

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Gabriela Galeano Gómez

Mónica Alejandra Murcia Sánchez

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogadas

Director

JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

CARRERA DE DERECHO

BOGOTA D.C.

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	4
ESTADO ACTUAL DE LA CONCEPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	5
Qué es la persona jurídica para el derecho.	8
¿Por qué no se han penalizado en Colombia?	8
Finalidad de la pena	10
DERECHO COMPARADO	16
3.1 Países que aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas	19
3.1.1 España	19
3.1.2 Chile	21
3.1.3 Ecuador	22
3.1.4 Panamá	23
3.2 Países que no aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas	24
Guatemala	24
3.2.2 Perú	25
3.2.3 República Dominicana	25
3.2.4 Colombia	26
COMPROMISOS Y TRATADOS INTERNACIONALES	33
MODELOS DE IMPUTACIÓN.	35
5.1. Modelo del Defecto Organizacional	35
5.2. Modelo de Imputación Vicarial	42
5.3. Modelo del Hecho de Conexión	43
CONCLUSIÓN	45

RESUMEN

Con este trabajo buscamos acercarnos desde nuestra perspectiva, a la problemática existente al momento de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, abordamos las diversas teorías sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y nos centramos especialmente en realizar una propuesta adecuada al ordenamiento jurídico colombiano un régimen que se adecúe al mismo. Este tema lo analizaremos desde una perspectiva de derecho comparado, se hará especial énfasis en los modelos de defecto de organización y responsabilidad vicarial.

ABSTRACT

This work seeks to solve the existing problems at the time of establishing the liability of legal persons. Thus, we are dealing with the various theories of criminal liability of legal persons, and especially focusing on establishing a regime that suits the Colombian legal system. We analyze how this topic has been treated in various countries, in addition to discussing the systems with which conviction of the legal person as a subject of rights and obligations has been achieved, which are the defect of organization and responsibility of the Vicariate model.

INTRODUCCIÓN

La sociedad es indiscutiblemente cambiante a través de las generaciones. Por lo tanto, el Derecho Penal debe ir evolucionando de la mano con la misma para penalizar las nuevas amenazas que se presenten. Como hemos visto, a través de la historia han tenido que incorporarse nuevos delitos de manera simultánea a la creación de nuevos bienes jurídicos y nuevos instrumentos para amenazarlos. La historia demuestra que el Derecho Penal evoluciona de manera tal que aparecen nuevos bienes jurídicos dignos de tutelar, así como también se instituye como medio de control social para protegerlos. Para ilustrar lo dicho anteriormente, y por vía de ejemplo puede mencionarse la tutela al derecho del consumidor, a los delitos informáticos, a los delitos en contra del medio ambiente, a la corrupción, al lavado de activos, al terrorismo, a los delitos de orden socioeconómico, a las normas de *compliance*, entre otros.

En Colombia, a pesar de los prejuicios existentes relacionados con temas dogmáticos, se ha venido legislando en relación con la problemática de la responsabilidad penal de la persona jurídica con fines pragmáticos. Sin embargo, es necesario que al implementarse dentro del ordenamiento esta serie de consecuencias jurídicas aflictivas para dichos sujetos de derecho, se reconozcan los derechos que todos los sujetos tienen en estas circunstancias, independientemente del nombre que se les quiera dar.

Adicionalmente es necesario establecer de manera clara si la persona jurídica debe o no responder directamente por las conductas antijurídicas que puedan llegar a ejecutar, ya que aunque existe cierta regulación que puede permitir la imputación de dichas transgresiones a los representantes de estos entes jurídicos, es fundamental determinar si los mismos pueden responder de manera directa, autónoma e independiente.

ESTADO ACTUAL DE LA CONCEPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Antiguamente se afirmaba desde el punto de vista dogmático, que una persona jurídica no tenía la capacidad de cometer delitos; esta afirmación se proyectaba a partir del precepto latino: *societas delinquere non potest*. Sin embargo, los tiempos han cambiado, el tipo de delitos y bienes jurídicos susceptibles de ser transgredidos se han diversificado de tal manera que amerita discutir si dichos entes pueden ser penalizados.

Dicho precepto se encontraba ligado al tema de la culpabilidad individual y subjetiva, como quiera que se afirmaba su existencia cuando la persona había podido actuar conforme a derecho y no lo hizo; según esto, la pena se desarrolla como una forma de reproche de esa conducta que no se realizó conforme al ordenamiento. Así lo afirma (Nieto Martín, 2010):

El derecho penal del siglo XIX quería indicar mediante el principio de personalidad de las penas, que se vinculaba la pena a la culpabilidad individual. Más modernamente la responsabilidad colectiva reapareció en los ordenamientos fascistas europeos, italiano y alemán, bajo la forma de responsabilidad familiar. La imposición de una sanción a la persona jurídica significaba para muchos una forma de responsabilidad colectiva contraria al principio de personalidad de las penas, que acababa castigando a socios inocentes, sin ninguna responsabilidad en los hechos. (p.5)

Como lo afirma (Paliero, 2013) la existencia de una normatividad positiva de la corresponsabilidad directa del ente por los delitos de sus representantes, trae consigo un:

Prejuicio ideológico que excluye por sí mismo la posibilidad de imputar un delito directa o indirectamente (sobre todo directamente) a la persona jurídica. Dicha exclusión se concreta como el

resultado de la incapacidad natural ontológicamente radicada de la persona jurídica (en cuanto a que no es un hombre) que se extrae del ethos que impregna el reproche penal. (p.5)

Es claro que siempre han existido argumentos a favor y en contra del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Uno de los argumentos en contra de la misma, como lo afirma el mismo autor (Paliero, 2013), es el siguiente:

La forma de entender la esencia del delito, que se concibe de dos formas, una centrada en la causalidad: un comportamiento humano que pone en marcha un curso causal que produce una lesión del bien jurídico y la segunda centrada en la finalidad: donde cobra protagonismo la intención del autor, el dolo, dirigida a la lesión del bien jurídico. Encajar la responsabilidad de las personas jurídicas dentro de cualquiera de estas dos formas es casi imposible, pues es evidente que las mismas no tienen ni voluntad en el sentido del concepto de acción final, ni capacidad de poner en marcha un curso causal. (p.5)

Por otro lado, los argumentos favorables siempre han sido proclamados por el “pragmatismo”, esto es, que para la protección de determinados bienes jurídicos resulta más eficaz sancionar a las personas naturales junto con las personas jurídicas” (Paliero, 2013, p.5).

En este orden de ideas, encontramos que el derecho penal individual clásico pierde efectividad al interior de la empresa debido a que en muchas ocasiones es imposible derivar responsabilidad de una persona natural en concreto en atención al grado de complejidad funcional que preside estos entes, de tal manera que responsabilizar a una sola persona no sería coherente con dicho principio de eficiencia ni tampoco con el grado de justicia que se pretende con el ejercicio del *ius puniendi*.

Es evidente que se requiere de una evolución legislativa para ajustar la normatividad penal en la lucha contra el crimen económico organizado. En Colombia específicamente, resulta ilustrativo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas el deseo de prevenir los riesgos vinculados al lavado de activos y la financiación de terrorismo.

Por las razones anotadas, se ha desarrollado la implementación de sanciones en el ámbito administrativo para las personas jurídicas; estas sanciones reconocen de alguna manera la capacidad que tienen las mismas para infringir los estatutos normativos a los que se encuentran sujetas. Es ilustrativo el caso español, en el cual:

La Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad, que rige también en materia de infracciones administrativas, ya que las personas jurídicas -aunque de forma distinta que las personas físicas- son capaces de reprochabilidad, capacidad de infringir las normas a las que están sometidas (Zugaldía, 2013, p.16).

No obstante, la sola sanción administrativa como consecuencia de las conductas cometidas por estos entes priva su tratamiento de una de las principales funciones del Derecho Penal, esto es la prevención general positiva, como se verá más adelante.

Autores tan importantes como Zugaldía o Tiedemann, esbozan la necesidad de un nuevo capítulo dentro del Derecho Penal referente a las personas jurídicas –preponderantemente vinculada al Derecho Penal Económico, para que el viejo principio de *societas delinquere non potest* no continúe siendo un obstáculo en el tratamiento de estas nuevas formas de criminalidad. En este nuevo Derecho Penal Económico mencionado, (Zugaldía, 2013) propone que:

Como particularidad del modo de entender el hecho penal económico se ha destacado en especial, por la criminología, el abuso de la confianza social en el tráfico económico. El abuso de la confianza socialmente exigible en la vida económica constituiría el delito económico. (p.22)

Qué es la persona jurídica para el derecho.

El Código Civil colombiano define la persona jurídica en su artículo 633 como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (...)” (Código Civil, 1887).

En la misma línea, la Real Academia Española (2017) la define como “organización de personas o de personas y de bienes a la que el derecho reconoce capacidad unitaria para ser sujeto de derechos y obligaciones, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones”.

Según lo definen Díez- Picazo y Ponce de León (1998) citado por Zugaldía (2013), una persona jurídica es toda aquella realidad a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes.

Compartimos esta última acepción en el sentido de que, para el Derecho, los entes morales son una realidad que constituyen una unidad de voluntad y por ende son plenamente susceptibles de adquirir derechos y obligaciones.

¿Por qué no se han penalizado en Colombia?

Sin lugar a duda, la dificultad en la penalización de estos sujetos de derecho tiene su origen en la manera en que los conceptos de acción y culpabilidad son concebidos dentro de la teoría del

delito. Dependiendo del plano en que se plantee esta discusión, la tendencia es aceptar esa responsabilidad, como ha sucedido en un plano exclusivo de política criminal, o rechazarla, si se tiene una concepción dogmática ortodoxa, que necesariamente supone una adaptación de dichos conceptos de acción y culpabilidad o un replanteamiento de los mismos para que puedan ser aplicados.

Es en esencia ese comportamiento o conducta, lo que interesa al Derecho Penal, para lo cual se aparta del concepto de persona. Esa innovación supone la preminencia del concepto de persona como titular de derechos y obligaciones sobre el concepto de ser humano. Tal atributo producto de la existencia de una voluntad tutelada por el ordenamiento jurídico, supone la existencia de una responsabilidad por sus actos.

Bajo la perspectiva restrictiva que iguala los términos de persona y ser humano, se haría imposible que los entes morales fuesen penalmente responsables al carecer capacidad psicológica-naturalística para actuar y orientar sus acciones a la producción de un resultado.

De acuerdo con lo anterior, la conclusión no podría ser otra que negar cualquier tipo de responsabilidad penal de dichos entes. En contraste, una concepción normativa de la teoría del delito, pone de presente que aquellas conductas realizadas por un sujeto de derecho, en este caso una persona jurídica, deben ser consideradas como acciones propias de ella -y no de sus agentes-, pues éstos deben responder toda vez que su acción propia no guarda conformidad con el ordenamiento. El objeto de análisis se traslada entonces, al hecho de si efectivamente se tomaron las medidas de organización necesarias para evitar la lesión al bien jurídico protegido (Nieto, 2012).

La culpabilidad debería valorarse bajo un prisma no psicológico, sino bajo una especie de “ciudadanía corporativa” que supone la debida funcionabilidad en las organizaciones de tal

manera que sólo pueden ser atribuidas a ellas aquellas actuaciones que incumplen ese deber jurídico de organización.

Finalidad de la pena

Como puede verse de lo anterior, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra vinculado estrechamente con el de la finalidad de la pena, en tanto la concepción de la acción y de la culpabilidad determina también la naturaleza de las consecuencias jurídicas atribuibles a ese tipo de comportamientos y por ende el énfasis que se realice en funciones como la prevención general o especial y la resocialización.

Para ilustrar lo señalado, es importante mencionar que las teorías que tratan la finalidad de la pena se dividen básicamente en dos: las llamadas teorías absolutas o teorías retributivas, que tienen como fundamento la culpabilidad del autor del delito y encontrarían su razón de ser en la “justicia”. En segundo lugar, las teorías relativas o preventivas, enfocadas más en la utilidad de la pena, y en la utilización de la misma como medio de prevención y restitución de los derechos afectados.

Las teorías absolutas, propias de la Escuela Clásica, nacen como primera respuesta al axioma legitimante de la pena, y establecen que la pena será legítima únicamente cuando haya necesidad moral de ésta o cuando sea realmente justa, tan así, que ignoran por completo la utilidad de la misma. De esta manera, si se está frente a una pena útil pero no justa, aquella será ilegítima (Bacigalupo, 1984, p.9).

Los grandes expositores de estas teorías, los doctrinantes Hegel y Kant, consideran que “será justa la pena que se fundamente en la culpabilidad del autor; pues al ser el hombre libre, si libremente decide llevar a cabo una conducta delictiva, su culpabilidad debe ser “pagada” con el mal de la pena” (Zugaldía, 2010, p.181).

Dichas teorías, llamadas también teorías retributivas, hacen un especial énfasis en el principio de proporcionalidad de la pena, tal es el sentido que puede otorgársele hoy al término “justicia”. En concordancia con dicha filosofía, parten de la base de la existencia del libre albedrío como cualidad subjetiva del comportamiento.

Con ellas se impide la utilización de la pena para fines preventivos-generales; en otras palabras, puede decirse que constituyen un límite al poder punitivo del Estado, tratándose de la aplicación de la pena, evitando que se impongan penas excesivas y que con ello se sacrifique al individuo autor del delito por toda la sociedad, pues la pena debe ser justa a pesar de la utilidad que produzca a nivel general (Bacigalupo, 1984).

Por su parte, las teorías relativas o preventivas, provenientes de la Escuela Positivista, nacen como rechazo a la tesis del libre albedrío, y por ende al carácter retributivo de la pena. Por el contrario, dan legitimidad a la pena por la consecución de un fin determinado.

Las distintas finalidades que justifican la razón de ser de la pena pueden variar, y consecuentemente varía también el nombre que se le da a la teoría. De esta manera, se habla de un mensaje disuasorio transmitido a la sociedad, que inhiba las posibles conductas delictivas, caso en el cual estaríamos frente a la llamada teoría preventiva-general.

La teoría preventiva-general ha sido dividida por la doctrina en dos aspectos: la teoría preventiva-general negativa y la preventiva-general positiva. Así lo ilustra (Bacigalupo, 1984): con la negativa, la utilidad que se pretende alcanzar es la intimidación de la generalidad, disuadir de manera indirecta mediante la psiquis del individuo, cualquier estímulo que se tenga de cometer delitos. No sobra decir que la pena con dicha finalidad no es aplicable a todo el mundo, sino realmente útil únicamente cuando se está tratando con individuos que hasta el momento no han delinquido: para los delincuentes en **potencia**, para que aquellos que puedan abstenerse de

llevar a cabo cualquier impulso que desemboque en una conducta antijurídica. (Bacigalupo, 1984, p.184)

Por su lado, la teoría preventiva-general positiva, conocida a su vez como *la pena simbólica*, tiene un objetivo mucho más comunicativo: busca que la sociedad crea en el Derecho, quiere su reafirmación. Pretende que se confíe en la posibilidad de preservar el orden, en darle credibilidad al orden jurídico y a su normatividad; su mayor objetivo es la afirmación de la conciencia social de la norma. De acuerdo con esta teoría, el delito desautoriza y viola la norma, por lo cual la pena debe servir para ratificar la vigencia de la norma transgredida.

Jakobs (1995) afirma:

La pena siempre es reacción ante la infracción de una norma: mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de respetarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable de infringir la norma. De este modo, la pena se legitima ¡positivamente! por la necesidad del mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. El contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma (p.18).

Ahora bien, para ocuparnos de la teoría preventiva-especial y sus diferentes clases, es menester mencionar que en un principio, para darle sentido a esta teoría, fue necesario crear una clasificación de los diferentes tipos de delincuentes. Así, Von Lizst estableció la diferenciación de los delincuentes con base en un criterio descriptivo; para él existían delincuentes habituales y delincuentes ocasionales. Por otro lado, Ferri se apoyó en el criterio genético e instituyó las siguientes clases de delincuentes:

- a) Delincuentes natos
 - b) Delincuentes locos
 - c) Delincuentes habituales
-

- d) Delincuentes ocasionales
- e) Delincuentes pasionales (Bacigalupo, 1984, p.15).

Asimismo, se introdujeron también distintas clases de penas, cuya aplicación dependía del autor del delito y la clase del mismo. En efecto, podía estarse ante varios escenarios; el primero, en el que se aplican penas correctivas a través de la resocialización, cuando el delincuente fuera de aquellos que hasta el momento inicia su carrera delictiva (Bacigalupo, 1984); el segundo, cuando estando frente a un delincuente ocasional se prefieran las penas con una finalidad de admonición; y por último, en el que se acude a la pena inocuizadora siempre que el delincuente sea de aquellos que no necesitan ser resocializados (Zugaldía, 2010).

Finalmente, con el transcurso del tiempo y los diferentes argumentos en contra de las teorías mencionadas, surgen las llamadas teorías de la unión. Teorías que reúnen conceptos de todas las anteriores, creando una clase de “hibrido”. Éstas proponen que la pena sea legitimada tanto por la justicia como por la utilidad. De ahí, surgen la teoría de la unión aditiva y la teoría dialéctica de la unión.

En la primera, prevalece la justicia sobre la utilidad, es decir que priman los principios de las teorías absolutas. Por el contrario, en la teoría dialéctica, propuesta por el alemán Klaus Roxin, se tiene más en cuenta el hecho de que la pena sea útil, privilegiándola sobre la justicia; este criterio únicamente se tiene en cuenta como un límite al momento de aplicar la pena.

Con la noción dialéctica de la pena se quiere alcanzar una síntesis. Una síntesis en la que, dependiendo del momento, se establece un fin diferente de la pena. Así las cosas, al momento de la amenaza el fin de la pena es la prevención-general negativa. Cuando el juez esté en el proceso de individualización de la pena, el fin será preventivo (teoría relativa) aunque limitado por la

culpabilidad del autor. Por último, al momento en el que vaya a ejecutarse la pena, priman los fines resocializadores, es decir la teoría preventiva-especial.

Conviene en este punto analizar la compatibilidad de alguna de las teorías propuestas con un régimen que consagre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Habría que desechar las teorías absolutas, toda vez que, como ya se expuso, éstas se establecen con base en la culpabilidad psicológica del autor. Concepto tradicional que es abiertamente incompatible con la responsabilidad penal de los entes morales, para quienes el tema de libre albedrío y la formación de su voluntad, camina por vías muy diferentes.

En este sentido, las teorías absolutas harían que la imposición de penas a las personas jurídicas carezca de sentido, en tanto en dicho contexto no serían capaces de actuar con culpabilidad.

Las teorías relativas en el sentido expuesto por la teoría positiva del Derecho Penal, tampoco serían compatibles en la medida en que ellas se fundamentan en el juicio de reproche propio de la culpabilidad, presupuesto básico de la teoría del delito en el estado de derecho cuya premisa en la materia es la proscripción de la responsabilidad objetiva en materia criminal.

Puede resultar útil para el efecto, una *noción funcional* que se nutre por la idea del fin, es decir se fundamenta en la utilidad entendida como prevención general. Sus expositores, explican esta tesis como se explicará enseguida (Velásquez, 2009).

“La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al derecho o, brevemente, como infidelidad al derecho. Con ello se alude a la infidelidad por la que se ha de responder; la infidelidad al derecho es, pues, un concepto determinado normativamente” (Jakobs, 1993, p.469)

Acudimos a esta noción ya que, si bien es correcto afirmar que la culpabilidad entendida como un juicio de reproche, es un criterio que permite determinar cuándo se ha actuado o no conforme a derecho, también lo es el criterio de la infidelidad al Derecho. Sin embargo, quedarnos con un análisis tan específico –como lo es el juicio de reproche–, no nos permite abarcar el tema cuestionado. Se trata entonces de adoptar este concepto, mucho más amplio que, sin excluir el juicio de reproche propio de la culpabilidad, admite que evaluemos la posibilidad de penalizar a los entes morales.

De este modo, si adoptamos lo entendido por noción funcional, vemos cómo la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas adquiere mayor sentido, siempre que la finalidad de la pena consista en la prevención general, tanto positiva como negativa; pues con esto, en cuanto a la primera de ellas se refiere, se intenta afianzar la idea del ordenamiento jurídico, demostrar que hay mecanismos que hacen viable el cumplimiento de sus normas, y en lo concerniente a la segunda, procuramos que el resto de empresas no utilice la figura de las personas jurídicas para la comisión de delitos, o que se implemente en ellas un sistema de control que evite a mayor escala defectos organizacionales que desencadenen en conductas punibles.

Sin embargo, hay ordenamientos jurídicos y doctrinantes que creen que sí es posible que se utilice la pena con fines no únicamente preventivos, sino que sostienen que una pena preventiva junto con un poco de retribución puede resultar bastante fructífera para la penalización de las personas jurídicas (Mosconi, 2000).

Dicho lo anterior, para fines de este trabajo y para desarrollar de manera efectiva una idea en la que sea posible la imposición de penas tanto a las personas naturales como a las jurídicas, hemos decidido tomar el concepto de culpabilidad en su sentido más amplio, de

manera que no se trate únicamente del exámen psicológico y juicio de reproche que ha servido siempre como parámetro de determinación de responsabilidad, y como consecuencia poder justificar la penalización de los entes morales a través del llamado defecto de organización.

DERECHO COMPARADO

Lo que se busca con la exposición de distintos ordenamientos alrededor del mundo es ilustrar en buena medida el tema abordado en este trabajo y la manera como los diferentes ordenamientos han asumido la reglamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A modo comparativo, realizaremos una rápida ilustración de los modelos más emblemáticos a nivel mundial, el sistema francés del Civil Law y el sistema anglosajón del Common Law, y posteriormente se enumerarán otra serie de ordenamientos específicos con el fin de ejemplificar cómo en algunos países se ha optado por aceptar o no dicha responsabilidad.

Partiendo del modelo anglosajón, orientado a criterios de identificación, en especial para los delitos privados de *mens rea* (*strict-liability-crimes*), es decir, para los esquemas de responsabilidad objetiva:

El agente (persona física), en esencia personifica la *corporation* en la comisión del delito, por lo que los dos perfiles se funden completamente, creando un paradigma de responsabilidad para la identificación esencialmente dolosa o culposa, con la traslación a la persona jurídica del elemento

subjetivo propio de la persona física. En este modelo de adscripción, la elección a favor de la unidad del ilícito es clara: solo hay un ilícito penal realizado unitariamente desde las dos figuras” (Paliero, 2013, p.10).

No obstante, a pesar de que el modelo utilizado fuese el de *strict-liability-crimes*, el mismo ha venido entrando en crisis como consecuencia de la llamada:

due diligence (posibilidad de que el presunto acusado demuestre la debida diligencia o el cumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión como una causal de exoneración). Solo adoptando tal esquema (de inversión probatoria) a las personas jurídicas, se fue forjando un concepto embrionario de culpa autónoma del ente, fundado en la falta organización; en otras palabras, sobre la carencia de razonable previsibilidad o de adecuada prevención de los ilícitos (Paliero, 2013, p.10).

En contraposición, en el Civil Law, específicamente en el sistema francés, a través de su nuevo Código Penal se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto de Derecho Público como de Derecho Privado.

Según Donaires (2013), esta responsabilidad es acumulativa, especial y condicionada. Es acumulativa debido a que la responsabilidad penal de estos sujetos de derecho, no excluye la responsabilidad de las personas naturales o físicas que las perpetran (art 121°-2, Código Penal Francia). Es especial como consecuencia de su obligatoria previsión por la ley o por los diversos reglamentos que definen los distintos delitos y contravenciones y por lo tanto, para poder imputar la responsabilidad a estos entes, la misma debe ser claramente tipificada. Por último, cuando decimos que dicha responsabilidad debe ser condicionada, hacemos referencia a que la conducta debe ser perpetrada por un órgano o representante de la misma y adicionalmente, debe ser por su cuenta.

En este sistema, se establecen como sanciones principales, la multa, la disolución de la personería jurídica, la intervención judicial, la clausura del establecimiento, la confiscación de bienes, la publicación de la sentencia condenatoria, entre otras (Código Penal Fránces, 1791).

Para dar mayor claridad, no sobra hacer explícita la interpretación otorgada al concepto de pena. Así, concebimos la pena como la “forma principal de reacción con que cuenta el Derecho punitivo” (Velásquez, 2009, p. 251). La naturaleza de la misma implica la privación de diferentes bienes jurídicos del condenado, a saber: la libertad, el patrimonio económico, el honor, entre otros (Velásquez, 2009). Las penas, tienen como fin sancionar el comportamiento contrario a la sociedad. Diferente a lo que se entiende por una sanción administrativa, encaminada a sancionar el incumplimiento de la ley individual, como por ejemplo, una multa impuesta por la DIAN. Si bien ambas hacen parte del genero sanción, estas dos difieren por un lado, por la autoridad de la que provienen, además de la finalidad que a cada una se le ha dado.

Al respecto, no puede ignorarse que una misma sanción puede tener carácter administrativo en ciertos casos, y ser considerada como pena en otros. En efecto, una multa impuesta por un juez penal, es una especie de pena que recae sobre el patrimonio económico, que busca sancionar un comportamiento contrario a la sociedad; y cuando la autoridad de la que provenga esta misma sanción sea administrativa y castigue el incumplimiento de la Ley individual, se está frente a la llamada “sanción administrativa”.

En este apartado de nuestro estudio, analizaremos algunos países de América Latina, entre ellos, Chile, Ecuador, Guatemala, Panamá, Perú, República Dominicana y Colombia.

3.1 Países que aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

3.1.1 España

La legislación española se ha preocupado por regular el tema en cuestión de tal forma que se ha convertido en uno de los ordenamientos más avanzados en la materia y consideramos que el mismo podría llegar a ser un ejemplo a seguir.

A modo ilustrativo, citamos el artículo 31bis de la Ley Orgánica 05 de 2010 de la Legislación española, pues consideramos que éste es el que más se adecúa al sistema que en este análisis hemos propuesto.

Artículo 31 bis:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:
 - a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
 - b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.
 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:
 - 1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
 - 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
 - 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
 - 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición
-

2.^aEn los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición

2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

El modelo citado anteriormente es uno de los más completos en la materia, y en nuestra opinión acoge las teorías expuestas anteriormente de manera que implementa el modelo de responsabilidad vicarial con el modelo de autorresponsabilidad o defecto de organización, creando así una mezcla de ambos y regulando la materia de una forma apropiada.

Sin embargo, como lo plantea Fourey (2016):

Los modelos de organización y gestión no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar la verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Este criterio general presidirá la interpretación por los Sres. Fiscales de los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales (p.65)

3.1.2 Chile

Asimismo, Chile es uno de los países en los cuales se acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al llevar a cabo un estudio de la legislación chilena, hemos llegado a la conclusión de que las normas que sancionan a las personas jurídicas son claras y solucionan en cierta medida el problema planteado. Esta responsabilidad se establece en virtud de la Ley N° 20.393, ésta regula delitos derivados de la responsabilidad de las personas jurídicas, como por ejemplo los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, cohecho a funcionarios públicos nacionales y extranjeros. La ley 20.393 aplica para personas jurídicas de Derecho Privado con o sin ánimo de lucro y para empresas del Estado (Ley 20.393 , 2009).

Los requisitos para que sea posible la imputación de un delito a una persona jurídica en Chile son los siguientes:

1. La ocurrencia de un hecho punible cometido por personas naturales con poder de decisión en la empresa o que actúen bajo supervisión o dirección de los anteriores.
 2. Que los delitos sean cometidos en interés o provecho directo e inmediato del ente jurídico.
-

3. El delito debe ser consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica (Ley 20.393 , 2009).

El tipo de sanciones que se pueden implementar son:

- a. Disolución o cancelación de la personalidad jurídica.
- b. Prohibición temporal o permanente de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- c. Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de la obtención de los mismos por un periodo determinado.
- d. Pago de multas.
- e. Comiso de bienes.
- f. Pago en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión de recursos realizada por la persona jurídica para cometer los delitos.
- g. Eventual publicación de un extracto de la sentencia en un diario de circulación nacional (Ley 20.393 , 2009).

3.1.3 Ecuador

El siguiente país que examinaremos es Ecuador, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal, es aceptada plenamente, y sí se cumplen los requisitos, el Código establece las siguientes penas aplicables:

- a. Multas.
 - b. Confiscación de bienes.
-

- c. Clausura temporal o permanente de establecimientos.
- d. Reparación integral de los daños ambientales causados.
- e. Disolución de la persona jurídica, ordenada por el juez, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación.
- f. inhabilidad para contratar con el Estado temporal o permanentemente.

La sanción a las conductas cometidas por las personas jurídicas establecida en la sentencia condenatoria será siempre de carácter dual. Por una parte, se establecerá una pena privativa de libertad a la persona natural responsable, y por otra, una pena, adicional y autónoma en contra de la persona jurídica según el artículo 71 (Perez, Bustamente & Ponce, 2015).

3.1.4 Panamá

Según Mojica (2010), el Código Penal de Panamá, establecía en su parte especial, respecto de algunas conductas específicas relativas a los delitos relacionados con drogas, sanciones para las personas jurídicas a través de los artículos 262 y 315. De igual forma, sanciona conductas cometidas en contra del ambiente y establece consecuencias como el cierre, suspensión de licencia, multas, entre otras.

La responsabilidad penal de estos entes jurídicos se incorpora dentro de la parte general del Código Penal en el año 2008, estableciéndose en su artículo 51 que:

Cuando una persona jurídica sea usada o creada para cometer delito, siempre que sea beneficiada por él, se aplicará cualesquiera de las sanciones allí establecidas, que van desde la cancelación o suspensión de la licencia o registro, pasando por las multas, pérdidas de beneficios fiscales,

inhabilitación para contratar con el Estado, hasta la disolución de la sociedad (Código Penal de Panamá, 2007).

Sin embargo, se ha criticado rotundamente el hecho de que no se establezca si se debe sancionar de igual forma a las personas naturales relacionadas con el delito, así como la ausencia de un listado –taxativo o enunciativo- que permita conocer qué delitos son susceptibles de imputarse a los entes mencionados.

3.2 Países que no aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Después de haber analizado algunos países en América Latina que aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas de manera independiente, directa y autónoma, nos detendremos a ilustrar de manera breve, una serie de países en los que se excluye la aceptación de este tipo de responsabilidad.

Guatemala

A través del estudio del Decreto número 17-73, el Código Penal de Guatemala establece lo siguiente:

Artículo 38. Responsabilidad penal de personas jurídicas. En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales.

El artículo bajo estudio, permite observar cómo responden únicamente las personas naturales relacionadas con la persona jurídica.

3.2.2 Perú

En este país, siempre se había sostenido la imposibilidad de que las personas jurídicas respondieran penalmente debido a la imposibilidad de cometer culpa, ya que en el Derecho Peruano firmemente se ha promovido la responsabilidad individual, lo que imposibilita la capacidad de acción de estos entes.

Sin embargo, el 21 de abril de 2016, se promulgó la Ley N° 30424, esta Ley se consolida como la primera norma que sanciona administrativamente la comisión de delitos por parte de personas jurídicas. El ámbito de aplicación es extremadamente reducido, debido a que sólo se puede hacer uso de ella para el delito de cohecho activo transnacional. Algunas de las sanciones existentes son: la multa, la imposibilidad de realizar actividades propias de la empresa, la imposibilidad de contratar con el Estado, la cancelación de licencias y la disolución de la persona jurídica.

Si bien la ley sanciona a las personas jurídicas que tengan fines delictivos y violen el ordenamiento jurídico, la ley establece también un eximente de responsabilidad en caso de que la empresa pruebe la existencia de un “modelo de prevención implementado con anterioridad a la comisión del delito de cohecho activo transnacional (*criminal compliance*), en estos casos el proceso se archiva y la empresa no tiene responsabilidad penal (arts. 17 y 18)” (Alva, 2016).

3.2.3 República Dominicana

Dentro de su ordenamiento se encuentra vigente el principio de *societas delinquere non potest* y, por lo tanto, no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En República Dominicana, se implementan una serie de sanciones de tipo administrativo, ya que, desde el punto de vista penal, las personas jurídicas no pueden responder como resultado de la ausencia del elemento volitivo al momento de cometer el ilícito penal y de la “incapacidad

natural ontológicamente radicada de la persona jurídica (en cuanto a que no es un hombre) que se extrae del ethos que impregna el reproche penal” (Paliero, 2013, p.5).

Por lo anterior, el Código Penal establece que en el supuesto en el que una persona jurídica sea utilizada con fines contrarios a la ley, el responsable será siempre un miembro de la misma, ya sea su representante, administrador, directivo o podrá ser cualquier persona, dependiendo de su vinculación al hecho en cuestión. Tanto en éste como en otros ordenamientos de América Latina, la vinculación del ente jurídico dentro de un proceso penal, se reduce a la responsabilidad civil que pueda derivarse del mismo.

Esta prohibición continúa vigente en virtud del artículo 1384 párrafo I del Código Civil, el cual estipula lo siguiente:

La acción pública no puede ser intentada contra las sociedades ni las asociaciones, las cuales sólo son consideradas como personas civilmente responsables en virtud de lo dispuesto por él, por lo cual la acción pública debe ser dirigida contra cada uno de los individuos que representan la persona moral, en la medida en que hayan participado en la comisión de la infracción, de donde resulta que las condiciones deben ser impuestas individualmente a cada uno de los culpables. (Suprema Corte de Justicia, Casación Penal, N°13 1996).

Lo anterior únicamente para plantear las diversas posiciones existentes respecto a la admisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica de manera directa, pues la normatividad de este país excluye de manera tajante la penalización de conductas cometidas por estos entes, limitando la responsabilidad de los mismos únicamente al ámbito civil.

3.2.4 Colombia

Por último, haremos una breve descripción de cómo funciona la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país. El punto de partida de la legislación relativa a este tema, es la Ley 57 de 1993, la cual en su artículo 1º, adicionó al Código Penal de 1980, el artículo 241A, al

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 (Montes, 2013).

El artículo 18 de la Ley 1393 de 2010, el cual modifica el artículo 312 del Código Penal, consigna lo siguiente:

(...) La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta fuere cometida por el particular que sea concesionario representante legal o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico y hasta la mitad, cuando lo fuere por un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración de este. (Ley 1393 , 2010, art. 18)

Respecto a este inciso, Montes (2013) afirma que:

Se establece un aumento de la pena, por haberse ejecutado la conducta a través de las actividades de una persona jurídica. En ese orden de ideas, expone otra de las leyes que incorpora la responsabilidad penal de los entes jurídicos, la Ley 491 de 1999, en el artículo 26 incluyó el art 247 B del Código Penal de 1980, el cual consagraba lo siguiente: “PERSONAS JURIDICAS. Para los delitos previstos en los Artículos 189, 190, 191 y 197, y en el capítulo anterior, en los eventos en que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multa, cancelación de registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad, cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones, podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva.

Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente, se presumirá la responsabilidad de la persona jurídica. (p.54)

Lo anterior, evidencia que han sido varios los intentos para la implementación de un régimen admisorio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien para ese entonces, incluir la disposición mencionada dentro de la normatividad vigente constituía un avance significativo para el tema en cuestión, actualmente consideramos que tras la supresión de dicha norma, se está frente a un retroceso, toda vez que esta decisión por parte del legislador genera nuevamente un vacío normativo.

En la sentencia C-320 de 1998 la Corte Constitucional se pronuncia respecto de la constitucionalidad del Proyecto de Ley 235/96 Senado-154/96 Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones”, el cual fue parcialmente objetado por el Presidente de la República, y establece que constitucionalmente no existe imposibilidad alguna para la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento (Montes, 2013).

A través de la sentencia se establece que:

A la ley no se le prohíbe sancionar el abuso de la personalidad jurídica: se reconoce la utilización de sociedades como “vehículos” para la comisión de delitos, buscando mantener la indemnidad frente a la falta de legislación. En virtud de lo anterior, podrían imponerse a las personas jurídicas las consecuencias derivadas con ese actuar.

La norma objetada no descarta que el hecho punible pueda concretarse en cabeza de la persona jurídica. (...) es posible que ello (la conducta punible), se realice por una persona jurídica, en cuyo

caso, de acreditarse el nexo entre la conducta y la actividad de la empresa, el juez competente, según la gravedad de los hechos, estará facultado para imponer a la persona jurídica infractora una de las sanciones allí previstas. (Montes, 2013, p.55)

La Corte Constitucional ha dicho al respecto que en supuestos como los considerados en los tipos penales -relativos a los delitos de peligro común o de menoscabo al ambiente-, la persona jurídica puede soportar jurídicamente atribuciones punitivas. La sanción de naturaleza penal significa que la conducta reprobada merece el más alto reproche social, independientemente de quien la cometa (Subrayado fuera de texto). Si la actividad la realiza la persona jurídica, si ella se beneficia materialmente de la acción censurada, no se ve porqué la persecución penal habrá de limitarse a sus gestores, excluyendo al ente que se encuentra en el origen del reato y que no pocas veces se nutre financieramente del mismo (Montes, 2013).

Afirma la Corte Constitucional que la sola sanción administrativa o indemnización de perjuicios no expresan de manera suficiente la estigmatización de las conductas antisociales que se tipifican como delitos (Montes, 2013).

Adicionalmente, la Corte Constitucional tiene razón en argumentar el hecho de que la sanción penal tiene además:

Un propósito tanto comunicativo como disuasorio. Cuando la acción prohibida por la norma penal es susceptible de ser realizada por un ente -y no solamente por una persona natural-, limitar a ésta última la imputabilidad penal reduce el ámbito de protección acotado por la norma. La tipificación positiva de un delito tiene el sentido de comunicar a todos que la realización de una determinada conducta rompe la armonía social y, por ende, quien lo haga será castigado con una específica sanción. Este doble efecto en el que reside la eficacia de la legislación penal podría desvanecerse si la condena se limitase

a los gestores del ente que ha extendido ilícitamente su giro social a actividades prohibidas y claramente deletéreas para la comunidad (Corte Constitucional, C-320, 1998).

Asimismo, es importante destacar que la Corte reitera que:

Las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas 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 infracción penal denota en el más alto grado la gravedad de la conducta que lesiona intereses sociales básicos cuya tutela penal por esta razón se torna imperiosa a juicio del legislador. El pago de una indemnización, como única consecuencia del reato, estimula la perniciosa praxis de franquear el usufructo de posiciones de poder sustentadas sobre la explotación ilícita de una actividad, gracias a la capacidad y probabilidad de asumir su costo. En este orden de ideas, la valoración ética de un modo de proceder termina por ser remplazada por un cálculo de beneficios y costos ligados a cierta acción u omisión (Corte Constitucional, C-320, 1998).

Con lo anterior, concluimos que la pena que se imponga a las personas jurídicas, no debería limitarse a la imposición de multas. Es decir, no es correcto que recaiga únicamente sobre el patrimonio económico, pues de ser así los entes jurídicos considerarán la misma como un costo adicional para poder realizar la actividad delictiva, eliminando así la finalidad preventiva y disuasoria de la pena.

El Código Penal vigente, en su artículo 29 estipula los tipos de autoría que pueden existir al momento de llevar a cabo una conducta contraria a la ley. En su inciso 3° menciona la posibilidad de que se califique de autor a quien actúe como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible no concurran en él (Código Penal Colombiano, 2000). Por otro lado, el Código de Procedimiento Penal, (Ley 906 de 2004), en su artículo 91, consagra las sanciones de suspensión y cancelación de la personería jurídica, temporal o definitiva mediante sentencia condenatoria.

Lo dispuesto en el artículo mencionado puede interpretarse como una ampliación del sujeto activo impuesto por el tipo penal, y nos permite inferir que la inclusión de la persona jurídica como posible autora de una conducta punible es necesaria, pues con esta extensión lo que se busca es evitar la impunidad de una conducta antijurídica, ya que si bien no es imputable al representante legal, será sobre aquél que recaerá la pena, generando, a nuestro modo de ver, un sistema injusto.

Mediante la ley 1778 de 2016, expedida para dar cumplimiento a la obligación contraída en virtud de la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales” de la OCDE -aprobada mediante la ley 1573 de 2012- se sancionan administrativamente las conductas cometidas por estos entes. Consideramos que la expedición de esta Ley, constituye un primer acercamiento a la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 35, de la Ley 1778 de 2016, es uno de los más importantes en este tema y establece lo siguiente:

ARTÍCULO 34. MEDIDAS CONTRA PERSONAS JURÍDICAS. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público (Ley 1474, 2011).

Después de haber analizado el artículo precedente, podemos concluir que éste separa, la responsabilidad penal de las personas naturales y la de las personas jurídicas. Lo cual evidentemente es un gran avance en el tema, ya que estipula que dichas responsabilidades son independientes entre sí, y que la persona natural podrá responder penalmente así la persona jurídica no lo haga o viceversa, sin que sólo respondan las primeras en materia penal.

COMPROMISOS Y TRATADOS INTERNACIONALES

Convenios como el de la OCDE del 17 de diciembre de 1997, el cual tiene como objetivo combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, en su artículo 2º, establece la responsabilidad de las personas morales y lo que pretende es que se sancione el cohecho de servidores públicos mediante “sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasorias” (Oecd.org, 1997). Sin embargo, como afirma Gómez (2014) el convenio no especifica, ni hace referencia acerca de la naturaleza de dichas sanciones, ya que las mismas pueden ser de cualquier clase, ya sea administrativa, civil o penal.

El anexo I, referente a la Guía de Buenas Prácticas para Aplicar Artículos Específicos de la Convención, en su artículo 2º, hace referencia a la responsabilidad de las personas morales, asevera la necesidad de que los sistemas de los países signatarios de la convención para la responsabilidad de estos entes -respecto del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales- “no deben limitar la responsabilidad a los casos en que las personas o la persona física que cometieron el delito sean procesadas y condenadas” (Oecd.org, 1997).

Este Anexo I, en su artículo 2º literal C, resalta la importancia de que los miembros garanticen que en la “Responsabilidad por soborno mediante intermediarios (...), una persona moral no puede evitar la responsabilidad al usar intermediarios; incluidas las personas morales relacionadas, para ofrecer, prometer o dar sobornos en su nombre a un servidor público extranjero” (Oecd.org, 1997).

Otro de los convenios importantes en esta rama, es la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, en su artículo 26 hace referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas, básicamente lo que proclama, es que los Estados parte de ésta, deberán adoptar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de estos entes, según el mismo, dichas sanciones pueden ser de índole penal, civil o administrativa y existirán de manera independiente a la de las personas naturales que los hayan perpetrado (Oecd.org, 1997).

El Convenio Penal Sobre la Corrupción del Consejo de Europa, celebrado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 a lo largo del artículo 18 establece que:

Cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que se pueda hacer responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1° haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1° en beneficio de dicha persona jurídica (...) (derechoshumanos.net, 1999).

Sobre las sanciones, el artículo 19 del Convenio establece:

Cada Parte se asegurará de que, en el caso de la responsabilidad establecida en virtud de los apartados 1° y 2° del artículo 18, las personas jurídicas sean objeto de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluidas las sanciones pecuniarias (Gómez, 2014, p.14).

Otra de las convenciones sobresalientes acerca de este tema en particular, es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, llevada a cabo en Nueva York el 31 de octubre de 2003, en su artículo 26, es enfática cuando consigna que “la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa (Gómez, 2014, p.19).

MODELOS DE IMPUTACIÓN.

5.1. Modelo del Defecto Organizacional

Puede cometer un delito todo titular de derechos y obligaciones que los incumpla en desarrollo de un rol social determinado. Lo que hace el Derecho Penal, y lo que realmente le interesa, es valorar esa conducta en cuanto ésta tenga un significado social, y que el reproche social que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica, sea la culpabilidad de la organización. En este sentido, responden porque no fueron diligentes ni tomaron las precauciones y medidas requeridas para garantizar un negocio no delictivo.

La desaprobación social, por ejemplo, en contra de una empresa que atenta contra el medio ambiente, produciendo residuos tóxicos y vertiéndolos al río, no depende de la persona o personas naturales que hayan realizado esa acción u acciones, pues la desaprobación va contra la empresa que produce los residuos.

En consecuencia, lo que es susceptible de valoración es la acción compleja, independientemente de que ésta sea el resultado de conductas de personas naturales que están al servicio de la empresa. Es por ello importante tener en cuenta que las actuaciones ontológicas de las personas naturales que forman parte de una empresa, solo pueden generar una “acción compleja” que es atribuible a la persona jurídica, siempre y cuando tengan la potestad estatutaria o legal de actuar en representación de la empresa.

Es claro entonces que no es posible imputar responsabilidad penal a una persona jurídica de la misma manera que se hace con las personas naturales, pues el factor de imputación que se tiene en cuenta de las primeras no puede ser el de culpabilidad, considerada ésta como juicio de reproche a la autodeterminación de una persona.

En palabras de Silva Sánchez (2010):

Siempre que se tuviera claro que el modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas no es idéntico al de la responsabilidad criminal individual. De modo que habría que establecer que la teoría del delito en sentido amplio contiene dos sistemas de imputación: el de las personas físicas y el de las personas jurídicas. (p.4)

Por lo anterior, entraremos a estudiar una de las diferentes propuestas que se han presentado, que en nuestro criterio, es la que mejores resultados generaría, y que a su vez se acopla al sistema que queremos implantar.

La culpabilidad de las personas jurídicas en la actualidad se determina, si como resultado de la investigación, se comprueba que la misma ha omitido el debido control dentro de la empresa. Lo que se quiere resaltar aquí, es el hecho de que la persona jurídica responde cuando los órganos encargados de realizar el debido seguimiento para evitar este tipo de conductas no cumplen con dichas funciones, lo cual se deriva de la necesidad de las empresas de implementar “medidas técnicas, organizativas, y personales fundamentales para impedir la realización de los hechos (tanto de los superiores como de los subordinados)” (Zugaldía, 2013, p.92).

Con ello concluimos que la reprochabilidad de la conducta de las personas jurídicas, se encuentra en el defecto de organización *per se*; sin embargo, el debido control que se describe aquí, depende de la actividad probatoria de cada caso en concreto.

Es necesario graduar la culpa de estos entes. Por ello es menester diferenciar cuándo falta la culpabilidad de la persona jurídica, ya que pueden plantearse varios escenarios respecto a la infracción de la norma.

Habría ausencia de culpabilidad de la persona jurídica, cuando la misma haya puesto toda la diligencia necesaria para evitar que se cometieran los delitos en su interior. No puede

considerarse que haya existido un déficit organizativo, por ejemplo, en los casos en que el deber de vigilar el funcionamiento y la observación de los modelos de diligencia ha sido confiado a una empresa cualificada externa o a un organismo de la persona jurídica dotado de poderes autónomos de iniciativa y control.

Tampoco puede haber lugar a dicho defecto de organización, cuando no hay omisión del deber de vigilancia, es decir, cuando la misma no ha sido insuficiente por parte de los encargados de controlar la legalidad de la actividad de la empresa o cuando el hecho se ha llevado a cabo burlando fraudulentamente el control de legalidad llevado a cabo por los superiores. Otro escenario puede darse cuando los órganos de dirección de la persona jurídica han actuado ilícitamente pero con error de prohibición invencible (Zugaldía, 2013).

En estos casos como los mencionados anteriormente “la gravedad de la culpabilidad es graduable” (Zugaldía, 2013, p.95). Debido a esto, no es igual la carencia de medidas en absoluto (omisión del deber de debida organización) a cuando existe, por ejemplo, un error de prohibición invencible o cuando la conducta es perpetrada por agentes a los que se les ha confiado la función de control de la organización de la empresa, casos en los que habrá un grado de culpabilidad variable.

Zugaldía (2008) considera que:

La imputación del contenido ilícito como culpabilidad se produce cuando el mismo se lleva a cabo como consecuencia de haberse omitido la adopción de alguna de las medidas de precaución y de control (defecto de organización) que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal (y no delictivo) de la actividad de empresa. Se trata de que nadie ha prestado la debida y razonable diligencia

conforme a las circunstancias del caso, para aplicar las medidas técnicas, organizativas y personas fundamentales para impedir los hechos. (p.350)

Dicha graduación de responsabilidad es equiparable a los diferentes grados de culpabilidad que se tratan en la teoría general del delito. Así, podría decirse que el dolo es equivalente al grado de responsabilidad que se impute cuando se haya omitido en su totalidad la implementación de un sistema de control y vigilancia.

Asimismo, siempre que se haya puesto en funcionamiento dicho sistema dentro de la empresa pero el mismo no fuera suficiente para evitar la comisión del delito, no por una falencia o falta de diligencia de la empresa en cuanto a la implementación, sino por haber delegado en una tercera persona la ejecución del mismo; y que como consecuencia de maniobras externas a la empresa no se impidiera la ocurrencia del hecho punible, se sancionaría a la persona jurídica con un grado de responsabilidad equivalente a la culpa con o sin representación, dependiendo del caso en concreto.

De vital importancia es resaltar que la culpabilidad de la persona jurídica y la de sus empleados es distinta. Es posible que el representante legal lleve a cabo acciones que han sido ordenadas por la junta directiva de la empresa, ocultándole al mismo el carácter delictivo de la conducta, por lo cual éste se encontraría inmerso en un error de prohibición invencible.

El error de prohibición invencible es aquel en el que se encuentra una persona, cuando cree estar actuando lícitamente, pero en realidad está transgrediendo una norma que protege un bien jurídico tutelado. La persona confía en que su actuación es conforme al ordenamiento jurídico y dicha creencia puede desprenderse de la falta de conocimiento del ordenamiento, es decir, de la norma que lo prohíbe, o de la convicción de estar actuando bajo el amparo de una causal de

justificación que no se configura en su conducta. El mismo es invencible debido a que excluye la culpabilidad, ya que al sujeto le es imposible conocer la prohibición o la ausencia de la causal de justificación que invoca.

Si el defecto de organización se convierte en presupuesto para la penalización de las personas jurídicas, como consecuencia de la omisión de control debido dentro de la organización de una empresa, será necesario que estos entes:

Organicen un sistema/gabinete de control preventivo interno o externo (...) de juridicidad de actuación de los órganos directivos y de las personas a ellos subordinadas (programas de cumplimiento o “*compliance programme*”) dirigido por un responsable (“*compliance officer*”) con funciones de vigilancia, asesoramiento, advertencia y evaluación de los riesgos legales de gestión (...) Bacigalupo (2010) citado en (Zugaldía, 2013, p.96).

El *Corporate Compliance* es un sistema que persigue el debido control de las empresas, tanto de sus directivos como de sus empleados, tiene como fin prevenir y disminuir las posibilidades de que una empresa transgreda las normas del ordenamiento jurídico. Con el *Corporate Compliance*, la persona jurídica establece unas normas de autorregulación para evitar la comisión de delitos en su interior y de esta forma regularse a sí misma de manera voluntaria mediante un control y supervisión interno que busca evitar la intervención externa y estatal para procurar la disminución de los controles preventivos o represivos realizados directamente por el Estado.

El defecto de organización como lo afirma Hernández (2010):

Es un elemento crucial (...) debido a que lo relevante no es si la persona jurídica responde porque un sujeto haya cometido un delito para su beneficio, sino porque el delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. Con esta regulación el ordenamiento

jurídico transforma a la persona jurídica en garante de vigilancia respecto de sí misma y resalta que los deberes de dirección y supervisión traen consigo, el de prevención en la comisión de delitos, estableciendo así como eximente de responsabilidad el cumplimiento de las normas del *Corporate Compliance*, independientemente de la realización o no efectiva del delito, ya que es imposible evitar la comisión absoluta de delitos “nadie está obligado a lo imposible”. (p.225)

Cuando la ley establece como eximente el cumplimiento del *Corporate Compliance*, hace referencia a la adopción previa por parte de la persona jurídica de un modelo de prevención con características que en algunos casos la propia ley del país especifica. “Será tarea jurisprudencial precisar cuándo las medidas de prevención delictiva adoptadas por una entidad sin modelo de prevención (...) pueden considerarse equivalentes a la adopción de dicho modelo y, en consecuencia, liberan de responsabilidad” (Hernández, 2010, p.226).

Existen dos tipos de *Corporate Compliance*, el preventivo y el reparativo. El primero, es un modelo predelictual, opera como un eximente y el segundo, uno postdelictual, el cual opera como un atenuante, debido a que el propósito de la implementación del *Corporate Compliance*, es la autorregulación al interior de las personas jurídicas, en búsqueda de prevenir la comisión de delitos, a través de modelos de control y vigilancia permanentes, y si se comprueba que se han seguido las pautas para la adopción de un adecuado modelo de *Corporate Compliance*, éste actuará como un eximente de culpabilidad. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, si se comprueba que la persona jurídica incurrió en una conducta delictiva y ésta posteriormente adopta un modelo de *Corporate Compliance* con el objetivo de evitar futuras transgresiones, el mismo actuará como un atenuante al momento de implementar las sanciones correspondientes.

Se establece una serie de reglas que guían el comportamiento de las empresas para alcanzar la finalidad del *Corporate Compliance*. La primera, tener una cultura empresarial estructurada y plenamente difundida en todos los niveles de la empresa, dirigida al seguimiento de las normas

del ordenamiento jurídico y de los Códigos de ética empresarial, que deben ir de la mano con los Códigos de Buen Gobierno Corporativo. Segundo, debe asignarse a una persona o a un equipo encargado de intervenir y auditar las operaciones de la empresa, que será el denominado *compliance officer*; y, por último, es necesario que la estructuración de los equipos o de las personas en el cargo de *compliance officer*, no se lleve a cabo como un mero cumplimiento del requisito, sino que se verifique que el mismo está realizando el control debido (Zugaldía, 2013).

Como resultado de la globalización y de la proliferación de las nuevas tecnologías, los ordenamientos jurídicos se han vuelto ineficaces e insuficientes para la regulación de las conductas de las empresas, y por último, el desconocimiento de las fronteras al momento de negociar por parte de las empresas “ha contribuido al aumento de poder de las corporaciones frente al Estado” (Nieto, 2008, p.2).

Como corolario de esta situación se ha dado lugar a un “un nuevo modelo de intervencionismo público que utiliza una nueva estrategia reguladora, la denominada *self regulation* o autorregulación regulada” (Nieto, 2008, p.3). “Esta autorregulación se fundamenta en la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y otros agentes sociales con el fin de no solo generar o perfilar normas de comportamiento, sino también encargarse de su enforcement” (Nieto, 2008, p.4).

La autorregulación tiene varios instrumentos de implementación, entre ellos encontramos, los códigos de conducta mencionados anteriormente; los códigos de buen gobierno, los códigos éticos, las sanciones a implementar, y los *compliance officers*, que están encargados del control de las corporaciones, entre otros.

La autorregulación se implementa a través de los mencionados órganos de *self regulation*, cuyas funciones de vigilancia y control propenden por un efectivo cumplimiento de los códigos y

de la normatividad vigente. Órganos de cumplimiento especializado, son también los comités de auditoría o de retribuciones e incluso, los consejeros independientes dentro del Buen Gobierno Corporativo (Nieto, 2008).

5.2. Modelo de Imputación Vicarial

El sistema de responsabilidad vicarial, es un método clásico de imputación de responsabilidad propia, en el que la culpabilidad del actor del hecho delictivo, se transfiere a la persona jurídica, siempre y cuando el agente originador del hecho actúe dentro de los fines y dentro del ámbito de competencia de la empresa, sin extralimitarse o excederse en su representación, y con el claro objetivo de beneficiarla. En este aspecto es de aclarar, que el objetivo debe haber sido logrado, y el provecho o beneficio debe haberse dado. Así, el hecho delictivo termina ejecutándose por nombre y cuenta de la empresa.

Es así como la transferencia de la responsabilidad a la empresa, se da bajo tres condiciones:

- La actuación culpable del agente.
- Dentro de los fines de la empresa.
- Con el fin de beneficiarla.

Para que la transferencia de la culpabilidad se produzca, los anteriores requisitos deben darse en su completitud, deben ser concurrentes (Martínez, 2011).

Cuando se presenta una falla de supervisión por parte los representantes legales de una empresa o de sus directivos, las conductas delictivas de sus empleados pueden dar lugar a responsabilidad penal a la empresa, cuando el riesgo creado a causa de esa deficiente supervisión, es el que se tiene en cuenta al valorar la conducta delictiva del empleado.

Dentro del método de responsabilidad vicarial, no podemos dejar a un lado la teoría de la identificación, según la cual el hecho delictivo debió ser cometido por un agente superior, para

que se traslade la responsabilidad penal a la empresa. Teoría bastante disfuncional ya que se presta para que el superior siempre busque un chivo expiatorio entre sus empleados subalternos, por ejemplo, y se pierda la conexión entre el superior y el delito (Martínez, 2011).

Otro aspecto a considerar es el relacionado con la acción delictiva ejecutada por el representante o administrador, la cual solo es imputable cuando la empresa no cuenta con la elaboración de un plan donde se evalúe el riesgo y se tomen medidas eficaces de prevención, para la no comisión de actos delictivos por parte de los empleados. Es lo que se llama defecto de organización (Nieto, 2013).

5.3. Modelo del Hecho de Conexión

También conocido con el nombre de “hecho de referencia”, este modelo establece que el hecho de la persona física constituye el “hecho de conexión” que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica. Así, esta última responde penalmente como hecho propio siempre que, en desarrollo de actividades sociales y actuando en nombre o en provecho del ente, los funcionarios catalogados como directivos, o quienes dependan y sean supervisados por aquellos, cometan un hecho punible. De esta manera la empresa responderá a título de dolo toda vez que hubiera tenido conocimiento de la conducta, y hubiera utilizado la figura de la personería jurídica para la consecución de la misma, o a título de culpa cuando por imprudencia de sus funcionarios y del sistema de control y vigilancia de la empresa, no hubiese podido evitar que se llevara a cabo el hecho, siendo éste evitable (González, 2012).

Bajo dicho supuesto, la persona jurídica responde penalmente como hecho propio siempre que, en desarrollo de actividades sociales y actuando en nombre o en provecho del ente, los funcionarios catalogados como directivos, o quienes dependan y sean supervisados por aquellos, cometan un hecho punible. Responderá a título de dolo cuando haya tenido conocimiento de la

conducta y hubiera utilizado la figura de la personería jurídica para la consecución de la misma, o a título de culpa cuando por imprudencia de sus funcionarios y del sistema de control y vigilancia de la empresa no hubiese podido evitar que se llevara a cabo el hecho, siendo éste evitable.

Zugaldía (2008) afirma que:

La imputación del contenido ilícito como culpabilidad se produce cuando el mismo se lleva a cabo como consecuencia de haberse omitido la adopción de alguna de las medidas de precaución y de control (defecto de organización) que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal (y no delictivo) de la actividad de empresa. Se trata de que nadie ha prestado la debida y razonable diligencia conforme a las circunstancias del caso, para aplicar las medidas técnicas, organizativas y personas fundamentales para impedir los hechos. (p. 350)

Sin embargo, hay posiciones contrarias que sostienen que la atribución de la responsabilidad a las personas jurídicas a través de este sistema implica que éstas respondan por una conducta ajena (González, 2012). No obstante, Tiedemann (1997) sostiene que el Derecho Penal ya ha reconocido criterios de imputación con los que es posible catalogar como autor a una persona sin que haya sido ésta quien realizara la conducta punible. Expone las figuras de la coautoría y autoría mediata como ejemplos de lo anterior, para soportar la tesis de que las personas jurídicas respondan, por hecho propio y no por acción ajena, por conductas que aparentemente no son ejecutadas por ella sino por sus órganos.

CONCLUSIÓN

Después de haber realizado este estudio y habiendo analizado las distintas posiciones en cuanto a la penalización de las personas jurídicas, vemos como a lo largo de la historia ha sido evidente el “prejuicio ideológico que excluye por sí mismo la posibilidad de imputar un delito directa o indirectamente (sobre todo directamente) a la persona jurídica. Dicha exclusión se concreta como el resultado de la “incapacidad natural ontológicamente radicada de la persona jurídica (en cuanto a que no es un hombre) que se extrae del ethos que impregna el reproche penal” (Paliero, 2013,p.5).

Sin embargo, la doctrina a nivel mundial se ha encargado de desvirtuar este prejuicio, estableciendo parámetros de culpa distintos a los dogmáticos presupuestos de la teoría del delito, es decir, lo que se ha dicho es que las personas jurídicas incurrir en culpa o dolo cuando incurrir en el fenómeno de, como lo dice Carnevali (2010), culpa por organización, esto es, la carencia de elección o la actuación deficiente de un modelo de organización o de gestión idóneo para la prevención de delitos. Así también cuando no se ha confiado la función de vigilancia o la observancia de los modelos de organización a un organismo autónomo al ente” (Montes, 2013, p.30).

De esta manera, creemos pertinente proponer que se tenga como base la *noción funcional* del concepto de la culpabilidad entendida ésta como “la falta de fidelidad al derecho o, brevemente, como infidelidad al derecho. Con ello se alude a la infidelidad por la que se ha de responder; la infidelidad al derecho es, pues, un concepto determinado normativamente” (Jakobs, 1993, p.469).

De este modo, si adoptamos lo entendido por *noción funcional*, vemos cómo la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas adquiere mayor sentido, siempre que la finalidad de la pena consista en la prevención general, tanto positiva como negativa; pues con esto, en cuanto a la primera de ellas se refiere, se intenta afianzar la idea del ordenamiento jurídico, demostrar que hay mecanismos que hacen viable el cumplimiento de sus normas, y en lo concerniente a la segunda, procuramos que el resto de empresas no utilice la figura de las personas jurídicas para la comisión de delitos, o que se implemente en ellas un sistema de control que evite a mayor escala defectos organizacionales que desencadenen en conductas punibles.

En la misma línea lo sostiene Prías (2015), en relación la capacidad de acción de las personas jurídicas:

La denegación de la capacidad de acción de las personas jurídicas parte de una petición de principio, como quiera que la teoría de la acción como componente del delito, se configura exclusivamente sobre la acción humana, pero obviamente se trata de un problema de definición (p.29).ç

Que como dice Zugaldía (2013) citado por Prías (2015, p.29), puede ser modificado, mucho más en consideración al hecho de que en las demás instancias de aplicación del Derecho, la capacidad de acción de la persona jurídica resulta ser la regla general.

Tiedemann (2009) menciona que respecto al punto de la culpabilidad ocurre lo mismo: lo que se plantea es la implementación al ordenamiento jurídico de un método novedoso de estructurar la figura de la culpabilidad como requisito sine quanon para darle vida al delito; método que por supuesto sea el mismo que se utilice a las personas naturales y a las jurídicas, ambos como sujetos de derechos y obligaciones del Estado. Este mecanismo ha sido desarrollado a partir de la experiencia y conceptualización producida en los ordenamientos jurídicos que la reconocen sin

reservas, como Francia, Suiza y Holanda, y por supuesto Gran Bretaña y los Estados Unidos. Este autor hace también uso de los conceptos de *corporate culture* y *good corporate citizen*, a partir de los cuales elabora la tesis de la “culpa de organización” que como señala Zugaldía (2013) constituye hoy por hoy la fórmula más aceptada para la estructuración de la culpabilidad de las personas jurídicas (Prías, 2015, p.29), quedando en paralelo la imputación de las personas naturales, no a través de la culpa de organización exactamente, sino del incumplimiento de los deberes impuestos a cada quien, a partir de la relación ciudadanía-Estado, concepto similar al que planteaba Hobbes en el Contrato Social.

Así, en lo referente a la imputación de las personas jurídicas, el término “culpa de organización” hace referencia al denominado *corporate compliance*, ya mencionado anteriormente, el cual implica que, a raíz de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es obligatorio que las mismas lleven a cabo un control y vigilancia riguroso al interior de todas las estructuras que la componen, para evitar la incursión en el delito. Este nuevo escenario implica que las sociedades o entidades de cualquier índole, a través de sus representantes, y más específicamente del *compliance officer*, deban dar cumplimiento a esta obligación mediante la implementación de los debidos sistemas de control de cumplimiento normativo y prevención del delito, con el fin de evitar que la sociedad infrinja normas de tipo penal y que por consiguiente sus administradores se encuentren inmersos en escenarios de responsabilidad personal, dependiendo del caso en concreto.

Por otro lado, consideramos que los ordenamientos jurídicos que en lugar de reconocer y regular la posibilidad de que las personas jurídicas respondan directamente ante la justicia penal, y en su lugar optan por implementar sanciones de diversas denominaciones, terminan empleando

soluciones jurídicas que pueden llegar a ser violatorias de derechos fundamentales plenamente reconocidos en cada uno de estos ordenamientos, al paso que terminan intensificando el vacío jurídico que en nuestro criterio existe al respecto.

Este tipo de “regulaciones” desconocen derechos fundamentales y principios esenciales del derecho, ya que estas “consecuencias accesorias” -como las llaman algunos-, en realidad ostentan todas las características de las sanciones penales, y por lo tanto, deberían otorgar a los presuntos “culpables” los mismos derechos que al momento de ser juzgados son conferidos por la regulación de las sanciones penales.

Con lo anterior queremos referirnos a derechos fundamentales de aplicación inmediata como lo es el derecho al debido proceso, derecho éste que comprende una serie de garantías inquebrantables aplicadas a todos los actos que pretendan ser realizados por parte del Estado. Al establecerse dichas “consecuencias accesorias”, entendidas como toda sanción distinta a una pena, se está intentando disfrazar y ocultar el carácter penal de las mismas, desconociendo así principios y derechos de rango constitucional y al mismo tiempo los pilares de los ordenamientos vigentes, ya que esta clase de prerrogativas contienen principios y derechos esenciales como los de legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, el derecho de defensa, entre otros.

Finalmente, el objetivo de este análisis es responder el interrogante que plantea la posibilidad de que las personas jurídicas deban o no responder de manera directa en un contexto penal.

De esta manera, nos atrevemos a afirmar que de acuerdo con las exigencias sociales, la política criminal, y los requerimientos adquiridos por Colombia a través de la firma y aceptación de los distintos tratados internacionales, así como la intención de ser parte de la OCDE, es

conveniente implementar un sistema que acepte la imputación de responsabilidad directa a los entes morales, sin que se exija como presupuesto que la persona natural haya sido penalizada, toda vez que lo anterior no imposibilita que la persona jurídica responda *per se*, tal como lo afirma Zugaldía (2013).

Esto debe ser posible a partir de la diferenciación de los roles que las personas jurídicas y las personas naturales desempeñan en la sociedad y ante el Estado. En términos generales, la persona natural es responsable por sus actuaciones directas, bien desempeñando algún cargo en representación de una empresa, o simplemente actuando en desarrollo de la personalidad; y las personas jurídicas son responsables directamente ante la ley penal, por las actuaciones que cometan dentro de su desarrollo social o empresaria, sin que importe en lo más mínimo qué persona natural esté detrás de esa actuación, pues, como se ha dicho, son actuaciones diferentes, que generan culpabilidades disímiles, que el derecho penal debe diferenciar.

Sobre este punto es importante afirmar que cuando se esté frente a un escenario en el que la persona física (natural) carezca de conocimientos que le permitan determinar si una conducta es o no delictiva (lo que genera un error de prohibición invencible que hace inculpable la conducta), esto no debería ser suficiente para que se excluya la responsabilidad de las empresas, ya que la mismas, en lo términos planteados, deberán responder por un posible defecto de organización, que como lo mencionamos anteriormente, no tiene como base que la persona jurídica sea responsable cuando un sujeto haya cometido un delito para su beneficio, sino que se fundamenta en que el delito sea consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión.

Con esta regulación que se propone, el ordenamiento jurídico se transforma para darle cabida a la persona jurídica como sujeto de la ley penal, bajo la posición de garante de ejercer la

debida vigilancia respecto de sí misma, estableciendo que los deberes de dirección y supervisión traigan consigo el de prevención en la comisión de delitos, para que se erija como eximente de responsabilidad que desvirtúe el elemento culpabilidad, el efectivo cumplimiento de las normas del *Corporate Compliance*, independientemente de la realización o no efectiva del delito, ya que es imposible evitar la comisión absoluta de delitos: es decir, si la empresa garantiza la prevención del delito, se exime de responsabilidad cuando por una causa extraña éste mismo es cometido en su nombre, pues como se ha dicho popularmente en el argot jurídico: “nadie está obligado a lo imposible” (Herández, 2010, p.225).

Así, siempre que la ley establezca como eximente de responsabilidad el debido cumplimiento del *Corporate Compliance*, está haciendo referencia a la adopción previa por parte de la persona jurídica de un modelo de prevención con características que, en algunos casos, la propia ley del país puede llegar a especificar para mayor seguridad jurídica.

Finalmente, y ya para darle materialidad a esta propuesta, es importante señalar que existen una serie de reglas que guían el comportamiento de las empresas para alcanzar la finalidad del *Corporate Compliance*. La primera de ellas es la existencia de una cultura empresarial estructurada y plenamente difundida en todos los niveles de la empresa, dirigida al seguimiento de las normas del ordenamiento jurídico, sumado además a los Códigos de Ética Empresarial que deben ir de la mano con los Códigos de Buen Gobierno Corporativo. Como segunda regla, debe asignarse una persona o un equipo encargado de intervenir y auditar las operaciones de la empresa, quien será el denominado, *compliance officer*; y por último, es necesario que la estructuración de los equipos o de las personas en el cargo de *compliance officer* no se lleve a

cabo como un mero cumplimiento del requisito, sino que debe verificarse que efectivamente él mismo está realizando el control debido.

En términos generales, y para dar más claridad a nuestra propuesta, no sobra resaltar que la responsabilidad que se pretende imputar a la persona jurídica se trata de un sistema mixto en el que se combinan ideas tanto de la responsabilidad vicarial como de la autorresponsabilidad o responsabilidad directa. Entendiendo esta propuesta como aquella que considera a la persona física y a la jurídica como entes que actúan conjuntamente a pesar de ser responsabilizados de manera independiente (González, 2012).

Explicado en otros términos por el tantas veces citado Zugaldía, se tiene como base fáctica del delito el hecho o la omisión de una persona física cuyo comportamiento se adecúa a la descripción de un tipo penal, bien sea de resultado o de mera conducta para establecer los criterios normativos de imputación que permitan que sea la persona jurídica la autora culpable del hecho y consecuentemente sancionarla con la pena prevista por la ley, por supuesto para salvaguardar el principio de legalidad. No obstante, como se dijo anteriormente, la responsabilidad de la persona física no es presupuesto ni tampoco fundamento para que el ente moral resulte responsable, pues no se está frente a una transferencia de las acciones de los particulares, sino que simplemente ésta es sin duda una forma mediante la cual se determina bajo qué condiciones normativas es posible que dicho actuar sea considerado como propio de la empresa (Zugaldía, 2008).

Para concluir, resaltamos nuestra propuesta concreta: el sistema de imputación de responsabilidad penal a partir de la determinación de la conducta típica, antijurídica y por supuesto culpable, mediante el cual queremos fundamentar y justificar que las personas jurídicas

sean sujetos del Derecho Penal, se trata de un modelo mixto, en el que se combinan ideas tanto de la responsabilidad vicarial como de la autorresponsabilidad o responsabilidad directa, pues de una parte se utiliza la responsabilidad vicarial como instrumento para identificar los momentos punibles en que es posible transferir los actos y omisiones de personas naturales hacia la responsabilidad de la persona jurídica, siempre que se cumplan determinados requisitos; y por el otro se erige la responsabilidad directa de la persona jurídica, en tanto que para lograrse su imputación no se depende en lo más mínimo de la vinculación a un proceso penal de una persona natural que pertenezca a la persona jurídica. Es eso finalmente lo que se plantea, y resulta perfectamente posible también para continuar el modelo de culpabilidad de las personas naturales dentro de una noción funcional del derecho, pues lo primero no contradice a lo segundo ni lo hace inviable en la práctica.

Esta propuesta, en términos generales, puede entenderse igualmente, como aquella que logra considerar a la persona física natural y los entes morales como sujetos del Derecho, que actúan conjuntamente en la gran mayoría de ocasiones porque los segundos dependen de los primeros para actuar, pero que a pesar de ello, debido a su rol funcional dentro del ordenamiento jurídico, deben ser responsabilizados de manera independiente ante la ley penal (González, 2012).

BIBLIOGRAFÍA

- Alva, P. (21 de abril de 2016). *laley.pe*. Obtenido de <http://laley.pe/not/3243/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-llego-al-peru/>
- Bacigalupo, E. (1984). *Manual de Derecho Penal, Parte general*. Bogotá: Temis S.A.
- Código Civil Colombiano [Código] (1887) 37ba ed. Legis.
- Código Penal Francés. (1791).
- Código Penal de Panamá. (2007).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-320 del 30 de junio de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Donaires, P. (01 de enero de 2013). *Dialnet.es*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es>
- Donaires, P. (s.f.). *Dialnet-Responsabilidad Penal De La Persona Juridica En El Derecho-5490744%20(2).pdf*.
- Fourey, M. (2016, 1 de mayo) Compliance Penal: Fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*. Recuperado de <http://eds.a.ebscohost.com.ezproxy.javeriana.edu.co:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=cf167a4b-aa08-45a3-9874-f7e3ef8d65a4%40sessionmgr4009&vid=4&hid=4110>
- González, P. (2012). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (Tesis doctoral). Universidad de Granada, Granada.
- González Sierra, P. (2012). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Tesis doctoral). Universidad de Granada, Granada.
- Gómez, A. (2014). *content.ebscohost.com*. Obtenido de content.ebscohost.com
- Herández, A. (julio de 2010). *scielo*. Obtenido de <http://www.scielo.cl/scielo.php>
- Jakobs, G. (1993). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlín/New York: Walter de Gruyter.
- Ley 20.393 . (02 de diciembre de 2009). Chile
- Ley 1393, de 12 de julio de 2010, *Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones*. En Diario Oficial 47768. Colombia.
- Ley 1474, de 12 de julio de 2011, *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. En Diario Oficial 48128. Colombia.
- Martínez, V.(2011). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Internauta de Práctica Jurídica, volumen (26)*, 61-78.
- Montes, C. (julio de 2013). Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *Monografía de grado*. Bogotá
- Mojica, G. (2010 de noviembre de 2010). *academicppanama.blogspot.it*. Obtenido de <http://academicppanama.blogspot.it>
-

- Mosconi, G. (2000). La crisis y la pena. En N. Agudelo (Ed.), *Sentido y contenidos del Sistema Penal en la Globalización* (pp. 163-193). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. LTDA.
- Nieto Martín, A. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010. *Scielo*, 5.
- Nieto, A. (s.f.). *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autoregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*. Obtenido de politicacriminal.com.
- Nieto, A. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. 1-36. Obtenido de http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/3%C2%AA%20Jornada/03.Panel%2012/P12_Nieto%20Adan%20-%20La%20responsabilidad%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas.pdf
- Nieto, A. (2008). *Politicacriminal.cl*. Obtenido de <http://www.politicacriminal.cl>
- Oecd.org*. (21 de noviembre de 1997). Obtenido de <https://www.oecd.org>
- derechoshumanos.net*. (1999). Obtenido de www.derechoshumanos.net
- Nieto, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- Paliero, C. E. (2013). *La sociedad penada: cómo, por qué y para qué*. Obtenido de <https://revistas.ucu.edu.uy>
- PEREZ, BUSTAMENTE & PONCE. (20 de febrero de 2015). *pbplaw.com*. Obtenido de <http://www.pbplaw.com/responsabilidad-penal-personas-juridicas-2/>
- Prias, J. C. (14 de diciembre de 2015). Monografía de grado. *La actividad de las personas jurídicas como fuente de responsabilidad penal*. Granada, España.
- Rae.es. (2017). Recuperado el 24 de noviembre de 2016, de <http://dle.rae.es>
- Silva, J.M. (2010). La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto. *Diario La Ley, volumen (7464)*, 9 de septiembre de 2010. p. 2
- Sentencia N°13 (Suprema Corte de Justicia, Sala de Casación Penal 17 de julio de 1996), República Dominicana.
- Sentencia N°17 (Suprema Corte de Justicia, Sala de Casación Penal 17 de julio de 1996), República Dominicana.
- Tiedemann, K. (1997). “*Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado*”, en VV.AA., *La reforma de la justicia penal: Estudios en homenaje al Prof. Karl Tiedemann*. Madrid: Castelló de la Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I.
- Velázquez, F. (2009). *Derecho Penal, parte general*. Bogotá: Comlibros y CIA LTDA. Zugaldía, J.M. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zugaldía, J.M., Marín de Espinosa, E.B, & Pérez, E. (2010). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Zugaldía, J. M. (2013). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
-

