciones, pero se permite que el Juez Penal tome medidas administrativas respecto de aquellas, cuando se demuestre que han sido empleadas total o parcialmente para la comisión de un delito.” (Bernate, 2020, p. 8).

En el caso colombiano, se mantiene un modelo mixto, sustentado en la jurisprudencia principalmente de la Corte Constitucional mencionada anteriormente y lo establecido en el Código de Procedimiento Penal instituido en el Ley 600 de 2002, artículo 65. Este señala:

[...] 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 [...] (Ley 600, 2002).

Recordemos que la anterior disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, con la salvedad de que, mientras se dicta sentencia, la orden de cancelación de la personería jurídica únicamente tendría efectos de suspensión. Es así que se mantiene el principio *societas delinquere non potest*, sin que por ello se dejen de adoptar medidas inhabilitantes para las empresas en los casos en que los representantes legales, socios controlantes, administradores o miembros de junta directiva en ellas hayan sido beneficiados por una actividad ilegal relacionada con la empresa (Bernate, 2020, p. 14).²

La última disposición en esta materia, está contemplada en la Ley 2014 de 2019, es el último avance de la legislación colombiana sobre el tema y en ella se establecen inhabilidades para contratar con el Estado para aquellas personas naturales que han cometido delitos contra la Administración Pública o el Patrimonio Estatal (Bernate, 2020, p. 15); esta inhabilidad se hace extensiva a los entes organizacionales de los cuales hagan parte los ciudadanos condenados por estos ilícitos, siempre que se encuentren en una posición relevante dentro de la organización.

3.1. La responsabilidad penal de personas jurídicas en el Proyecto de ley 178-20

Durante el presente año, el treinta de julio, para ser precisos, el senador de la República, doctor Juan Luis Castro Córdoba, radicó ante el senado el proyecto de ley 178 de 2020. El objeto de esta ley es establecer un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas en Colombia específicamente para los delitos de: lavado de activos, terrorismo, financiación del terrorismo y delitos contra recursos naturales y el medio ambiente (Castro, 2020,).

² En similares términos está previsto en sistema penal acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004, el cual establece en su artículo 91 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.

Si bien se encuentra circunscrito a estos tipos penales, de aprobarse los requisitos necesarios, es decir, los debates y votaciones necesarios para aprobarla, nos encontraríamos ante la primera ley colombiana que admite la responsabilidad penal de un colectivo. Nos detendremos aquí, brevemente, a examinar los aspectos más relevantes de este proyecto de ley, tanto por la importancia que reviste debido a lo anteriormente mencionado, como por considerar que puede servirnos como estructura para definir más adelante las características de la propuesta propia, sin incurrir en redundancias innecesarias.

En primer lugar, el artículo tercero. “Atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, modificaría el código penal (como en efecto está estipulado en el artículo 24 del proyecto de ley), toda vez que establece la responsabilidad para las personas jurídicas en los siguientes términos, pues se establece que las personas jurídicas serían penalmente responsables de conductas punibles cuando:

1. Quienes cometan los delitos ya sea bajo su nombre o en nombre de terceros y que se beneficien de los mismos de manera directa o indirecta, asumiendo dicho beneficio en nombre de la personería jurídica, en aras de un beneficio de la sociedad o empresa o de terceros que puedan aprovecharse de la misma, siempre y cuando la conducta dolosa se dé a través de la sociedad o la personería jurídica y no en el uso de terceros sin consentimiento.
2. Cuando se cometa una conducta punible como las denominadas anteriormente, pero que la misma se dé no por acción de la persona jurídica sino por omisión de la garantía de controles y de su deber de cumplimiento en objetos de su misión, visión, objetivos y mecanismos de control.

Nótese la similitud con el ordenamiento jurídico ya establecido en los países mencionados en el primer capítulo. También es notoria la similitud doctrinal en cuanto a considerar responsables a las empresas, siempre que hayan sido beneficiadas por el ilícito y la introducción de dicha responsabilidad penal como una falta al deber de observancia, por cuanto indica en el segundo acápite.

Es justamente allí donde entra el concepto del *compliance*, que se estipula en el capítulo cuatro del proyecto de ley en cuestión, donde se establecen parámetros para los modelos de organización y gestión, tales como la evaluación de riesgos, existencias de códigos éticos, modelos de gestión de los recursos financieros, informes periódicos sobre la eficacia del programa, establecimiento de canal de denuncias, socialización de la información y la creación de la figura de un “oficial de cumplimiento”, quien tendría a su cargo el modelo de organización y gestión, entre otras. De hecho, en la motivación de la ley, el senador expone:

Una cultura corporativa ataca el origen y causa de este problema. De esta manera, el compliance se convierte en un factor clave para combatir la corrupción. Una necesidad de la empresa actual. El Compliance penal por más acertado que sea en su diseño del sistema de gestión y control, no garantiza que no se hayan producido delitos o que no se vayan a producir porque el compliance penal no es un fin en sí mismo, es solo un mero instrumento para conseguir en la empresa la cultura ética y de respeto a la Ley penal. Por lo tanto, es necesario comprobar que es eficaz, esto es, que funciona realmente y que genera la cultura ética que se pretende. (Castro, 2020).

El proyecto de ley excluye de la responsabilidad jurídica a los entes territoriales, al estado, las organizaciones internacionales de derecho público a y a las entidades públicas en general y establece las penas, principales y accesorias, que podrían ser impuestas a las personas jurídicas, dentro de las cuales cabe resaltar la disolución jurídica y la inhabilitación para contratar con el sector público. Una de las penas accesorias propuestas (expuesta en el artículo 14, acápite cuarto) contempla la supervisión judicial de la persona jurídica condenada en firme y la posibilidad de una “rehabilitación” de la persona jurídica, mediante la adopción de un *compliance* eficaz, además de comprobar la ruptura de lazos con personas u organizaciones participantes en el ilícito.

3.2. La responsabilidad penal de las empresas, elementos propositivos

Considerando que uno de los principales obstáculos dogmáticos para la adopción de la responsabilidad jurídico penal de los colectivos es una posible lesión al principio de culpabilidad, se propone establecer la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de reforma normativa que obligue a las empresas a establecer un programa de cumplimiento estricto en prevención de los tipos penales en los que puede ser adjudicado una responsabilidad de la empresa.

Si un ente colectivo está obligado legalmente a contar con un programa de cumplimiento y no cuenta con uno, estaría creando un riesgo jurídicamente desaprobado (Bernate, 2020, p.43) y por lo tanto debe evitar resultados lesivos en su accionar como organización, so pena de ser imputado. Resulta así, que la comisión de un ilícito que beneficie directa o indirectamente a la empresa y que lesione los bienes jurídicos de un tercero pasa a ser una infracción a los deberes objetivos de cuidado. Esta imputación respeta el principio de culpabilidad, toda vez que se le atribuye al colectivo la infracción de un deber que le es propio (Bernate, 2020, p. 42).

Por supuesto, quedan por dilucidar un sinnúmero de temas al respecto, tales como los programas de cumplimiento o *compliance* como factores de atenuación o justificación, los lineamientos puntuales y requerimientos para estos programas, la obligatoriedad en la implementación de este modelo para microempresas y pequeñas empresas, etc. Representa también un enorme cambio en el paradigma del ordenamiento jurídico colombiano (Bernate, 2020, p. 20), toda vez que sería necesario admitir la responsabilidad penal de los entes colectivos, tal como lo han hecho ordenamientos jurídicos como el español, el chileno y el argentino, como pudo verse al inicio del documento.

3.2.1. Programas de cumplimiento (Compliance)

Los programas de cumplimiento (conocidos como “*compliance*”) están lejos de ser un término vacío o parte de un sistema de organización anodino o una medida de marketing. Antes bien, es parte fundamental de cualquier intento serio por incorporar la responsabilidad penal de las empresas.

Ante todo, un compliance o cumplimiento normativo, es la necesidad de una organización de establecer procedimientos determinados para asegurar en la medida de lo posible que los directivos, empleados y otros agentes relacionados con la misma, cumplan con las diferentes normativas establecidas, para lo cual es menester identificar y clasificar los riesgos legales a los que se enfrenta, creando una suerte de marco normativo interno que prevenga la comisión de ilícitos en el seno de la organización.

Este concepto encuentra su origen en el concepto genérico de *Unternehmensverfassung* (Gobierno Corporativo), entendido como el marco regulatorio para la dirección y supervisión de empresas que busca garantizar el principio básico, establecido además en todos los ordenamientos jurídicos, de que la persona jurídica de actuar en armonía con el Derecho vigente en cada país (Rotsch, 2012, p.3). En búsqueda de la mejor y más eficiente práctica empresarial exenta, por supuesto, de ilícitos, se establecían exigencias muy severas respecto al adecuado comportamiento empresarial.

El autor español Thomas Rotsch, aborda la discusión de cuestiones fundamentales de este concepto, nombrándolo “Criminal Compliance”, acotando así la estructura mencionada a temas específicos de minimización de la posibilidad de una empresa u organización de inculparse a sí misma en asuntos penales. Advierte el autor, que, en la elaboración de este, debe tenerse especial cuidado en enfocar los esfuerzos únicamente a evitar la responsabilidad de la empresa, puesto que, debido a la delegación inherente a la dirección de la empresa, la responsabilidad termina trasladándose (como en el caso colombiano) a los trabajadores y/o directivos de la misma.

La supuesta evitación de la responsabilidad sería entonces un mero traslado de la responsabilidad que afectaría penalmente a otros sujetos, lo cual desde el punto de vista empresarial puede ser igualmente desastroso. (Palabras clave: Multas, demandas de daños y perjuicios, pérdida de reputación, pérdidas de capacidad competitiva). Un concepto de Compliance dirigido a una completa evitación de la responsabilidad penal debe por lo tanto tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no sólo a la cúpula directiva (Rotsch, 2012, p. 6).

3.3. Propuesta

Recordemos una vez más que Colombia es un país miembro de la OCDE y existen obligaciones consagradas en tratados internacionales sobre la materia por lo que urge la adopción de medidas que pongan a nuestro país dentro de los estándares internacionales a este respecto. También cabe recordar que, en el marco de la implementación de los acuerdos de la Habana y el Teatro Colón, mediante los procesos de conocimiento de verdad y los mecanismos de reparación, seguramente será evidente que en el proceso de conflicto interno colombiano, las personas jurídicas fueron parte, voluntaria o involuntaria, constituyéndose como responsables (como en el caso “Chiquita Brands”, donde se comprobó el financiamiento de grupos armados al margen de la ley) a la vez que como víctimas de los grupos delincuenciales (Martínez, 2017, p. 22).

Es importante establecer, además, determinados lineamientos base para esta implementación, tales como la exclusión de organizaciones estatales o de carácter público; la diferenciación de empresas constituidas legalmente, con fines legales y que se han “desviado” del proceder legal, de las empresas que se han diseñado específicamente para la comisión de ilícitos (caso DMG) y la definición precisa de los tipos penales en los que puede incurrir una organización, tales como lavado de activos, delitos ambientales, delitos de administración pública, financiación de terrorismo, sobornos, etc. (Humar, 2017, p. 182).

A la luz de todo lo anteriormente expuesto, nuestra propia proposición de modelo armoniza en gran parte con la postura de Bernate y en buena medida con el proyecto de ley 178 de 2020, abreviadamente analizado en un acápite anterior.

Concordamos en que el modelo general, para que sea respetuoso del principio de culpabilidad, debe estar orientado hacia la responsabilidad por el incumplimiento de los deberes internos o bien de contar con la normativa exigida (entendida esta última como una normativa esta con características análogas a las presentadas en el proyecto del senador Castro) puesto que, de esta forma, se atribuye a las personas jurídicas la infracción de un deber que les sería propio (Bernate, 2020, p. 42).

También consideramos que el programa de cumplimiento o *compliance* es fundamental para la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no solo por la solución que esta figura presenta al otrora problema de lesionar el principio de culpabilidad, sino porque la exigencia de un programa de cumplimiento, no solo formulado para sus necesidades específicas sino además eficaz (Bernate, 2020, p.43) y susceptible de mejoramiento, contribuye en forma significativa al control de estos delitos, todo lo cual redundará en beneficio de la sociedad colombiana y encamina claramente los esfuerzos

del ente legislativo nacional hacia el cumplimiento de buenas prácticas al que, como nación, nos hemos comprometido con la OCDE.

Finalmente concordamos también, tanto en la propuesta de Bernate como en el proyecto de ley del senador Castro, con la exclusión de responsabilidad para las entidades estatales y entidades públicas en general, dado que no puede arrogarse el aparato judicial la función del Consejo de Estado.

No obstante lo anterior, presentamos una discrepancia fundamental que consiste en la limitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a determinadas infracciones. Consideramos que esta responsabilidad debería ampliarse a la mayoría de los tipos penales, a excepción hecha de aquellos que resulten imposibilidades evidentes o bien la Honorable Corte Constitucional juzgue inconsistente o incompatible con nuestra Constitución.

Esta posición se basa principalmente en una perspectiva menos doctrinal y más pragmática. Es bien sabido que nuestro país, a raíz del conflicto interno constante y las particularidades geopolíticas que le son propias, presenta un sinnúmero de casos en los cuales las empresas presentan vinculaciones con acciones ilícitas, estén o no vinculadas con el conflicto. Hemos mencionado anteriormente el emblemático caso de la empresa “Chiquita Brands”, pero tal está muy lejos de ser un caso aislado. No solo se han comprobado repetidamente (y juzgado en su momento bajo la normativa vigente) casos de financiamiento de guerrillas y grupos paramilitares, sino que las empresas han sido también víctimas de delitos como el de extorsión y sabotaje.

A manera de contexto: en mayo del presente año, el colectivo de abogados “José Alvear Restrepo”, presentó ante la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la convivencia y la no repetición, un informe titulado “El rol de las empresas en el conflicto armado y la violencia sociopolítica”. En este informe, además de citar varios casos emblemáticos además del de “Chiquita Brands”, tales como el de Nestlé en 2005, Drummond en 2002 y el consorcio OCENSA en el 2005, se establecen nueve “patrones” como forma de agrupar prácticas de violaciones de derechos humanos en las cuales tomaron parte, directa o indirectamente diversas empresas privadas. Estos patrones son, según el documento:

- “1. Empresas de seguridad privada y su complicidad en violaciones de derechos humanos de líderes sociales o comunidades*
- 2. De la privatización de la Fuerza Pública a través de proyectos minero-energéticos privados y su impacto en derechos humanos*
- 3. Relaciones empresariales con la Fuerza Pública que posibilitaron violaciones de derechos humanos*
- 4. Complicidad empresarial con grupos paramilitares*

5. *Beneficiarios de prácticas antisindicales*

6. *Daños al territorio y depredación ambiental por acción y omisión de empresas*

7. *Prácticas de despojo corporativo*

8. *Criminalización de la protesta social, el liderazgo comunitario y la organización social que cuestiona prácticas empresariales*

9. *Mecanismos de impunidad corporativa mediante la Responsabilidad Social Empresarial, el lavado de marca y los Principios voluntarios* "(CAJAR, 2020).

El informe pormenoriza cada uno de estos patrones, haciendo recomendaciones a la comisión de cada una de estas conductas que califican como *"reiteradas, de extrema gravedad y cobijadas con impunidad en buena parte de los casos, que han configurado, o bien graves violaciones a los derechos humanos, o bien un entorno que posibilitó tales violaciones"* (CAJAR, 2020).

Como puede verse en esta enumeración de conductas, existen en la realidad colombiana una cantidad considerable de conductas punibles en las cuales incurren las empresas y organizaciones, haciendo necesario que los tipos penales de los cuales pueden ser responsables no se vean limitados únicamente a los delitos relacionados con corrupción y prácticas medioambientales cuestionables, sino que se extiendan hacia conductas punibles tales como el homicidio, el desplazamiento forzado y otros.

Faltaría al fin último de la justicia, en nuestra opinión, penalizar a una empresa con una sanción pecuniaria, ante la participación de esta en una masacre o el desplazamiento de una comunidad. Es entendible, por supuesto, que existan tipos penales cuya responsabilidad no pueda ser atribuida a una empresa, pero indudablemente es fundamental ampliar, como mínimo, la cantidad de estas conductas en las que la ley prevea que puede incurrir una organización.

Conclusiones

La responsabilidad penal empresarial, es un tema de capital importancia para el ordenamiento jurídico colombiano, habida cuenta de las particularidades en la historia y cotidianidad y los compromisos adquiridos en instancias internacionales.

En la actualidad, a pesar de que en el ámbito internacional varios países han reconocido la responsabilidad penal de las organizaciones, Colombia presenta un significativo atraso en los avances hacia este objetivo, siendo la jurisprudencia al respecto aún muy confusa en algunos puntos.

Es factible el cambio de paradigma que permita la adopción de la responsabilidad de entes colectivos, si bien se hace necesario para ello clarificar la normatividad al respecto, a fin de contar con

herramientas más eficaces en la lucha contra conductas punibles tales como el soborno, delitos administrativos y contra el patrimonio público.

A fin de evitar conflictos dogmáticos o doctrinales, la responsabilidad penal para las empresas debe tener como sustento principal la obligatoriedad de programas de cumplimiento debidamente parametrizados, de modo de que la imputabilidad de las organizaciones se base en infracciones al deber objetivo de cuidado.

Referencias

Bernate, F. (2020). Las personas jurídicas frente al derecho penal colombiano (1.a ed.). Colegio de Abogados Penalistas de Colombia.

Caro Coria, Dino Carlos (2019). La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los criminal compliance programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica. En Juan Luis Gómez Colomer y otros (Ed.), Tratado sobre compliance Penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión (1259-1310). Madrid, España: Tirant lo Blanch.

Capella, J.R. (1999). Elementos del análisis jurídico. Madrid, Editorial Trotta.

Cesano, J.D. y Balcarce F.I. (2017) Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina.

Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. (2020, Mayo). El rol de las empresas en el conflicto armado y la violencia sociopolítica. Gobierno de Colombia. https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/resumen_ejecutivo_informe_a_la_cev.pdf

Congreso de la República de Colombia (1999). Ley 491 de 1999. Enero 15 de 1999. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0491_1999.html

Corte Constitucional De Colombia (1993). Sentencia T-396, 1993. Relatoría Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-396-93>.

Corte Constitucional De Colombia (1997). Sentencia C-510/97. Relatoría Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-510-97.htm>

Corte Constitucional De Colombia (1999). Sentencia C-320/93. Relatoría Corte Constitucional.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-320-93.htm>

Corte Constitucional De Colombia (1999). Sentencia C-843/99. Repositorio Legis.
<http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&bookmark=bf1bf95e1522b834caf89d3c3d8fe3128c6nf9>

Corte Constitucional De Colombia (2003). Sentencia C-009/03. Relatoría Corte Constitucional.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-009-03.htm#:~:text=El%20sujeto%20activo%20comporta%20una,presupuestal%20en%20t%C3%A9rminos%20de%20gasto.&text=La%20retenci%C3%B3n%20en%20la%20fuente,considerada%20no%20es%20un%20tributo>

Corte Constitucional De Colombia (2004). Sentencia C-558/04. Relatoría Corte Constitucional.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-558-04.htm>

Corte Constitucional De Colombia (2004). Sentencia No. T-411/92. Relatoría Corte Constitucional.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-558-04.htm>

Corte Constitucional De Colombia (2013). Sentencia T-317, 2013. Relatoría Corte Constitucional.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-317-13.htm>

Corte Constitucional De Colombia (2013). Sentencia T-317/13. Relatoría Corte Constitucional.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-317-13.htm>

Congreso de la República de Colombia. (1999). Ley 491 de 1999. Secretaría del Senado.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0491_1999.html

Congreso de la República de Colombia. (1997b). Ley 365 de 1997. Secretaría del Senado.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=104573>

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 600 de 2000. Congreso de la República de Colombia.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html

Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 906 de 2004. Secretaría del Senado.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1778 de 2016. Presidencia de la República de Colombia. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto 7379. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).
- Díaz, A (2013). Novedades del Proyecto de reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas», REDUR 11, diciembre 2013, págs. 149-167. ISSN 1695-078X
- Díez Ripollés J.L. (2012) La responsabilidad penal de personas jurídicas. Regulación Española. Universidad de Málaga.
- Flick, U. (2004). Introducción a la investigación cualitativa. Madrid, Morata.
- Gobierno de España (2010). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado de <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal/>
- Gobierno de la República Argentina (2017). Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos. Recuperado de <https://derechopenalonline.com/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-ley-27-401/>
- Gobierno de la República de Chile (1874). Código Penal de la República de Chile. Recuperado de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/43491/1/Codigo_penal_1883_de_la_republica_de_Chile.pdf
- González, F. (2000). La categoría de sentido subjetivo y su significación en la construcción del pensamiento psicológico. Revista de Educação da Universidade do Vale de Itajai, 1. (2), 13-28.
- Hernández, H. (2010). “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en Política Criminal, 207-236.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, M. D. P. (2014). Metodología de la investigación. Mcgraw-hill.
- Humar, F. (2017). Ocho propuestas para regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Legi - Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/financiero-cambiaro-y-seguros/ocho-propuestas-para-regular-la-responsabilidad-penal-de>

- Martínez, J. C. (2017). RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURIDICAS EN EL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA. ESTUDIO DE CASO: LA CHIQUITA BRANDS. Repositorio Universidad Católica de Colombia.
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14813/1/RESPONSABILIDAD%20PENAL%20DE%20PERSONAS.pdf>
- Martino, J. y Guerrero, S. (2018). “Análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, perspectivas y críticas a la sanción administrativa: Un camino hacia la pena privativa de la autonomía empresarial”. Universidad Javeriana. Marzo de 2018, ISSN 1794-5216. Recuperado de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/10271870/4.+An%C3%A1lisis+de+la+responsabilidad.pdf/32773f85-d039-40e0-bd26-5c2162747f8b>
- Ministerio de Hacienda de Chile (2009). Ley 20393 de 02/12/2009. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ley20393.pdf
- Missas Gómez, J. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Problemáticas sobre su aplicación desde la expedición del Código Penal. Criterio Jurídico, 16(1). Recuperado a partir de <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1788>
- Navas, I. y Jaar, A. (2018). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”. Política Criminal, 13(26). Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v13n26/0718-3399-politcrim-13-26-01027.pdf>
- O.C.D.E. (2017, 24 marzo). Argentina debe promulgar con urgencia el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y cumplir así con la Convención para Combatir el Cohecho - OECD. www.oecd.org. <https://www.oecd.org/corruption/argentina-debe-promulgar-con-urgencia-el-proyecto-de-ley-de-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas.htm>
- Organización de Naciones Unidas. (2011). Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos (Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"). Oficina del Alto Comisionado.

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (1997, noviembre). Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf
- Pérez, D. (2013). Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas. Murcia, España. Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/128933/Tesis%20Doctoral%20Jacinto%20P%C3%A9rez%20Arias.pdf?sequence=1>.
- Prado, C. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Instituto de Investigaciones Jurídicas Empresariales de la Bolsa de Comercio de Córdoba. Argentina.
- Rotsch, Thomas, T. R. (2012, enero). Criminal Compliance. InDret. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/260786/347968>
- Shünemann, B. (1982). “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en Crónicas Extranjeras, pp. 529-558.
- Tolosa Russi, Daniel (2015). “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en Colombia”. Revista derecho penal y Criminología, Volumen XXXVI, número 100, pp. 13-43
- Van Dijk, T. (1996). Prólogo al Análisis Documental. En Pinto, M. Y Gálvez, C. (ed) (1996) Análisis Documental de Contenido. Madrid: Editorial Síntesis.
- Van Weezel, A. (2011). “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en A. Van Weezel, Límites de la imputación penal: estudios 2000-2010. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vicepresidencia de la República de Colombia. (2020, septiembre). Manual de Consulta Participación de Colombia en la Organización y el Desarrollo Económicos. Gobierno de Colombia. <https://mlr.vicepresidencia.gov.co/Documents/09092020-Manual%20OCDE.1-Finalizado-VP-08-09-2020-4-20pm.pdf>
- Yepes, G., García, C. y Schwalb, M (2019). “Estado de las prácticas empresariales contra el soborno: primer estudio latinoamericano”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Administración de empresas. Recuperado de https://www.pactoglobal-colombia.org/images/PDFs/LIBRO_Estudio_Antisoborno_2019.pdf