

La responsabilidad penal
de las personas jurídicas en
Colombia. Problemáticas
sobre su aplicación desde
la expedición del
Código Penal*

*The criminal liability of legal persons
in Colombia. Problems about its
application since the issuance of the
Penal Code*

Jorge Eduardo Missas Gómez**

* Documento que hace parte del trabajo de investigación presentado como tesis de grado de la Maestría en Derecho de la Universidad de Manizales.

** Abogado de la Universidad de Manizales – Especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia – Magister en Derecho de la Universidad de Manizales - Decano (e) de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Manizales. Correo electrónico: jmissas@umanizales.edu.co

Resumen

La actualidad jurídica en el mundo requiere el desarrollo de políticas públicas en materia criminal, cuyo origen son los fenómenos sociales, culturales, políticos y económicos. Esta realidad implica la aparición de fenómenos delictivos que incluyen, más allá de la persona natural, las organizaciones con capacidad de ser sujetos de derecho, en el campo civil y en el campo penal. Este referente es válido a la luz de las previsiones normativas establecidas en la legislación civil y recientemente las sanciones impuestas a las empresas por diferentes delitos. Por esto, es necesario analizar la realidad jurídica que presenta la responsabilidad penal a los entes colectivos y establecer si el ordenamiento jurídico colombiano considera controles y sanciones que pueden imponerse a las personas jurídicas.

Palabras clave: Persona jurídica, política criminal, responsabilidad penal, derecho corporativo.

Abstract

Currently legal in the world requires the development of public policies in criminal matters, whose origin is social, cultural, political and economic phenomena. This reality implies the emergence of criminal phenomena which include, beyond the natural person, organizations capable of being subjects of law in the civil field and in the criminal field. This relation is valid in the light of the regulatory provisions established by civil legislation and recently the sanctions imposed on the various undertakings crimes. Therefore, it is necessary to analyze the legal reality that presents the criminal responsibility of collective entities and establish whether the Colombian legal system considers controls and penalties that may be imposed on legal persons.

Key Words: Legal person, criminal policy, criminal liability, corporate law.

Introducción

El problema que enfrenta en esta investigación es la conformación de un derecho penal colectivo o de responsabilidad para las personas jurídicas, y si esta responsabilidad es necesaria en Colombia. Para aproximarse al problema, conviene señalar que el modelo planteado en Estados Unidos, cuya mayor fortaleza es la industria, organizada en empresas y sociedades que dinamizan la economía, y que en ocasiones sobrepasan al Estado en poder y en capital, impide que el Gobierno pueda tener un control directo sobre las empresas.

La lucha por el poder de las empresas con frecuencia desata guerras en las que se utilizan estrategias de espionaje y de ataques al Estado, como las amenazas virtuales en la red que afectan las redes reales con virus como el “Zotob” utilizado para fraudes con tarjetas de crédito. El gusano “Zotob” infectó organizaciones, como la CNN, la ABC News, el New York Times, la Boeing y el Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos. El FBI cree que el creador de “Zotob” pudo haber sido contratado para crear más de 20 virus adicionales, como “Caballo de Troya” “*rxbot*” para lucro financiero: el troyano conocido como “*rxbot*” infectó a 400.000 computadoras con programas de “adware” que le permitió obtener a su creador una suma neta superior a los 60.000 millones de dólares a través de los creadores de software de publicidad de pago por clic. El presunto infractor fue detenido en noviembre de 2005 bajo la sospecha de infectar a miles de máquinas, incluidas las computadoras de la División de Armamento del Centro Naval de Guerra de los Estados Unidos y las pertenecientes a la Dirección de Sistemas Informáticos del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, con troyanos personalizados para la obtención de información empresarial.

Se presume que los diseñadores de un troyano personalizado crearon y distribuyeron spyware destinado a la recopilación de información

empresarial y que comercializaron el programa con tres firmas de investigaciones privadas. Se cree que estas firmas usaron luego el spyware para robar datos de la competencia sobre sus clientes. Según la policía, el programa aprovechó la vulnerabilidad del sistema operativo usando métodos estándar de captura de datos, como detección de pulsaciones de teclas, captura de pantalla y transmisión de archivos. Según los informes de la policía, este troyano se introdujo mediante mensajes de correo electrónico o un disco informático promocional aparentemente enviado a algunas empresas por contactos comerciales conocidos y confiables. Decenas de empresas pueden haber sido infectadas, entre las cuales podrían encontrarse algunas firmas de Estados Unidos y Europa (Cisco, 2007).

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema que ha sido debatido desde la perspectiva normativa en relación con su impacto social y económico, pero no se ha llegado a un punto de acuerdo que zanje la discusión sobre su necesidad en Colombia. En la discusión, se acepta que éste es un tema que será afrontado en el futuro, y que dependerá de coyunturas sociales para que se establezca con vocación de permanencia. No obstante, sigue siendo abstracto el contenido del debate y se reconocen posiciones solidas opuestas respecto al problema. Se encuentra, por ejemplo, Luis Jiménez de Asúa, quien ya en 1934 aportó sus comentarios en el prólogo del texto “El delito Financiero” de José Vicente Martínez.

Adán Nieto Marín (2008) aporta valiosos elementos sobre las sociedades y su proyección en la legislación penal; de igual manera, Miguel Bajo Fernández (2012) hace un aporte al tema de la responsabilidad de las personas jurídicas mediante el compendio de varios modelos sobre el tema, en un estudio de Derecho comparado. En este tema se destacan Nicolás González-Cuéllar y Ángel Juanes Peces (2010) por su enjuiciamiento de la Ley en España y su propuesta de medidas que deben tomarse antes de que la ley entre en vigor.

Este ejercicio del poder del Estado sobre las organizaciones empresariales tiene el sentido de determinar las conductas que atentan contra la sociedad, con el fin de imponerles una consecuencia jurídica, puesto que el derecho penal, es un derecho violento que protege al ciudadano y a la comunidad. El derecho penal objetivo es, entonces, la materialización del *Ius Puniendi* o facultad configurativa del Estado como medio de control social a través del ejercicio de la violencia legítima. Sin embargo, esta facultad “tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar los desmanes transgresores de la vida en comunidad” (C-575, 2009), es decir, para establecer una norma del estatuto represor, se deben haber agotado todas las alternativas posibles del ordenamiento jurídico para sanear el problema. Esta es la aplicación del principio de mínima intervención, fragmentariedad del Derecho penal y el principio de necesidad, que están implícitos en la máxima jurídica que establece que el derecho penal debe ser la última ratio del control social. Al respecto, Germán Silva García reflexiona de la siguiente manera:

En Colombia han predominado las políticas de exclusión social, con precaria atención de las necesidades de las franjas de la población situada en condiciones de marginalidad, lo que ha requerido de la utilización frecuente del derecho y de la administración de justicia, además de la Policía y del Ejército como herramientas o fuerzas para la represión de los inconformes, al igual que para la neutralización de los insurgentes y de aquellos definidos como criminales. De tal modo, el derecho penal no constituye la última ratio en las intervenciones para asegurar el orden, como suelen afirmar en forma acrítica y puramente formal muchos doctrinantes del derecho penal, sino la trinchera desde la cual se ha pretendido, como primer o más importante recurso, contener la divergencia social. Igualmente, por los mismos motivos, las reformas a la legislación y la justicia penal ingresaron en la agenda de prioridades del Estado, a tal punto que toda idea de reforma siempre marchaba asociada al cambio de los códigos y de la administración de justicia penal; incluso, los proyectos de cambio

constitucional eran presentados y justificados en la necesidad de hacer que la justicia penal funcionara (Silva, 2006, pág. 110).

Por otro lado, la adopción de políticas públicas del Estado, obedece en ocasiones a presiones sociales que reclaman protección y seguridad, ya sea por hechos aislados o, aun siendo reiterados, no constituyen un verdadero riesgo para la sociedad. No obstante, esta presión social valora los hechos como graves, y que necesitan una inminente protección del Estado. Es aquí donde se configura el axioma al que responde la política criminal. La necesidad de criminalizar una conducta debe estar fundamentada en la respuesta a preguntas como: ¿existe un verdadero riesgo para la sociedad en determinadas conductas de la persona jurídica? ¿Este riesgo puede ser enfrentado por mecanismos diferentes a los del derecho penal? ¿La aplicación del derecho penal es proporcional al riesgo? Las respuestas a estos interrogantes son el problema que se pretende enfrentar en este estudio.

Las personas jurídicas y su responsabilidad penal no escapan a la visión integral del Derecho, pues la empresa es central en la economía y en el desarrollo de un país, tiene un marcado influjo en la cultura, tiene repercusiones políticas muy potentes, entre otras formas de abordaje múltiple, por lo cual alude a todas las ramas del derecho: administrativo, civil, tributario, comercial, laboral, ambiental etc. Pero no es solo esta interdisciplinariedad la que recubre de gran importancia el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino sus profundos contenidos constitucionales y de principialística. Así, por ejemplo, los principios constitucionales y penales como el principio de legalidad asociado al debido proceso o el “*Nulla pena sine lex*” asociado a la presunción de inocencia.

En este sentido, la Corte Constitucional, de manera pacífica y reiterada indica que: Uno de los límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal lo constituye el principio de estricta legalidad. En distintas ocasiones se ha declarado la inexecutable de enunciados

normativos en materia penal por transgredir este principio. Así, en la Sentencia C-559 de 1999 se declaró la inconstitucionalidad de dos tipos penales en razón de “la ambigüedad de la descripción penal”. La misma decisión se tomó en la Sentencia C-843 de 1999, que halló contraria a la Constitución una norma sancionatoria pues ella no predeterminaba claramente las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas. También en la Sentencia C-739 de 2000, en que la Corte declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 6 de la Ley 422 de 1998, que tipificaba el delito de acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, en razón de que contenía algunas normas demasiado amplias y equívocas.

En la sentencia C-205 de 2003 la Corte declaró la inconstitucionalidad de una disposición que preveía la sanción penal de quien comerciara con autopartes usadas de vehículos automotores y no demostrara su procedencia bajo el delito de receptación. A juicio de la Corporación resultaba vulnerado el principio de legalidad, puesto que la tipificación no era suficientemente específica, de manera que podían resultar sancionados “quienes, por ejemplo, no conservan las facturas correspondientes, pero comercian con bienes que pueden tener un origen lícito, ya que sólo quedará exento de responsabilidad quien logre demostrar la adquisición lícita de los mismos”. La Corte encontró que “la norma penal resulta siendo ambigua para el ciudadano por cuanto no establece una clara frontera entre cuándo resulta ser lícito o no comerciar con esta clase de mercancías, violándose así el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”.

En esa providencia, luego de una extensa reflexión sobre el principio de legalidad en materia penal, especialmente sobre el principio de reserva material de ley para la creación de tipos penales, dada la manifestación del principio democrático y la garantía del pluralismo político, la Corte enunció las características más relevantes del principio de legalidad: La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 2. La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar

y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 3. La prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 4. La prohibición delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); 5. El principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*); 6. El principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*). 7. El derecho penal de acto y no de autor (C-121/12, 2012).

1. El ordenamiento jurídico colombiano como sistema de control sobre las personas jurídicas

La sociedad delega en el Estado la *ius puniendi*, es decir, la potestad de reprimir comportamientos considerados contrarios a la Ley y a aplicar sobre los transgresores la correspondiente sanción, de modo que el legislador cumple con el cometido de proteger los bienes jurídicos, y dentro de esta manifestación punitiva, el derecho penal es la expresión de ese poder de Estado. En esta forma, la *ius puniendi* tiene como fin impedir y sancionar las acciones que perturban la convivencia social o transgrede los derechos de los otros ciudadanos, se pretende que el delito no llegue a límites que no permitan la convivencia democrática.

Para tal efecto, el derecho penal aparece como un modulador de límites cuya legalidad está prevista en el artículo 29 de la Constitución Política (CP, 1991), y con mayor amplitud en el artículo 6 de la Ley 599 (Código Penal, 2000). Este principio, que es universal, y su atención se basa en la aplicación teórica que establece el derecho ciudadano a no ser sujeto de sanción penal por hechos que no estén previamente establecidos como delitos; en tales condiciones, las personas pueden ejecutar sin realizar, sin ventura de la aplicación de una pena, todo aquello que no esté prohibido por la norma penal. El derecho penal tutela también los bienes jurídicos, pero no todos los existentes, sino solo aquéllos que considera necesario proteger, porque la violación de esos derechos o la forma de la violación, puede poner en peligro la vida social.

La facultad punitiva deriva de la soberanía del Estado, y es a la vez su deber, pues, si tiene a su cuidado el hacer posible, mejor y tranquilo el desarrollo de la vida social, está obligado a impedir por ese medio, la realización de hechos que considere capaces de perturbarla (Peláez, 1981, pág. 9). La creación de tipos penales surge del margen de la libertad legislativa conforme a lo explicado en la sentencia C-121 (2012),

(...) ha reconocido un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. No obstante, debe tratarse de una prerrogativa sujeta a límites. Estos límites están dados fundamentalmente por el respeto a los derechos constitucionales de los asociados, el deber de respetar el principio de legalidad estricta, y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, aplicables tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. Dentro de las garantías que involucra el principio de legalidad estricta se encuentra la prohibición de delitos y penas indeterminadas. En relación con este aspecto se han estudiado los tipos penales en blanco, respecto de los cuales la jurisprudencia ha admitido su constitucionalidad siempre y cuando la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente. Dentro de los límites constitucionales que se imponen al legislador para el ejercicio de la potestad de configuración de los delitos y de las penas, se encuentra también el debido proceso (Art. 29), y como una garantía a él adscrita la prohibición de doble incriminación, a la que se hará referencia a continuación (C-121/ 2012).

Según la Corte Constitucional, los límites al legislador obedecen a las directrices respecto a política criminal que diseñe el ejecutivo, pues esta concepción no puede mirarse de manera aislada de la criminología, entendida ésta como la ciencia unitaria que estudia el origen y desarrollo de la criminalidad con fines político-criminales. Con base en los resultados de las ciencias criminológicas, la política criminal efectúa el estudio

crítico de las normas jurídico-penales y de las vías institucionales para su oportuna aplicación preventiva y represiva, y promueve las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales, y los criterios de interpretación más apropiados a las necesidades del momento y con el cambio que desea (Fernández, 1995, pág. 11). Por ello, el presente trabajo procura examinar si las normas penales son el medio de control social formal adecuado que propicie la imputación penal de las personas jurídicas y de igual manera, establecer la posibilidad de ampliar el espectro sancionatorio a las personas naturales y a los entes jurídicos cuando incurrir en menoscabo de bienes jurídicos tutelados por la ley. La ley penal tiene una función protectora de los bienes jurídicos. Para cumplir esta función, eleva a categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que lesionan gravemente o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza de la ley, y le da sentido y fundamento (Muñoz, 2007, pág. 261).

El propósito es identificar en una configuración penal cuáles pueden y deben ser considerados como bienes jurídicos que deben ser tutelados por el derecho penal y cuáles otros merecen ser protegidos por otra rama del derecho como el administrativo o el fiscal. A modo de ejemplo, si una persona vierte desechos contaminantes en una fuente natural de agua, es necesario determinar, por un lado, la materia de dicho acto, y por el otro, la naturaleza de la consecuencia jurídica que se aplicará. Al respecto, la dogmática penal considera al bien jurídico como aquel que constituye el núcleo de la interpretación de las normas jurídico-penales, porque éstas deben procurar su tutela. Definido como *ratio legis*¹, el bien jurídico es algo formal, solo entendido como un estado social que la ley tiende a proteger, puede poner límites al derecho positivo, incluso al legislador en la medida en que la Constitución otorgue las bases valorativas de la protección (Fernández, 1995, pág. 25). Al abordar la responsabilidad penal en Colombia, vale la pena destacar lo referente al sujeto *activo*

¹ Razón Legal

del delito. En la comisión de la conducta punible, suelen concurrir dos sujetos: uno activo, que, por lo general, es una persona individual (que puede asociarse con otras), y que ejecuta de manera directa o por interpuesta persona la comisión de la conducta antijurídica, y lesiona el bien jurídico tutelado por la norma. Y un sujeto *pasivo* que puede ser una persona natural o jurídica o un ente colectivo, titular del bien jurídico vulnerado.

Los tipos penales glosados por la Ley 599 (2000) no establecen prescripción puesto que están dirigidos a una especie de sujetos (salvo los contenidos respecto a algunas conductas, como pueden ser los previstos en el artículo 329; 397 o 402 de la Ley, donde se incluyen algunos sujetos activos cualificados. En este caso, se habla de una cualificación jurídica (Reyes, 1990, pág. 144), pues se refiere a una condición personal con relevancia jurídica. Esta concepción puede ser cuestionada respecto a quiénes pueden ser tenidos como sujetos activos de la vulneración de bienes jurídicos, y si sólo lo serán las personas físicas, o puede ampliarse su espectro punitivo a las personas jurídicas.

Frente a esta duda, conviene hacer referencia a la llamada delincuencia empresarial (*societas delinquere potest*)², según la cual, las personas jurídicas son capaces de realizar acciones y de actuar de forma culpable. Ciertamente es que el concepto tradicional de acción, traducida en conducta, solo puede ser concebida como la estructura del hecho punible si se parte de un derecho penal de acto, por su peligrosidad social y no por la acción de un autor que pune al agente (Velásquez, 2009, pág. 510). Y el de culpabilidad (según su acepción tradicional), como posibilidad de reprochar el hecho al sujeto que basa su comportamiento en la libertad de acción o, según la doctrina alemana, en que el sujeto pueda “actuar de otro modo”, en haber cometido un delito pese a haber respetado la norma (Luzón, 2012, pág. 493), no son transmisibles de manera total a las personas jurídicas. Pero estas tienen capacidad de acción (celebran

² Posibilidad de delincuencia de las sociedades.

acuerdos, contratan, modifican materia prima, producen, fabrican etc...), actividades que se materializan a través de sus órganos de representación con capacidad de culpabilidad, conocida en la doctrina como culpabilidad por defecto de organización. De esta forma, la persona jurídica que actúa a través de sus órganos de representación es culpable cuando no adopta las medidas de protección que le exige la Ley para garantizar el desarrollo ordenado de su actividad empresarial. Al respecto, la Corte Constitucional indica en la sentencia C-320 de 1998:

Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquéllas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones –que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad– se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. (...) Dado que, a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso, la Corte considera que la expresión “objetiva” que aparece en el último inciso del artículo 26 del proyecto es inexequible.

No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad. Justamente, la posibilidad de que el legislador

pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la “responsabilidad objetiva”, la cual en cambio sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil.

El daño al ecosistema, así ello se haga en desarrollo de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica. No puede entenderse que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado signifique para su titular el otorgamiento de una franquicia para causar impunemente daños al ambiente. De otro lado, la Carta ordena al Estado en punto al ambiente y al aprovechamiento y explotación de recursos naturales, no solamente sancionar los comportamientos que infrinjan las normas legales vigentes, sino también prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y exigir la reparación de los daños causados. Se desprende de lo anterior, que la aminoración de la antijuridicidad que la norma objetada comporta, viola la Constitución Política, que exige al legislador asegurar la efectiva protección del ambiente, tanto mediante la prevención del daño ambiental -prohibición de la exploración o explotación ilícitas- como también sancionando las conductas que generen daño ecológico.

De manera tímida, la Ley 906 (2004) en su artículo 91 dispone:

"Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas".

Esta discusión relativa a si es o no penalmente responsable la persona jurídica es pertinente cuando se analiza el carácter de las sanciones más ajustadas a las personas jurídicas y el procedimiento para hacerlas efectivas.

2. Sanción penal de las personas jurídicas. naturaleza jurídica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

No tendría duda la posibilidad de imputar responsabilidad a los entes colectivos desde la perspectiva del derecho civil, conclusión a la que se podría llegar con lo dispuesto en el Código Penal (Ley 599, 2000). En el derecho administrativo se reconoce responsabilidad administrativa a las entidades y, la posibilidad de imponer sanciones administrativas. Esto es así, a pesar de que, en la Ley, los principios sancionadores coinciden en buena medida con los que son requeridos por el derecho penal para la responsabilidad penal, aunque este reconocimiento se debe al hecho de que la responsabilidad administrativa para las personas jurídicas es también objetiva (Gómez, 2008, pág. 314).

Un punto de referencia para admitir la posibilidad de adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas, que se ha ido afianzando en América Latina, en Venezuela y en Chile, lo que demuestra, una ascendencia jurídica romana que deriva en el modelo de las naciones del Commonwealth. Allí, se refuerza el argumento, según el cual, la persona jurídica tiene identidad absoluta con la conducta de sus integrantes y, por lo tanto, el comportamiento punible ejecutado por sus órganos de dirección es atribuido al ente colectivo, con lo cual se impone la noción de la personería jurídica, que indica que detrás de ella hay personas naturales que son los responsables de las conductas de la organización.

La responsabilidad de los entes colectivos descansa, según la teoría del incumplimiento de los deberes de aseguramiento, en el tráfico.

Para fundamentar la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las sociedades comerciales, se ha acudido a modelos como el de la identidad, propio de los países del Commonwealth, que señalan que, al igual que un ser humano, la persona jurídica cuenta con una cabeza, que toma las decisiones, y unos órganos, que las ejecutan, tesis que cuenta con aceptación en estos sistemas, y con leyes específicas, como la que sanciona el homicidio culposo cometido por fabricantes de vehículos automotores, de reciente expedición en Inglaterra. Otros sistemas, como el norteamericano, establecen el principio de responsabilidad vicarial, en la que el ente colectivo es responsable, como si se tratara de un garante, por la actuación de sus directivos y empleados (Bernate, 2015).

La prioridad que debe buscar la legislación penal, que el Código Penal (Ley 599, 2000) suprimió, se fundamenta en los delitos cometidos por los entes jurídicos. Abordemos inicialmente, para este efecto, el principio de culpabilidad. En términos de Muñoz Conde (2007), para poder afirmar la culpabilidad de una persona que ha cometido un hecho antijurídico, es necesario, conforme al Derecho penal, que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo pueden darse si la persona tiene capacidad de sentirse motivada por la norma, conoce su contenido y se encuentra en una situación en la que puede regirse por ella. Si, por el contrario, el individuo, por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no pudo ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad, es decir, el hecho típico y antijurídico no podrá atribuirse a su autor y, por tanto, este tampoco podrá ser sancionado con una pena (Muñoz, 2007, pág. 357).

A partir del entendido de este concepto, puede elaborarse el modelo de auto-responsabilidad de empresa creando con ello una nueva categoría de sujetos activos para efectos del Derecho Penal (Cancio, 2006, pág. 12).

En esta forma, se hablaría de un modelo de auto-regulación societaria. De otro lado, se abre la puerta a un nuevo modelo de enjuiciamiento de imputación paralela, pues la culpabilidad del ente colectivo supone el despliegue de la actividad de una persona natural que actúe en su representación, lo cual implica rendir tributo al principio de legalidad, expresado por Feuerbach con el aforismo “nullum crimen, nulla poena sine lege”. Esta máxima supone que sólo el legislador puede definir las conductas que se consideren delictivas y establecer sus penas, como ocurre con principio Constitucional Colombiano vertido en el artículo 29 y replicado en los Códigos Adjetivo y Sustantivo.

Siguiendo a Balcarce y Cesano (2004, pág. 192), esto implica, que el Estado no renuncia a castigar a los autores de las infracciones que se ejecutan; y toma en cuenta ciertas características de las sociedades anónimas en la actualidad, como el hecho de que muchas veces el grupo que las dirige está constituido por un sector que no siempre posee la mayoría del capital social, y tampoco la mayoría de los votos posibles a emitir. De esta forma, la acción del representante se puede imputar a las personas jurídicas, con lo cual, se debe determinar las personas que pueden ostentar una representación válida de una persona jurídica para que cuya posible acción ilícita pueda ser imputada a la persona jurídica (Bacigalupo, 2001, pág. 369).

(...) para determinar cuáles son las personas dentro de la estructura de una sociedad que tienen capacidad para representarla jurídicamente, se debe recurrir a la ley o al estatuto social. De esta manera, se debe considerar con capacidad de representación y, por lo tanto, con capacidad de dar lugar a responsabilidad penal las acciones llevadas a cabo por un órgano o un miembro del órgano de representación de las personas jurídicas (pág. 369).

Según este planteamiento, tiene especial importancia la figura de autor del artículo 29 del Código Penal, que tiene una función político criminal que apunta a la evasión de impunidad en delitos especiales propios (que

requieren sujeto activo calificado), que permite la imposición de sanción jurídico-penal a una persona natural que, por carecer de las calidades exigidas, actualiza al menos sus elementos básicos estructurales, obrando en calidad de representante de derecho o de hecho de otra persona natural o jurídica que reúne dichas calidades, y asume su traspaso del representado al representante. La alternativa puede ir encaminada a que el ejercicio de la política criminal, y de la libertad de configuración legislativa del Estado, se establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los casos expresamente previstos en la norma (principio de legalidad) por las conductas punibles realizadas por sus o representantes que actúen en nombre beneficio o interés de éstas, lo que descarta la excepción de responsabilidad cuando la persona natural, en estas condiciones, no genere utilidad para ella.

De acuerdo con el principio legal del artículo 29 del Código Penal (Ley 599, 2000), una buena alternativa consiste en la posibilidad de incorporar el siguiente aparte: “el que actúe como directivo o como órgano de representación del ente colectivo o en representación de otro de manera voluntaria o delegada, debe responder penalmente”, aun cuando no concurren en este las cualidades legales exigidas en el tipo penal, si tales exigencias conciernen al ente colectivo o la persona natural que se representa. Con este planteamiento, se obtiene la posibilidad real de enjuiciamiento criminal tanto de la persona natural y la persona jurídica.

El pasado reciente, en materia normativa en Colombia, nos acerca a la expedición de la Ley 1778 de 2016. La promulgación de esta normatividad, se da en virtud de lo preceptuado en el artículo 2º de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE (Convención contra el Cohecho) y en el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), en el cual cada uno de los Estados signatarios se compromete a adoptar las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el soborno de servidores públicos extranjero,

en donde la responsabilidad de las personas jurídicas puede ser penal, civil o administrativa.

De manera tal, que la pretensión de la citada Ley, tuvo como objeto, dar implementación a esa convención; Para esos efectos, establece un régimen de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas que hayan incurrido en soborno transnacional y modifica el tipo penal de soborno transnacional. Algunas de las normas de este proyecto de ley modifican la Ley 1474 de 2011, también conocida como Estatuto Anticorrupción, la cual fue revisada por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE.

3. Personas jurídicas e intervención penal. principios de las sanciones penales. función de la pena a imponer a las personas jurídicas.

Debe destacarse, las finalidades y funciones que se han otorgado teóricamente al derecho penal, para ello, es oportuno, como sostiene Ferrari (1987), que bien puede hablarse de tres significativas: orientación social, tratamiento de los conflictos declarados y legitimación del poder. Orientación social, porque comprende otras perspectivas como las de modelística social, regulación de comportamientos, refuerzo autoritario de reglas de conducta promulgadas para ser observadas, etc. Respecto al tratamiento de conflictos declarados, fija al derecho una meta doble: enderezar la búsqueda de solución de los problemas prefijados, y proporcionar a los protagonistas los esquemas sustanciales y procesales necesarios para obtener los resultados pretendidos; y la legitimación del poder se refiera a que todos los sujetos que tengan capacidad decisoria, o quieran ampliarla, pueden hacer uso del derecho para ganar consenso en torno a la determinación que toman o desean tomar.

Conviene recordar, antes de profundizar sobre la aplicación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, los fines concretos atribuidos al derecho penal, que se podrían referir (y solo eso porque

no se pretende ahondar en sus contenidos axiológicos); como: Derecho penal y pena (entendiendo que tienen funciones de orientación de la conducta humana (prevención general), intimidativas (aflictividad), enmendativas, retributivas (Pagliaro, 1980, pág. 8); tutela jurídica; defensa social; creación y mantenimiento de la paz; protección de valores fundamentales; el derecho penal como defensor del Estado; el derecho como garantía de libertad; el derecho penal como mecanismo de control social; el derecho penal como organizador y propulsor; la defensa del débil.

Es frecuente considerar, cuando se buscan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios centrales es considerar al Derecho Penal como razón última del Estado, que debe asegurar la convivencia pacífica y garantizar el disfrute de derechos y garantías. Este postulado es una de las manifestaciones del principio de necesidad de intervención del derecho penal, que se refiere a que el derecho penal debe ser el último instrumento al cual el Estado recurre para la protección de bienes jurídicos, pues este propósito da legitimidad al ejercicio del *ius puniendi* (Hefender, 2007, pág. 134). Nadie duda que la Constitución Política aparece como factor preponderante en el rol de análisis crítico del sistema jurídico penal, pues de ella se derivan los bienes jurídicos objeto de protección punitiva. Los principios de las sanciones penales (artículo 3) y de la función de la pena, consagrados en el derecho objetivo sustantivo (artículo 4), son desarrollo constitucional y doctrinal que se ha edificado, además, con los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el perfil que debe alcanzar el derecho penal conforme la enunciación del Estado que hace el texto superior.

Ahora bien, el fenómeno de la criminalidad aumenta y, ante ello, es preciso preguntar para qué ha servido la pena. Como parte de la respuesta del Estado al quebrantamiento de los bienes jurídicos es el fundamento que legitima el ejercicio del *ius puniendi*; Pero, de igual forma, podríamos indagar de qué han servido los otros medios de control social informal (la escuela, la familia), porque estas, como entidades reconocidas por

la Constitución Política, también deberían servir de instrumento para contener la delincuencia. Sin embargo, nadie recomendaría la supresión de la escuela o de la familia porque se haría imposible la convivencia.

Al respecto, Schultz sostiene que: “la pena no es un problema metafísico ni una realización moral sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas” (citado por Roxin 1981, pág. 98). Respecto a la cantidad y la calidad de las penas, la Carta Política apenas asume un sentido narrativo. Así, el artículo 11 prevé la inviolabilidad de la vida, previsiones que se hacen de igual manera en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 6 de la Ley 74 (1968) y el artículo 4 de la ley 16 (1972) respectivamente; el artículo 12 señala la prohibición de desaparición forzada, tortura o tratos o penas crueles, lo que remite al principio de humanidad que se infiere del principio de dignidad humana del Código Penal, lo que significa que este artículo establece límites a las penas cuya existencia supone la Constitución.

De igual manera, el artículo 28 señala la “prisión” y el “arresto”, no para definir las sino para decir que nadie será reducido a ellas sino en virtud del cumplimiento de las formalidades que la Constitución refiere, y el artículo 29 (debido proceso) se refiere a la preexistencia de la ley y el juicio previo para poder aplicar la pena. La Corte Constitucional (C-261, 1996) refirió un planteamiento de la pena con fundamento en la concepción mixta de las teorías de la pena, que interpreta las normas sobre los fines de la pena a partir del modelo de Estado social y democrático de derecho. La providencia empieza por diferenciar los fines de la pena de acuerdo con el momento que se ejercita el ius puniendi (fundamentador de protección de bienes jurídicos); así, en la etapa de la conminación penal o criminalización primaria, el legislador orienta la definición de los delitos por consideraciones de prevención general o de protección a la comunidad y solo secundariamente por los principios retributivos.

La tipificación legal de los delitos pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal por ser necesarios para mantener la convivencia pacífica; pero siempre con el cuidado de mantener cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que se le adjudica en la ley (componente retributivo). En el momento de la imposición judicial de la pena, la Corte considera que el sistema debe operar con un criterio esencialmente retributivo, con el fin de que, por razones de justicia, exista proporcionalidad entre el daño de la conducta, el grado de culpabilidad del sujeto y la intensidad de la pena impuesta.

Finalmente, la Corte Constitucional observa que la fase de ejecución penal debe dirigirse por la finalidad de prevención especial positiva, lo que significa que la pena se propone la resocialización del condenado, dentro del respeto de la autonomía y dignidad, de tal manera que el penado no sea expuesto a un esquema prefijado de valores, sino que el Estado propicie los medios y las condiciones que impidan la desocialización o empeoramiento del condenado como consecuencia de la intervención penal. El cuadro anterior lo completa la Corte Constitucional (C-026, 1995):

La pena, en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas. Por ello, se ha consagrado no sólo para castigar al sujeto activo del delito, para procurar su readaptación, sino también para prevenir las conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia. Es así como el Código Penal, en su artículo 12, señala que “La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora (C-026, 1995).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 4º del Código Penal (Ley 599, 2000), la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado;

la prevención especial y la reinserción social operan en la ejecución de la pena de prisión. Si se prevé que el artículo 3° sujeta la imposición de una pena o medida de seguridad a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que el artículo 1°, señala que el derecho penal tendrá como fundamento el respeto por la dignidad humana, se concluye que el derecho penal sustantivo adopta una concepción mixta de la pena, que no significa mera yuxtaposición de fines.

Las sanciones penales a personas jurídicas se consideran como accesorias de penas a personas físicas tienen una finalidad disuasoria y, por tanto, preventiva, pues refuerzan la eficacia disuasoria de las penas frente a potenciales delincuentes, al amenazarles con privarles de la libertad o con inutilizar las entidades, aunque sean de ajena titularidad, que se puedan utilizar como instrumento de delitos, porque su administración o directiva no los han impedido con medidas suficientes. Las siguientes, son las referencias normativas del ordenamiento penal. El artículo 29, en consonancia con lo dispuesto en el 402 inciso 3°, señala (respecto al dispositivo amplificador del tipo penal del concurso de personas en la conducta punible): Artículo 29 (Ley 599, 2000): También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica.

Artículo 91 (Ley 906, 2004), tratándose de sociedades y otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones. De la misma manera, la legislación adjetiva hace énfasis en la limitación de derechos de las personas jurídicas cuando, por motivos fundados, se pueda inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. El Artículo 91 Ley 906 de 2004: “Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los

locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron”.

Siguiendo a Luzón Peña (Luzón, 2012, pág. 22), respecto al fundamento del *ius puniendi*: funcional y político-constitucional, en cualquier caso, lo que fundamenta el recurso al Derecho Penal, es solamente su ineludible necesidad para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos. Siendo así, es preferible un sistema jurídico de prevención de delitos, con garantías y controles formales propios del Estado de Derecho. Destaca el artículo 4º de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) que la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial. El fundamento retributivo de la sanción –en este caso la pena– responde al postulado de que ésta es la respuesta al daño causado con la vulneración al bien jurídico tutelado, es decir, se pretende el restablecimiento del orden jurídico. El fundamento preventivo, responde a una finalidad o utilidad de la pena que, busca en principio, disuadir para evitar la actualización de conductas delictivas.

Ahora bien, si se considera que la responsabilidad de la persona jurídica en un delito se reduce solo a la responsabilidad civil (artículos 94 a 97 del Código Penal) o a una responsabilidad administrativa o tributaria, se deja la puerta abierta para una actuación ilícita de las personas jurídicas, pues se podría pensar la posibilidad de que haya personas que se escuden en una persona jurídica para cometer delitos contra de la sociedad respecto a un derecho colectivo, de modo que quedarían impunes, desde la perspectiva penal, por no poder responsabilizar penalmente a la persona jurídica. De acuerdo con las consideraciones anteriores, y con el apoyo de la jurisprudencia, la opinión de que sólo el individuo puede delinquir queda rebasada, puesto que, si bien es cierto que la imposición

de pena restrictiva de la libertad sólo es aplicable al sujeto como persona individual, no lo es menos que quienes en desarrollo de su condición de órgano de representación actúen con culpabilidad en detrimento del bien jurídico protegido cobra cada día mayor fuerza, como respecto a los recursos naturales y el medio ambiente, el patrimonio económico y la administración de justicia.

Esta posición se deriva de la incidencia de los delitos de personas jurídicas en materia económica y de impacto ambiental, por lo cual es posible localizar en las disposiciones legales, prescripciones sancionatorias de actividades ilícitas de las personas jurídicas. En este sentido, el Estado, a través del órgano encargado de ejercer la acción penal, que es la Fiscalía General de la Nación, según el artículo 250 de la Constitución, puede adelantar acciones para procurar el restablecimiento del derecho. De modo que, según el artículo 22 de la Ley 906 (2004) se consagra dicho principio que establece el *restablecimiento del derecho*, bajo el cual el ente acusador puede suspender las personerías jurídicas de entes colectivos, cuando quiera que estos vulneren bienes jurídicos protegidos por la norma.

La Corte Constitucional, en las sentencias C-599 (1999) y C-843 (1999), ha señalado la posibilidad de establecer responsabilidad penal a las personas jurídicas. En la academia, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se viene discutiendo, aunque parece que no ameritaba (desde la perspectiva literal de la norma) discusión puesto que el Código Penal no lo tiene previsto, y no se encuentra juicio de tipicidad referente a ello, en razón del principio de legalidad. No obstante, Bernal Cuéllar (2013) piensa que:

La vinculación de la persona al proceso apunta a la determinación de la capacidad para ser parte y a la legitimidad procesal. La primera se refiere a las exigencias que traza la legislación penal, en cuanto que sólo pueden atribuirse hechos punibles a personas vivas, excluyendo animales y personas fallecidas (pág. 136).

Es preciso reconocer que el derecho objetivo, en materia sustantiva penal, se entiende bajo la perspectiva de la conducta del ciudadano, activa u omisiva. Con la globalización, se abren paso en el derecho nuevas formas societarias, economías transnacionales, consolidación de emporios comerciales que hagan posible el intercambio cultural, económico, social y político. La globalización constituye un concepto descriptivo, el cual tiene como objeto dar cuenta del desenvolvimiento de los fenómenos, económicos, sociales, culturales y jurídicos.

Al ser realmente un hecho social constituye relaciones, opciones, prácticas y comportamientos colectivos. Por lo tanto, será a los valores que informan a la Comunidad internacional y los Estados de Derecho a los que corresponda la valoración del desarrollo del fenómeno globalizador. Cuando hablamos de *globalización* nos referimos a una expresión que es polisémica e interdisciplinar, de forma tal que podemos referirnos a diferentes versiones del término, a distintas fases y a diferentes estimaciones (Garrido, 2010, pág. 17).

Asimismo, Ulrich Beck (2008) explica que “la globalización es a buen seguro la palabra (a la vez slogan y consigna) peor empleada, menos definida, probablemente la menos comprendida, la más nebulosa y políticamente la más eficaz de los últimos –y sin duda también de los próximos– años” (pág. 40). Y William Twining (2009) marca el significado de la globalización en algunos campos de la práctica legal (pág. 5); el autor se refiere también al etnocentrismo, el parroquialismo y la ignorancia de las tradiciones en ciertos estudios académicos sobre el tema.

Con el tiempo, las personas jurídicas comienzan a actuar y surgen varios problemas relacionados con la influencia criminógena de la actividad criminal del grupo, y las dificultades para la determinación normativa de las competencias; la imputación jurídico penal; y la identificación del verdadero responsable (Righi, 2000, pág. 123).

Es preciso postular, entonces, que un comportamiento elevado a categoría de delito, como consecuencia de la libertad de configuración legislativa del Estado (artículo 150 de la CP (1991)), ejecutado dentro del ámbito de competencia del ente colectivo da lugar a dificultades relativas al proceso de imputación, por el rompimiento de los conceptos de acción y responsabilidad, lo que conduce a establecer ¿en qué circunstancias se puede atribuir responsabilidad penal al ente colectivo? ¿en qué condiciones y bajo qué parámetros quien actúa como su representante legal puede ser sujeto de responsabilidad?

Conforme a los criterios de delegación de funciones que debe darse en cualquier estructura societaria, surge el apuro del operador judicial para determinar responsabilidades, cuando los comportamientos vulneren bienes jurídicos protegidos por el legislador, cuya dificultad radica en establecer la responsabilidad individual. En estas condiciones, resulta difícil imputar a un alto directivo un comportamiento realizado en el seno del organismo y ejecutado por los empleados (Balcarce & Cesano, 2004, pág. 186). Klaus Tiedemann (Klaus, 1996) indica, que de ahí surge la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales, sino también a la agrupación misma, y que nuevas formas de criminalidad como los delitos en los negocios (comprendidos aquellos que se cometen contra el consumidor), los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, ponen a los sistemas y medios tradicionales del derecho penal frente a dificultades tan grandes que resulta indispensable una nueva manera de abordar el problema.

4. Las personas jurídicas como sujetos de imputación penal. principio de culpabilidad.

Es preciso preguntarse, entonces, si es viable adjudicar responsabilidad penal a la persona jurídica, o ésta debe actualizarse únicamente para sus integrantes, para ello, es necesario apoyar la discusión en el artículo 29 de la codificación sustantiva, como dispositivo amplificador del tipo penal:

ARTICULO 29. AUTORES. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. *También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica*, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado. El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible. (Resaltado fuera de texto) (Ley 599, art. 29).

En la actual organización de la sociedad, resulta visible la intervención dominante de las personas jurídicas en las relaciones jurídico-patrimoniales, y en este sentido afirma García Caveró (García, 2005) que:

No hay duda de que la empresa ha desplazado a la figura del comerciante individual en el terreno de la economía, lo que explica no sólo que la normativa jurídico-privada haya tenido en cuenta desde hace tiempo el fenómeno corporativo en la constitución de las relaciones jurídicas, sino también que el propio sistema penal comience a plantearse en la actualidad la necesidad de considerar a la persona jurídica en sus criterios de imputación de responsabilidad.

Establece el artículo 9º del Código Penal Colombiano, que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable y, a su vez, el artículo 12 destaca que sólo se impondrán penas por conductas realizadas con culpabilidad; de tal suerte entonces que –recogiendo el principio de culpabilidad– si para imponer una pena conforme a los postulados de los artículos 34 y siguientes de la codificación penal a las personas físicas no es suficiente con demostrar solo la culpabilidad de

su representante legal, tampoco resulta suficiente para atribuir sanción a la persona jurídica por la mera culpabilidad de la persona física que este representa. Recuérdese que la autoría por representación, tratándose de la persona jurídica, la responsabilidad penal se imputa sobre la persona natural que la representa y con respecto a determinados tipos penales, en tanto no se verifique un acuerdo previo o concurrente con alguno de los socios del ente colectivo.

Las dificultades empiezan a aparecer entonces, cuando se pretende establecer qué es la culpabilidad societaria. Para zanjar la duda, puede decirse que dicha categoría dogmática se relaciona con la idea de un desorden organizacional que puede dar paso a una responsabilidad, por un actuar imprudente del ente colectivo, de dónde puede surgir la vulneración de un bien jurídico; piénsese en un daño a la vida o integridad personal de un operario de la empresa o un daño ecológico o ambiental, originado por no haber previsto de manera adecuada los procesos empresariales, o por no haberse desplegado todas las medidas organizacionales previsibles, probables y razonables necesarias para imposibilitar la causación de la vulneración de bien jurídico.

La culpabilidad de empresa pues, así las cosas, se une al criterio de defecto de organización en la dirección de la misma, pues lo que se busca es que quienes detentan la representación del ente colectivo establezcan mecanismos de intervención, mediante los cuales se reduzcan las posibilidades de actualizar resultados típicos (en este caso dolosos o culposos) y facilitar –en caso de que ello suceda– la posibilidad de establecer responsabilidad en quien detente la representación de dicha organización. Bien podría decirse, a riesgo de generar discusiones académicas, que la culpabilidad societaria como consecuencia de la mala o deficitaria administración de la misma, pudiese ser objeto del establecimiento de un derecho penal de autor lo cual, desde la perspectiva Constitucional se mostraría viable, para que a través de la normatividad (sujeta al control constitucional) imponga a los entes colectivos unas formas determinadas de organización permanente, que

aseguren que algunos comportamientos aislados o sin conexión alguna con el ámbito mismo de la empresa no puedan ser objeto de imposición de responsabilidad pena.

5. Conclusión

Conforme al planteamiento expuesto al inicio, la pretensión gira en torno al proceso de imputación de pena a las personas jurídicas, desde la perspectiva de la función de la pena en la constitucionalización del derecho penal y en la aplicación del test de proporcionalidad, por tratarse del atributo del *Ius puniendi* estatal. De allí, la necesidad de entender el contenido de los artículos 3° y 4° del Código Penal, bajo la premisa de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Habiendo referido las distintas funciones que el artículo 4° le asigna a la pena, se puede afirmar entonces que conforme a lo indicado en el artículo 3° (Código Penal), la proporcionalidad de la pena debe mirarse teniendo en cuenta si su aplicación se compadece con los criterios de eficiencia y racionalidad que debe acompañar la norma jurídico penal³. En efecto, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos supone, como criterio legitimador de intervención, que el Derecho penal actúa solo para proteger los bienes jurídicos más relevantes para una sociedad. Por tratarse de responsabilidad penal de las personas jurídicas, hablamos de un tema que ha sido debatido en varias ocasiones, pero sin llegar a un punto de quiebre que zanje de una u otra manera la discusión sobre la aplicación de la misma en el contexto colombiano⁴.

³ Téngase por eficiencia la capacidad de cumplir los propósitos para los cuales está referida, que son los referidos en los artículos 3° 4° y 5° de Código Penal, que deben acompañarse del criterio de racionalidad, que es la adecuación de los medios utilizados a los fines y objetivos que dicha pena propone alcanzar.

⁴ Las discusiones en el anteproyecto del Código Penal de 1980, se estableció: En los Artículos 358 y 360. La más reciente discusión, se da a través del Proyecto de Ley 159 de la Cámara de Representantes, por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. Bogotá, D. C., 31 de octubre de 2014

Artículo 358. Penas accesorias. Además de las correspondientes penas principales se impondrán, según el caso, alguna o algunas de las siguientes penas accesorias, de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 67: 1ª) Cancelación de nombre, enseña, marca, rótulo, dibujo, etiqueta, patente de invención o modelo industrial, comercial o agropecuario. 2ª) Suspensión de nombre, enseña, marca, rótulo, dibujo, etiqueta, patente de invención o modelo industrial, comercial o agropecuario, de seis meses a cuatro años.

Luego, la Ley 57 de 1993, que en el Artículo 1º adicionó al Código Penal de 1980 el Artículo 241A en el título de los delitos contra el orden económico social, recogido posteriormente por el Artículo 312 de la Ley 599 de 2000, y modificado por el Artículo 18 de la Ley 1393 de 2010.

El auge de la discusión seguirá cuando se hagan presentes con frecuencia, actividades delictivas que proyecten sus efectos a un grupo de personas o al Estado, como se ha referido ya en actividades de entes colectivos que afectan bienes jurídicos colectivos (como el caso de INTERBOLSA, o de captadoras ilegales masivas de dinero), para que se establezca dicha cuestión con vocación de permanencia. No obstante, sigue siendo abstracto el contenido del debate y tiene vertientes amplias y solidas de ambos lados del mismo. El abordaje del problema planteado es un reto porque implica controversias dogmáticas y la imposibilidad de que las personas jurídicas actúen en los términos previstos por la ley, o sobre la forma en que se podría reprochar a los entes colectivos, puesto que estos no cuentan con libre albedrio o posibilidad de actuar conforme al Derecho.

Como ha sostenido la jurisprudencia nacional, el operador jurídico, debe atender el derecho subjetivo que aplica, que en el derecho penal es la potestad del Estado en ejercicio de su poder, determinar qué conductas atentan contra la sociedad e imponerles una consecuencia jurídica, porque el derecho penal es un derecho que debe estar estructurado para

proteger a la comunidad en todos los sentidos. El derecho penal objetivo es la materialización del *Ius Puniendi* del Estado como medio de control social a través de la violencia legítima. Sin embargo, esta facultad “tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar los desmanes transgresores de la vida en comunidad” (C - 575/2009)⁵; es decir, para establecer una norma dentro del estatuto represor se deben haber desplegado todas las alternativas posibles dentro del ordenamiento jurídico para sanear el problema que ocurre dentro de la sociedad. Mitigar los problemas con sanciones administrativas, recurriendo a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), generar una actualización del conocimiento sobre los ciudadanos para que se abstengan de cometer y perpetuar la problemática, entre otras posibilidades que en otras áreas del derecho son posibles, sin que esto implique una limitación de derechos fundamentales como ocurre en el derecho penal. Como puede observarse, esto es la aplicación del principio de mínima intervención, de fragmentariedad del derecho penal y de necesidad, que están implícitos en la máxima jurídica que establece que el derecho penal debe ser la última ratio del control social⁶.

Por otro lado, la adopción de políticas públicas del Estado, muchas veces obedece a presiones sociales que reclaman protección y seguridad, ya sea por hechos sociales aislados o que, aun siendo reiterados, no constituyen un verdadero riesgo para la sociedad. Estas presiones sociales revisten los hechos de una inminente protección y es aquí donde se configura el axioma al que responde la política criminal:

⁵ Corte Constitucional Sentencia C -575 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá D. C., veintiséis (26) de agosto de dos mil nueve (2009).

⁶ Se concibe el derecho penal como medio de control social encaminado a poner fin al acto contrario a la norma, no obstante, resultaría desproporcionado acudir al mismo para intervenir ante cualquier situación que genere afectaciones sociales. Desde esta perspectiva, el uso del derecho penal debe responder a la necesidad de mantener las condiciones de convivencia pacífica. Desde esta perspectiva, el derecho penal es la última razón de la intervención estatal (ultima ratio) de cara a eventos que de manera potencial afecten o pongan en riesgo los intereses jurídicamente tutelados por el legislador (fragmentariedad).

La decisión de criminalizar una conducta solo puede reputarse legítima cuando responde a la necesidad de sancionar comportamientos atentatorios de los derechos y libertades individuales y colectivas y en razón de reprimir el ilícito con mecanismos menos invasivos de los derechos fundamentales (sentencia C - 575/09).

La necesidad que legitima la criminalización de una conducta está sustentada muchas veces en el simple reclamo que nunca es debatido y pasa por encima de los principios.

Aun cuando nadie duda que el principio de ultima ratio constituye un límite esencial al poder punitivo del Estado, las dificultades se presentan cuando deben fijarse criterios que brinden un contenido material, sobre todo considerando el basamento político que subyace en este principio, por cuanto la decisión de intervenir penalmente es del legislador. Precisamente, una de las particularidades del Derecho penal moderno es su carácter de prima ratio, por lo que resulta urgente buscar argumentos para precisar cuándo es necesario el Derecho penal, en términos de eficiencia y racionalidad. Las personas jurídicas y su responsabilidad penal no se escapan de la visión integral del derecho, pues ellas son el ejemplo más contundente de la interdisciplinariedad de los contenidos jurídicos, la empresa, la corporación, el ente colectivo o como se quiera llamar, es central en el plano económico y en el desarrollo de un país, y por esto es considerada por todas las ramas del derecho, ya sea administrativo, civil, tributario, comercial, laboral, ambiental, pero la relevancia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en los contenidos constitucionales y de principialística. La responsabilidad penal de las personas jurídicas representa un análisis constitucional relativo a principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad para determinar si se observan problemas reales que afecten la sociedad, el interés general y los derechos que puedan ser vulnerados por la actuación de los entes colectivos.

La necesidad de criminalizar una conducta debe estar fundamentada en la respuesta sobre si existe un verdadero riesgo para la sociedad en determinadas conductas de la persona jurídica; si este riesgo puede ser enfrentado por mecanismos diferentes a los del derecho penal; y si la aplicación del derecho penal es proporcional al riesgo que existe. Las respuestas a estos interrogantes centran la discusión. Nuestro ordenamiento jurídico se desprende de una fuente primaria que es la Constitución Política, que es un compendio de normas, reglas y principios que ordenan, dirigen y marcan nuestra vida en sociedad, de modo que los desarrollos legales en Derecho están penetrados por los postulados de la Constitución Política.

Los derechos fundamentales y los principios constitucionales que emanan de la Constitución Política son el criterio de todos los adelantos legislativos, pues, de lo contrario, la armonización jurídica que se busca para una vida en comunidad estable y ordenada se vería truncada. El Derecho debe ser visto de manera integral, debe existir una interdisciplinariedad en su ejercicio. Para los investigadores en esta disciplina, es claro que todas las ramas del derecho están conectadas, puesto que el derecho es una ciencia sistematizada de forma tal que todo lleva a la fuente primaria y en ella se encuentra el sentido y el fundamento razonable de su existencia.

El Derecho es, pues, una estructura holística en la cual se expresa el conocimiento de la historia de los antecedentes normativos de la legislación colombiana, pues, como se dijo anteriormente, cada norma jurídica conduce al principio constitucional.

La dificultad de aplicar una sanción penal a los entes colectivos deriva de su propia naturaleza, pues las organizaciones se conciben como agrupaciones de personas o de capitales, lo que hace difícil proyectar una voluntad que no esté ligada al comportamiento de una persona física. Si la concepción de persona jurídica se extrae del texto normativo del Código Civil, se concluye que los entes colectivos deben considerarse como

sujetos sin capacidad y su “voluntad” debe ser sucedida por conducto de la acción humana, no bajo la figura de la representación sino como proyección de la relación jerárquica que se deriva de la organización de la persona jurídica, es decir, pasan a ser órganos de ese ente colectivo y como tal actúan. En el derecho público, esto se asocia al término de competencia (Sayagués, 1953).

Ahora bien, según las concepciones del derecho penal, la capacidad se asocia a la categoría dogmática de la imputabilidad o responsabilidad penal y, en esta forma, se considera como tal al sujeto capaz y solo a éstos pueden aplicarse las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de delitos. Lo anterior implica, que, para la adecuación típica y la imposición de responsabilidad de las personas jurídicas, debe invocarse el principio de culpabilidad establecido en el artículo 12 del Código Penal que deriva también de un discurso constitucional, pues la responsabilidad penal ajustada a la conducta ejecutada con voluntad responde al contenido de la responsabilidad subjetiva, antítesis de la responsabilidad objetiva proscrita por dicho referente normativo⁷. Una culpabilidad que sea verdadera y estrictamente jurídica es solo una hipótesis legal para la deducción de la responsabilidad penal subjetiva y la aplicación de una pena proporcional a la magnitud del perjuicio o el peligro ocasionado por una acción determinada para cierto bien jurídico (Fernandez, 1995).

6. Bibliografía

- Aboso, G., & Abralde, S. (2000). *Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- Bacigalupo, S. (2001). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: edit. Hammurabi.
- Balcarce, F., & Cesano, J. D. (2004). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho Penal Económico*. Córdoba (Arg.): edit. Mediterránea.
- Beck, U. (2008). *Qué es la globalización*. Buenos Aires: Paidós.

⁷ Artículo 12. Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por *conductas* realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

- Bernal, J. (2013). *El Proceso Penal Estructura y Garantías Procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernate, F. (28 de marzo de 2015). *El derecho penal de las personas jurídicas*. Recuperado el 2 de febrero de 2016, de *Ámbito Jurídico.com*–Legis: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140328-05_el_derecho_penal_de_las_personas_juridicas/noti-140328-05_el_derecho_penal_de_las_personas_juridicas.asp
- Cancio, M. (2006). ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa, en *Nuevas tendencias en Política Criminal*. Buenos Aires: Edit. BdeF.CP. (1991).
- Fernández, J. (1995). *Derecho Penal Fundamental Tomo I*. Bogotá: Temis.
- _____. (1995). *Derecho Penal Fundamental Tomo II. Teoría General del Delito y la Punibilidad*. Bogotá: Temis.
- Ferrari, V. (1987). *Funzioni del diritto*. Bari: Laterza.
- García Caveró, P. (2011). *La persona jurídica como sujeto penalmente responsable, en Derecho Penal Laboral*. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- García, P. (2005). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 26(78), 137 - 144.
- Garrido, M. I. (2010). *Las Transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*. Madrid: Aranzadi.
- Gómez, M. (2008). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Navarra. España: Cizur Menor.
- Hefender, R. (2007). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G., & Rheinische, F. (2008). La privación de un derecho como delito patrimonial A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial. *Revista para el análisis del derecho Barcelona*.
- Klaus, T. (julio de 1996). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Recuperado el 03 de 02 de 2016, de *Université de Fribourg*:

Sentencias

- C-121. (2012). *sentencia C-121, M.P Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.

- C-328. (1998). *Sentencia C-328, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- C-026. (1995). *Sentencia C-026 de MP. Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- C-121. (2012). *Sentencia C-121/12. Tipo penal de uso de menores de edad en la comisión de delitos / potestad punitiva del estado. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional.
- C-261. (1996). *Sentencia C-261, M.P. Martínez Caballero*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- C-320. (1998). *Sentencia C-320/98. Responsabilidad penal de persona jurídica. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- C-595. (1999). *Sentencia C-595/99. Función social de la propiedad. MP. Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- C-843. (1999). *Sentencia C-843/99. Cosa juzgada constitucional y objeción presidencial/responsabilidad penal de persona jurídica. MP. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia del 20 de Julio. MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente. CSJ - Proceso 23982. (2007). *Proceso 23982*.
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf, www.unifr.ch/derechopenal.
- Ley 16. (1972). *Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969*. Congreso De Colombia: Diario Oficial 33.780 de febrero 5.
- Ley 488. (1998). *Por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales*. Congreso de Colombia: Diario Oficial 43.460 del 28 de diciembre.
- Ley 491. (1999). *Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones*. El Congreso de Colombia: Diario Oficial No. 43.477, de 15 de enero.
- Ley 599. (2000). *Código Penal*. Bogotá: Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.

- Ley 74. (1968). *Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas...* Bogotá: Congreso de Colombia.
- Ley 906. (2004). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)*. Congreso de Colombia: Diario Oficial 45658 de septiembre 1.
- Luzón, D. (2012). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Meini, I. (1999). Responsabilidad Penal de los Órganos de Dirección de la Empresa por Comportamientos Omisivos. El Deber de Garante del Empresario Frente a los Hechos Cometidos por sus Subordinados. *Revista Derecho* N° 52, 883-914.
- Muñoz Conde, F. (2007). *Derecho Penal*. Valencia (Es.): Editorial Tirant lo Blanch.
- Pagliari, A. (1980). *Principi di diritto penale*. Milano: Giuffrè.
- Panta, D. F. (2005). Algunas observaciones al principio de confianza en la teoría de la imputación objetiva. En U. d. Guayaquil, *XVII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología*. Lima: Ara Editores.
- Peláez, G. (1981). *Manual de Derecho Penal General*. Medellín: Bedout Colección Jurídica.
- Reyes, A. (1990). *Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Reyes, J. F. (2003). Principios Orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal Colombiano. *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional LEGIS. Enero - Marzo*, 144-145.
- Righi, E. (2000). *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Barcelona: Instituto Editorial Reus.
- Sayagués, E. (1953). *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: TI.
- Tiedemann, K. (1996). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf
- Twining, W. (2009). Implications of globalization for law as a discipline. En A. a. Halpin, *Theorising the Global Order*. http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/twining/Twining_IMPLICATIONS.pdf: Hart Publishing.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia.

- Problemáticas sobre su aplicación desde la expedición del Código Penal _____

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Medellín: Comlibros.

Zapater, B. (2005). Las teorías de la pena y el sujeto del Derecho penal. En

G. J. Yacobuchi, *Los Desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro*

Homenaje al Prof. Günther Jakobs. Lima: ARA.