

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:
¿VIABILIDAD DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
NACIONAL?**

ANDREA CAROLINA PINEDA AGUILAR

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2012

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:
¿VIABILIDAD DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
NACIONAL?**

ANDREA CAROLINA PINEDA AGUILAR

Trabajo de Grado para obtener el Título de Abogado

Director
LUIS SAID IDROBO GÓMEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2012

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”.

CONTENIDO

RESUMEN.....	13
INTRODUCCIÓN.....	14
1. CONTEXTO HISTORICO	18
2. LA EMPRESA: SUJETO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO	28
2.1. Persona jurídica y su incidencia en el ámbito económico.....	28
2.2. El derecho penal económico e importancia de la responsabilidad en esta materia.....	31
3. DERECHO COMPARADO	35
3.1. Derecho anglosajón	37
3.2. Unión Europea	39
3.3. Iberoamérica.....	43
4. PROPUESTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	49
4.1. Fundamentos teóricos para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y argumentos para rebatir dichas posiciones	50
4.1.1. Incapacidad de acción.....	50
4.1.2. Incapacidad de culpabilidad	55
4.1.3. Incapacidad de pena	64
4.2. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas	72

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿VIABILIDAD DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL?

RESUMEN

La complejidad de las relaciones económicas y productivas propias de las sociedades actuales, permite que la empresa cometa delitos que atentan contra el orden jurídico. Ante esta realidad, el principio “societas delinquere non potest” se ha ido desvaneciendo, provocando la reformulación de las teorías dogmáticas tradicionales. Así, el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su posible viabilidad en el ordenamiento colombiano se hace necesario, para determinar un escenario eficaz de lucha contra la criminalidad empresarial.

PALABRAS CLAVE

Persona jurídica; responsabilidad penal; criminalidad empresarial.

ABSTRACT

The complexity of economic and productive relationships proper of modern societies, allows the company to commit offenses against the legal order. Under this reality, the principle “societas delinquere non potest” has been faded, causing the reformulation of traditional dogmatic theories. That is why the study of legal person’s criminal liability and their potential viability in the Colombian legal system is necessary, in order to determine an effective scenario that fights against corporate crime.

KEY WORDS

Legal person; criminal liability; corporate crime

INTRODUCCIÓN

Considerado como uno de los mayores temas de polarización en el mundo jurídico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido una figura propuesta y discutida de forma reiterada a través de la historia. Desde el derecho primitivo, pasando por la Edad Media y hasta nuestros días, diversas ideas se han concebido en torno a su aplicación y viabilidad como forma de contrarrestar aquellas conductas que atentan contra la sociedad en general; pero sin duda alguna, en la actualidad, gracias al protagonismo de la esfera económica en la vida del ser humano, la globalización y el devenir del mundo de los negocios, existe aun mayor interés en su determinación como medida realmente efectiva. Es cierto que hoy la empresa se constituye como el principal ente infractor de las normas penales de orden económico, gracias a su compleja estructura que facilita la comisión de delitos de esta índole, mostrando la carencia de un esquema propicio para sancionar aquellas conductas cuyas consecuencias llevan a una latente necesidad de respuestas frente a la coyuntura nacional. Así, para la criminalidad de empresa, actuación ubicada en los llamados delitos económicos, dentro del ordenamiento de nuestro país se cuentan con sanciones de tipo civil y administrativo, pero no de tipo penal, las cuales son rechazadas de forma vehemente por quienes se oponen a la reformulación de la dogmática jurídico penal, argumentando la suficiencia de las sanciones dispuestas por el ordenamiento. Lo que es evidente es que la sanción administrativa, aplicada en forma general como multa, termina convirtiéndose en un riesgo más para el ente colectivo, con lo cual si el beneficio del delito reporta muchas más ganancias, el pago de una indemnización por ello será tan solo un costo menor el cual se estará dispuesto a asumir, comportando el incremento de conductas delictuales que, a pesar de estar prohibidas, son sumamente atractivas por el

lucro generado. Quedaría claro entonces que se requieren condenas eficaces, que no por ello dejen de lado su proporcionalidad y carácter disuasivo, lo cual en este ámbito correspondería al fin de la pena.

En concreto la cuestión ha sido reiniciada en los años setenta como un punto del derecho penal económico. En el derecho comparado, la aplicación del principio “societas delinquere non potest” se ha ido desvaneciendo, provocando que aun los países más reacios a la reformulación dogmática penal, de forma progresiva, hayan decidido adoptar la figura como una forma cierta de mitigar la criminalidad empresarial. Por otra parte, en el estudio doctrinal, se encuentran dilucidadas dos corrientes de pensamiento opuestas. Los radicales opositores estructuran su opinión en los fundamentos teóricos clásicos para negar este tipo de responsabilidad, pues teniendo claro que el derecho penal parte de juicios psicológicos del ser humano sobre la acción, la culpabilidad y la pena, al realizar un intento de encuadramiento en cada uno de estos pilares, falla la posibilidad de considerar al ente colectivo como sujeto de responsabilidad penal. En contraposición, quienes afirman la conveniencia en la aplicación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, desvirtúan cada una de las afirmaciones anteriormente descritas.

En cuanto al ámbito nacional, la Constitución Colombiana de 1991 estableció como modelo el Estado Social de Derecho, instituyendo una economía de mercado en la cual se estimula la actividad empresarial privada, pero siendo ésta limitada por la intervención estatal, la cual tiene como fin asegurar la protección del orden económico y social. Debido a la insuficiencia del derecho administrativo sancionatorio, el problema ya ha sido examinado y discutido en diversas esferas como la doctrinal y en especial la jurisprudencial, donde la Corte Constitucional declara la viabilidad de la

responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del ordenamiento, pero hace claridad en la necesidad de un cuerpo normativo que consagre de forma completa su contenido, labor específica del legislador que aun no se ha realizado. Así, es claro que tarde o temprano la realidad y las necesidades de prevención terminarán por exigir la redefinición del derecho penal, quebrantando su rigidez dogmática para así darle paso a esta posibilidad. Por ello, el objetivo principal de este trabajo monográfico es identificar la viabilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, haciendo uso de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, dando cuenta de los avances y tendencias desplegadas en la actualidad, para así contar con herramientas válidas que brinden la posibilidad de cuestionar y argumentar la viabilidad de una aplicación contundente y definitiva de esta figura dentro del ordenamiento jurídico nacional, así como su capacidad efectiva, para contrarrestar aquellas conductas económicas delictivas que se acrecientan y siguen en la impunidad aunque existan otros mecanismos de control.

Para tal efecto, el estudio se centrará en la definición de empresa como sujeto del derecho penal económico, las distintas orientaciones de los ordenamientos concretadas hacia esta figura, partiendo de la necesidad de dar respuesta a situaciones que ameritan su aplicación; el análisis de su aceptación o rechazo desde la dogmática jurídico-penal, y dentro del ámbito nacional, su evolución normativa, así como las medidas tomadas por el derecho administrativo sancionador para mitigar los efectos nocivos producidos por los delitos de estos entes, con el objetivo de demostrar sus deficiencias actuales y por consiguiente evaluando la posibilidad de estatuir este modelo dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Por estas razones, es necesario resolver en el transcurso de esta monografía el siguiente cuestionamiento: ¿es viable la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia?

1. CONTEXTO HISTORICO

Si bien el debate frente a la aplicación de esta figura es conocido actualmente, es menester indicar que, desde épocas muy antiguas, la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue un tema de trascendencia, hallando un lugar muy importante en el tratamiento de las sanciones a que se debían someter. Quizá, para muchos es innecesario el análisis histórico-dogmático del tema, argumentando que se puede partir directamente de la problemática actual que los diversos acontecimientos en el mundo económico denotan o la dogmática penal reciente trata; no obstante, se considera necesario dilucidar cómo para valorar la viabilidad de esta figura, imperioso es observar su desenvolvimiento desde tiempos remotos, donde la evolución social y la estructura de vida humana a través de los años, han generado diversas reacciones frente a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

A continuación un breve recuento de las distintas épocas más significativas de la historia, donde pequeños esbozos de esta figura ya se aclaraban, siendo más una respuesta práctica a los fenómenos sociales, que un tema propiamente dogmático.

Desde los primeros siglos, en el derecho primitivo, se evidenciaba como las hordas, clanes o familias, representando la vida en comunidad del ser humano, en su mayoría unidos por lazos de sangre, sufrían la penalidad colectiva a causa de las faltas de alguno de los miembros que las constituían, pues en aquella época se sancionaba la colectividad, antes que a los sujetos individualmente considerados.

QUINTILIANO SALDAÑA¹, evidencia como la responsabilidad no quedaba atada al autor de la infracción, sino que trascendía a sus parientes hasta cierto grado de consanguinidad, lo cual se traduce en una solidaridad criminal familiar. Así, se produce la venganza de sangre, cuya evolución es la ya conocida “ley del talión”.

Más adelante, legislaciones de suma importancia para la historia jurídica, como el Código de Hammurabi (siglo XXIII a.c), ilustra ciertos esbozos de responsabilidad colectiva, como el régimen de responsabilidad local, donde la ciudad en donde era cometido el delito era la encargada de restituir a la víctima aquello que había perdido².

En la Edad Antigua, observando lo ocurrido en Grecia, la responsabilidad penal se evidenciaba en situaciones de solidaridad penal del grupo familiar, local y nacional. Prueba de ello era que, en ciudades como Atenas, la infracción repercutía sobre todo el grupo familiar, por lo cual era permitido que reaccionara bajo la venganza de sangre³.

Ahora, si bien el Derecho Romano no instituía la figura de persona jurídica como tal, existían conjuntos de personas que tenían determinados derechos subjetivos⁴; de ahí que la suma de sus miembros constituían una corporación, unidad conformante del todo, distinta a los individuos singularmente considerados. La más importante de ellas fue el municipio, entendido como la ciudad de provincia, respecto del cual Ulpiano, en el Digesto, sostuvo la posibilidad del ejercicio de una acción en su contra, cuando el

¹ SALDAÑA, Quintiliano. Capacidad criminal de las personas sociales – doctrina y legislación. Madrid: Reus. 1927, citado por RUIZ SANCHEZ, Germán Leonardo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Cuadernos de derecho penal económico. Ibagué: Universidad de Ibagué. 2007. p. 66.

² RUIZ SÁNCHEZ, Germán Leonardo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Cuadernos de Derecho Penal Económico. Ibagué: Universidad de Ibagué. 2007. p. 68.

³ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ramón Eduardo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2006. p. 22.

⁴ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Buenos Aires: Hammurabi. 2001. p. 39.

perceptor de impuestos ha engañado a una persona enriqueciendo al mismo tiempo a la ciudad. A partir de esta fuente, la mayoría de romanistas sostuvieron la existencia de la capacidad delictiva de las corporaciones⁵.

Posteriormente, en la Edad Media, las corporaciones logran un papel más significativo, al ser titulares del poder político y económico, es por ello precisamente que en esta época se plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los glosadores, si bien no crearon una teoría de la persona jurídica propiamente dicha, basaron sus reflexiones en la idea de *universitas*, donde estas corporaciones, conformadas por la suma de sus miembros y su voluntad, tenían derechos propios y eran consideradas capaces de delinquir, exigiendo que el grupo hubiera obrado conjuntamente, con o sin observancia de las formas corporativas, para así dar lugar a un delito propio de la corporación⁶.

A partir de los Canonistas, se evidencia una verdadera teoría, influenciada por dos figuras, la primera, La Iglesia, piedra angular de sus reflexiones, cuyos derechos pertenecen a Dios, y no a sus fieles, y la segunda, las corporaciones, figura proveniente del Derecho Romano, cuya capacidad jurídica también aceptaban, siendo muy distintas de los *singuli*. Con ello, instauran una nueva idea de corporación específicamente eclesiástica, que rompe la vieja tradición de considerar solamente al ser humano como persona, para dar paso al concepto de persona jurídica, ser incorporal, con verdadera capacidad, basado en una ficción jurídica. Este momento histórico, desde el siglo XII, demuestra que la verdadera finalidad de esta elaboración doctrinal era evitar que el castigo a las ciudades o corporaciones que se revelaban contra el Papa o Emperador,

⁵ SAVIGNY, Von. System des heutigen Romischen Rechts. t. II. p.170, citado por BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Ibíd.*, p. 39.

⁶ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Ibíd.*, p. 43.

recayera sobre cada uno de sus miembros, sin importar su culpabilidad⁷. En consecuencia, las penas aceptadas por los canonistas eran de carácter pecuniario, o la limitación de ciertos derechos o privilegios de las corporaciones.

Como lo afirma JARAMILLO JARAMILLO “en lo tocante con las personas jurídicas, su aporte fue decisivo, puesto que esbozaron la teoría de la personalidad de las sociedades y paralelamente de la ficción, esta última de tanta vigencia en el derecho”⁸.

Subsiguientemente, aparecen los postglosadores, cuyas ideas se basan en las escuelas predecesoras, aceptando la idea de la universitas como persona ficta, y admitiendo la posibilidad de que la corporación fuera capaz de cometer delitos.

Su principal exponente, BARTOLUS DE SASSOFFERRATO (1314-1357), fundamenta su reflexión en la verdadera capacidad delictiva de las universitas con una fictio iuris⁹, partiendo de dos tipos de formas, unas proprie, que eran imputadas a la Corporación, tales como la no persecución de delitos, la omisión de acusación, delitos relacionados con funciones públicas o políticas del municipio, dentro del ámbito especial de deberes de ese ente ficticio. Las improprie, se referían a delitos improprios, es decir, aquellos que solo podían ser realizados por una persona, como representante, y por tanto podían ser atribuidos solo en la medida que la corporación hubiera impulsado a sus agentes a su comisión. Siendo así, en los delitos propios de la universitas, esta es autor y sus miembros serían coautores o instigadores, y en el caso de los delitos improprios, esta sería coautor o instigador, mientras que el autor sería su representante¹⁰.

⁷ *Ibíd.*, p. 45.

⁸ JARAMILLO JARAMILLO, José Ignacio. *El renacimiento de la cultura jurídica*. Bogotá: Temis.2004. p. 532.

⁹ VON GIERKE. *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. t. III. p. 364. Citado por BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Op. Cit., p. 48.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 49.

Por ello, en el primer caso, las corporaciones respondían por la acción punible; en el segundo, de los delitos impropios solo respondían las personas físicas causantes del daño. Se demuestra entonces como la equiparación de la persona jurídica a la persona física conlleva un traslado, dentro del marco de la ficción, de todas las cualidades con las que cuenta de manera natural el ser humano, lo cual plantea la posibilidad de hacer aplicables las mismas consecuencias jurídicas a los dos tipos de personas, aunque la primera tan solo sea una invención, surgiendo esta posibilidad como necesidad exclusivamente práctica de la vida estatal y eclesiástica de la época.

Tiempo después, si bien los postulados anteriormente descritos se mantuvieron inalterados hasta finales del siglo XVIII¹¹, luego de un corto periodo se produjo un cambio radical, manteniéndose en muchos ordenamientos, hasta la actualidad, la exclusión de la persona jurídica en el derecho penal.

Durante la Edad Moderna, se dio la ruptura de las concepciones anteriores, gracias a la pérdida de poder de las corporaciones. Las ideas del Iluminismo y del Derecho natural modifican las relaciones de poder y el individuo adquiere un lugar vital dentro del orden social. Así, aquella responsabilidad que no está basada en un hecho propio, sino en la pertenencia a una colectividad, es totalmente incompatible con las ideas de libertad, respeto y autodeterminación pregonadas. Queda claro como dos fuertes detractores, el absolutismo de los príncipes y el liberalismo de la Ilustración, gracias a las necesidades políticas del momento acabaron con esta figura; el primero, por eliminar el poder de todos aquellos que llegaran a ser competencia del poder de la monarquía absoluta, y el segundo, por creer que el único opresor de la libertad y responsable de las pocas limitaciones podía ser el Estado, con lo cual se observó la supresión de las

¹¹ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op. Cit., p. 52.

corporaciones. Así el campo de actuación de estas, quedo tan reducido, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue relegada, no siendo un postulado dogmatico sino una realidad eminentemente pragmática. A finales de esta época, luego del periodo de negación, vuelve la persona jurídica como protagonista en la realidad social, dado a que estos sujetos comenzaron a tener mayor participación en el tráfico jurídico-patrimonial, por lo cual el debate será sobre la esencia de la persona jurídica como tal¹².

Uno de los principales tratadistas, SAVIGNY, con su teoría de la ficción, más allá de retomar los viejos postulados romanos y del medioevo, que hasta ese tiempo tan solo habían surgido de la realidad practica, con este estudioso, toman un carácter filosófico – teórico que fundamenta el principio puramente individualista “todo Derecho existe por la libertad moral inherente a la persona individual”¹³. Gracias a esto, las únicas personas existentes en el mundo real son las físicas, lo cual da el carácter de ficción a las jurídicas, pues tan solo son una creación del legislador para dar respuesta al interés social. Por ello, solo sujeto de derecho es el hombre, único ser dotado de voluntad, y de manera consecuente es que se les niega la posibilidad de culpabilidad a las denominadas personas morales, ya que al ser un sujeto de derecho ficticio, aunque exprese por medio de sus representantes una voluntad que le es imputable como voluntad propia, no tiene una voluntad real en sentido ético¹⁴. Sucesivamente, a pesar de la rigidez de la máxima “societas delinquere non potest”, se da una paulatina flexibilización de esta, surgiendo postulados como los de GIERKE y su denominada teoría de la realidad, orgánica o de la

¹² GARCÍA CAVERO, Percy. La persona jurídica en el derecho penal. Lima: Grijley. 2008. p. 17

¹³ SAVIGNY, Von. System des heutigen Romischen Rechts. p.2, citado por BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op. Cit., p. 55.

¹⁴ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ibíd., p. 58.

personalidad real de la asociación, cuya fundamentación dogmática permitiría afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica, en contraposición a la doctrina dominante. Para GIERKE, en la realidad social se encuentran expresiones vitales pertenecientes tanto a los individuos como a las personas jurídicas que tienen idéntico significado social. De esta manera, pretende demostrar que las personas jurídicas tienen cuerpo y alma, es decir, que son personas en el sentido de SAVIGNY, pues al igual que en las personas físicas, se expresan por medio de sus órganos, lo cual permite considerarlas como organismos superiores dotados de capacidad de voluntad y por ende de acción. Este autor tuvo gran influencia en la discusión jurídico-penal, sobre todo en otros como LISZT¹⁵, HAFTER¹⁶ y BUSCH¹⁷, quienes a finales del siglo XIX y principios del XX, pretendieron ir en contra de la doctrina dominante del momento y argumentar la verdadera responsabilidad penal de los entes colectivos.

¹⁵ Franz von Liszt, desde sus primeros escritos se pronunció a favor de la conveniencia de la aplicación de esta figura. Para él, “quien puede concluir contratos, también los puede incumplir”, y por tanto también es posible que al ser la asociación titular de bienes jurídicos, estos se puedan ver disminuidos en virtud de la imposición de una pena. De esta forma son razones de utilidad y de seguridad las que fundamentan su aplicación. *Ibíd.*, p. 67

¹⁶ En su obra *Die Delikts-und Straffahigkeit Personenverbände*, Hafter afirma que la persona jurídica “es una configuración natural que responde al instinto de asociación del individuo y como tal es un ser viviente que tiene voluntad especial constituida por todas las voluntades individuales de los sujetos que la integran”. Es precisamente la existencia de esta voluntad especial, según Hafter, la mejor prueba de que es un ser existente, lo cual implica que es algo más allá de la suma de individuos. Por esto, cualquier persona (incluidas las jurídicas) con capacidad de acción y voluntad es capaz de delinquir. *Op.cit.*, p. 70.

¹⁷ Busch da un giro importante al presente tema, pues basa sus reflexiones no en el punto de partida del sujeto de derecho determinado por una concepción pre jurídica del sujeto, sino en el concepto de pena legitimado por la función preventiva de esta. Para este teórico, “la pena tiene la función principal de responder frente a hechos prohibidos por el ordenamiento jurídico. Dado que tales comportamientos frecuentemente son realizados para la consecución de intereses de una asociación, no sería contradictorio con la función de la pena, la aplicación de penas a la asociación”. Este autor es el primero que intenta dar solución a la responsabilidad penal de las personas jurídicas refiriéndose a las funciones de la pena. Por esto, la función principal de la pena en este caso debe estar orientada a la prevención general como único medio eficaz para prevenir de forma efectiva la comisión de delitos, en este caso, por parte de las asociaciones. *Ibíd.*, p. 85.

Por último, a través de la historia, es dable afirmar como este tema ha tenido una notable trascendencia, revelando cómo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido desde tiempos lejanos más una cuestión pragmática que respondió a los acontecimientos del momento. Es hasta finales de la Edad Moderna, donde verdaderos estudiosos dan su aporte teórico en el ámbito del derecho penal. De allí que un sin número de tratadistas, se haya sumergido en un constante debate dogmático que intenta defender o por el contrario rechazar esta figura dentro del ordenamiento jurídico de los diferentes países. Cabe entonces la posibilidad de cuestionar si es pertinente la necesidad de aplicación de esta figura, tomando en cuenta la realidad actual, como problemática que pide a gritos solución, o por el contrario, seguir en la rigidez de la dogmática jurídico-penal y la inviabilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Claro es que la criminalidad de empresa acrecienta en cifras inmensurables, dejando al descubierto como no se cuentan con medidas efectivas que lo contrarresten y el número elevado de víctimas que resultan de ello. Diversos Estados frente a esto han tenido un papel pasivo, desprotegiendo a las personas afectadas y conllevando a la impunidad el abuso de poder que estas corporaciones ostentan. Algunos ejemplos son prueba latente.

Dentro del ámbito internacional, en España, la compañía COLSA, dedicada a la fabricación de aceites domésticos, con la intención de reducir costos y garantizar así mayores ingresos, decidió combinar aceite de cocina con aceite de usos industriales, produciendo consecuencias fatales en la vida y la integridad personal de centenares de ciudadanos¹⁸.

¹⁸ RUIZ SANCHEZ, Germán Leonardo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p.63.

El desastre en la región de Bhopal en la India ocurrido el 3 de diciembre de 1984, al producirse una fuga de 42 toneladas de Isocianato de Melito en una fábrica de pesticidas de la Compañía estadounidense Unión Caribe, deja alrededor de 4.000 muertos en la primera semana tras el escape de tóxicos después del accidente, con un total de más de medio millón de personas afectadas¹⁹. Vale la pena aclarar que dicho suceso se dio por no tomar las medidas pertinentes en las tareas de la limpieza y de mantenimiento.

Así mismo, sucesos como el desastre de Exxon Valdez en 1989, donde se vertieron 38.500 toneladas de petróleo al mar, que contaminaron más de 800 kilómetros de la costa de Alaska²⁰, u otros de diversa índole, como las tan conocidas actividades fraudulentas de las empresas en el ámbito económico, son cuestiones preocupantes. De esta forma, se despierta la alarma social y conciencia de los gobiernos de los países más industrializados de todo el mundo y aun de aquellos que están en vía de desarrollo, sobre la carencia de medidas de seguridad que por lo menos contrarresten o como sería el ideal, castiguen de manera ejemplar a aquellas fábricas cuya producción pone en peligro bienes tan preciados como la vida.

A su vez, en el ámbito nacional, también es innegable la realidad delictiva, donde la colectivización de la vida económica y social pone al derecho penal frente a nuevos desafíos. Formas de criminalidad como los delitos empresariales, aquellos que atentan contra el consumidor, los que ponen en peligro el medio ambiente, organizaciones delictuales debidamente organizadas con personas jurídicas como fachadas, defalcas a la salud y al mismo Estado, etc., son algunos de los ejemplos que indican la imposibilidad real actual de disciplinar correctamente a las personas jurídicas con tan

¹⁹ APARICIO FLORIDO, José Antonio. La catástrofe química de Bhopal. [en línea]. <<http://www.proteccioncivil-andalucia.org/Documentos/Bhopal.htm>> [citado en mayo 20 de 2011]

²⁰ CEDRE. Exxon Valdez [en línea]<<http://www.cedre.fr/es/accidentes/exxon/exxon.php>> [citado en mayo 20 de 2011]

solo sanciones administrativas y civiles, que en términos de efectividad resultan ser una insuficiente respuesta a estas conductas negativas que vulneran permanentemente a la sociedad en general. Es indudable cómo el Estado, bajo la penalización de aquellas conductas provenientes de las personas jurídicas, debe mostrar la voluntad, interés y efectividad tendiente a satisfacer las necesidades y requerimientos sociales, políticos y económicos de la población, dando cuenta del poder que los asociados han depositado en él, para perseguir el ilícito y castigarlo como debe ser.

2. LA EMPRESA: SUJETO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

2.1. Persona jurídica y su incidencia en el ámbito económico

Para comenzar el estudio del tópico propuesto, es adecuada una descripción inicial del sujeto que a lo largo de este análisis será protagonista. Según el Código Civil nacional, se denomina persona jurídica a “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente...”²¹. Esta entidad, constituida por la organización de individuos y bienes que de ella hacen parte, conforme a la ley, tiene personalidad propia, y por tanto frente al ordenamiento jurídico son sujetos de derecho, protagónicos y activos dentro de la sociedad, en especial frente a la evolución capitalista de la actualidad.

En Colombia, la Corte Constitucional ha reconocido en sus diversos pronunciamientos, los variados derechos fundamentales que ostentan las personas jurídicas. Al respecto argumenta: *“hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto”*²².

²¹ Colombia. Congreso de la República. Código Civil. Art 633.

²² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-182 de 1998. M.P: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

Al tener una naturaleza propia, cumpliendo funciones específicas y contando con los derechos que la norma les reconoce²³, es imprescindible asegurar sus garantías constitucionales, que afirman su ejercicio y les da la posibilidad de acudir a los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra, ya sean de carácter público, privado, o mixto²⁴.

Las personas jurídicas cuyo propósito es generar riqueza, bien denominadas empresas, son el sujeto económico de mayor trascendencia, pues ello está vinculado a la idea cada vez más evidente de que la sociedad moderna se caracteriza, entre otros aspectos, por ser una sociedad de organizaciones²⁵. Adicionalmente, *es un sujeto de vital importancia, pues los beneficios que acarrea para el desarrollo y economías en crecimiento, en especial en países del tercer mundo, brindan competitividad y avance.* No cabe duda de que en la estructura empresarial, el desarrollo de actividades productivas va íntimamente ligado con la consecución de objetivos económicos, cuyo ánimo de lucro cobra valor a la hora de determinar si estos se encuentran conforme a la ley y no atentan contra los bienes jurídicos protegidos. Es aquí donde surgen dificultades, pues al ser fuentes de riesgo, ha de *reconocerse que la mayor parte de los delitos económicos, medioambientales, etc., se realizan en el seno de las corporaciones, siendo ilícitos favorecidos por las propias instituciones económicas, que gracias a su complejidad estructural, difícil modo de identificar claramente a los culpables y*

²³ Entre otros derechos fundamentales reconocidos están el debido proceso, igualdad, derecho a la administración de justicia, libertad de asociación, el derecho a la información, el habeas data, etc. *Ibíd.*

²⁴ En sentencia C- 360 de 1996, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, se reconoció que las personas jurídicas públicas son portadoras de los mismos derechos que las personas jurídicas privadas.

²⁵ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. *En*: Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico [en línea]. (Noviembre 2009). p. 1. <<http://www.ciidpe.com.ar/area1/imputacion%20de%20hechos%20delictivos.feijoosanchez.pdf>>[citado en mayo 25 de 2011]

estrategias hábiles de criminalidad quedan en la impunidad. En suma, es evidente como en el ámbito del derecho penal de la empresa existen grandes déficits, que dificultan el cumplimiento de las funciones preventivas del ordenamiento jurídico penal.

Con base en este tipo de ideas, en la doctrina se ha hecho común la referencia a una «irresponsabilidad penal organizada»²⁶. Dicha expresión demuestra como la clásica imputación jurídico-penal a la persona natural, de manera individualizada, encuentra serias dificultades ante lesiones de bienes jurídicos que tienen su origen en ciertas organizaciones que, no solo permiten una importante expansión e intercambio en materia de bienes y servicios, tecnología, etc., sino que generan cambios en la criminalidad y en la forma de atentar contra los objetos que pretenden proteger los diversos ordenamientos con el Derecho Penal²⁷.

Siendo así, no solo se habla de una sociedad moderna, sino de una criminalidad dentro de ella favorecida por esta condición, y que por supuesto no tiene como límites las fronteras estatales, sino que traspasa las barreras del espacio, generando efectos nocivos en diferentes naciones. Sin oscilaciones, queda evidenciado como este problema adquiere una gran importancia, dada la enorme dimensión social de las entidades mercantiles, el florecimiento del mercado y la actividad económica, lo que representa un riesgo inmensurable para los distintos intereses individuales o sociales involucrados en el normal funcionamiento de todo el sistema económico²⁸.

²⁶ *Ibíd.*, p. 6.

²⁷ CALDAS BOTERO. Luisa Fernanda. Globalización y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a las empresas. *En*: XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010. p.268.

²⁸ BATISTA GONZALEZ, María Paz. La responsabilidad penal de los órganos de la empresa. *En*: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo. Director. Madrid: Marcial Pons. 2005. p.145.

2.2. El derecho penal económico e importancia de la responsabilidad en esta materia

Al demostrar como la sociedad evoluciona a través del tiempo, y que las formas de criminalidad tradicionales cambian, en especial aquellas que se relacionan con el capital y las actividades financieras, comerciales e industriales, surge la necesidad de tipificar otras figuras delictivas, cuya complejidad abre las puertas al Derecho Penal Económico, entendido como la rama del derecho penal que se encarga del estudio de la delincuencia económica²⁹. Su fin político-criminal concreto es la prevención de la criminalidad económica, pues esta, entendida como “criminalidad de empresa”³⁰, afecta la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios³¹.

Por otra parte, el tratamiento jurídico-penal específico de esta ciencia tiene por objeto la protección del orden económico, entendido en dos sentidos³². En sentido estricto, se ocupa de proteger la intervención del Estado en la economía, ello teniendo claro el modelo económico aplicado por el país y la forma en que consecuentemente este puede regular las conductas. Por otra parte, se alude a un sentido amplio, cuando el orden económico protegido por las normas penales ya no hace referencia únicamente al modelo económico plasmado en la Constitución, sino que su custodia se amplía a todas

²⁹ BERNATE OCHOA, Francisco. El derecho penal económico cuestiones problemáticas. En: Cuadernos de Derecho Penal Económico. Ibagué: Universidad de Ibagué. 2007. p. 14.

³⁰ *Con el concepto de “criminalidad de empresa” se designa todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de la actuación para la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa.* BACIGALUPO, Silvina. Op.cit., p. 25.

³¹ PEREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo. Director. Madrid: Marcial Pons. 2005. p.23.

³² *Ibíd.* p. 33.

aquellas actividades de producción, distribución, oferta y demanda de bienes y servicios, siempre y cuando haya afectación patrimonial³³.

En el caso nacional, la Constitución Política de Colombia (1991), estableció como modelo el Estado Social de Derecho, pasando de un modelo económico liberal a una economía de mercado³⁴, donde si bien se reconoce el derecho a la propiedad privada, se le asigna una función social y ecológica a esta. Además, se estimula la actividad empresarial privada y, mediante el artículo 334³⁵, se instaura la intervención estatal en la economía.

En cuanto a las conductas punibles en esta materia, se denominan delitos económicos a aquellos comportamientos descritos en las leyes, que lesionan la confianza en el orden económico vigente, con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular, y por tanto ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico³⁶. Siendo así, el derecho penal económico se dedica al estudio de estas actuaciones contrarias a derecho y de las consecuencias jurídicas que se prevén para quienes incurran en ellas. El Código Penal de Colombia³⁷, incluye un capítulo donde se

³³ BAJO FERNANDEZ, Miguel. Concepto y contenido del derecho penal económico. En: Estudios de derecho penal económico. Caracas: Livrosca.2002. p.3.

³⁴ BERNATE OCHOA, Francisco. El derecho penal económico cuestiones problemáticas. Op. Cit. p.18.

³⁵ Colombia. Congreso de la República. Constitución Política. Art. 334: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

³⁶ GERSCOVICH, Carlos. Derecho económico, cambiario y penal. Buenos Aires: Lexis Nexis.2006. p. 290.

³⁷ Colombia. Congreso de la República. Ley 599 de 2000.

plasman los delitos contra el orden económico y social y otro distinto, donde se referencian aquellos que atentan contra el patrimonio económico. Lo anteriormente descrito denota la existencia tanto de mandatos constitucionales, como de disposiciones normativas dentro del ordenamiento jurídico colombiano que responden a la exigencia de protección penal de determinados intereses relacionados directamente con la vida económica.

Es necesaria la división de dos factores, o situaciones de estudio importantes dentro del ámbito que concierne a este estudio. Por un lado, existen los delitos económicos cometidos por la empresa, y por otro, aquellos ilícitos cometidos dentro de la empresa, contra ella misma, o sus miembros³⁸. Esta segunda acepción no presenta inconvenientes, pues estos comportamientos delictivos se someten a las reglas de imputación del derecho penal tradicional, castigando a aquellas personas generadoras del ilícito individualmente (trabajadores, administradores, directivos, representantes, etc.). Caso contrario es el primer supuesto, en el cual es la empresa como unidad organizada quien actúa vulnerando el ordenamiento, donde se presentan dificultades para determinar su imputación desde la esfera jurídico penal. Precisamente allí se centrará el objeto del presente análisis, pues cierto es que, el moderno derecho penal económico exige clarificación y unanimidad en la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, optando por una posición consciente de los desafíos que la delincuencia económica del siglo XXI plantea, ya que al considerar la empresa como la célula esencial en la estructura y desarrollo económico³⁹, cierta es la relación lógica creciente entre innovación y niveles de criminalidad, existiendo dificultad para

³⁸ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo. Director. Madrid: Marcial Pons. 2005. p.83.

³⁹ PEREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. Op.cit., p.20.

descubrir al autor del delito cuando se vislumbra que en la actualidad son organizaciones bien estructuradas, con pluralidad de sujetos, las que actúan con el fin de obtener provecho económico, a pesar de que ello implique la vulneración del orden jurídico.

Es tangible entonces como el derecho penal actual y específicamente el derecho penal económico, constituye un claro caso de influencia en los procesos de globalización; ello, en cuanto es la respuesta lógica de los ordenamientos a los novedosos atentados contra los bienes jurídicos que pretenden proteger, pues cierto es que la problemática se acrecienta, si se tiene en cuenta la relevancia que de tiempo acá ha adquirido la criminalidad de los entes colectivos. Así pues, resulta sorprendente cómo una ficción creada por el derecho como un ente ideal, debido a la evolución capitalista y a la importancia de la acumulación, puede llegar a cometer ilícitos. Por ello habrá que cuestionarse ¿por qué se insiste tanto en su capacidad delictiva y en la posibilidad de instituir responsabilidad penal en estos?

Al parecer, la idea de antaño de reforzar solo la lucha contra los delincuentes individuales para exceptuar a las agrupaciones de toda sanción penal ha fracasado desde hace tiempo⁴⁰. La misma realidad del mundo moderno y sus matices de avance, tecnología y globalización parecen dar una respuesta a este interrogante.

⁴⁰ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas [en línea]. (1996). p.12. < http://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf >[citado en julio 5 de 2011]

3. DERECHO COMPARADO

Fue ANSELM V. FEUERBACH, desde hace más de dos siglos, el autor del famoso axioma latino “societas delinquere non potest” (las personas jurídicas no pueden delinquir)⁴¹, tesis seguida por teóricos y legislaciones en todo el mundo. Argumento central para ello: no resulta posible hacer responder penalmente a una persona jurídica, pues no pueden predicarse dogmáticamente, para ella, la culpabilidad y la acción, categorías jurídicas montadas sobre el concepto de persona natural. Empero, con el paso del tiempo, ocurrió que en la mayoría de legislaciones extranjeras, de un tiempo para acá, se superó esta concepción, dándose la posibilidad de instaurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de los ordenamientos de cada estado o acudiendo a formas de política criminal eficaces, sin abandonar el principio como regla general.

Dentro de las referencias importantes en esta materia se encuentra el XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal de 1984 (Cairo- Egipto), donde se afirma que “la responsabilidad penal de las sociedades y otras personas jurídicas está reconocido en un número creciente de países, como una vía apropiada para controlar los delitos económicos y de la empresa. Los países que no reconocen tal clase de responsabilidad podrían considerar la posibilidad de imponer otras medidas contra entidades jurídicas”⁴².

También, la Recomendación N° R (88) 18 (20 de octubre de 1988) del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, proponiendo “la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la

⁴¹ FERRE OLIVE, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea. Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema”. Bogotá: Ibáñez. 2011. p. 729.

⁴² Ibíd. p. 728.

infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa, la consecuencia por la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan”⁴³. Esta recomendación toma como fundamento, entre otros, la dificultad que existe respecto de la identificación de personas físicas responsables de la infracción, teniendo en cuenta la estructura compleja de las empresas, así como el creciente número de infracciones penales cometidas en el ejercicio de sus actividades, y los perjuicios que se le causan a la sociedad en general.

En temas concretos como el medio ambiente, su constante vulneración y por ende la necesidad de una protección efectiva, en el XII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Hamburgo en 1979, se concluye que “como los ataques graves al ambiente son comúnmente cometidos por personas jurídicas y empresas privadas, debe admitirse la responsabilidad penal de estas o imponerles el respeto del ambiente mediante sanciones civiles o administrativas”.

De la misma forma, en el XV Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Rio de Janeiro en 1994, se recomendó a los estados establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas y de Derecho público frente a los ataques contra el ambiente natural⁴⁴. Como se puede observar, la idea de un consenso general frente a la aceptación de la delincuencia económica y sus alcances es de vieja data. La razón fundamental para que el tema pasara de una propuesta doctrinal a una realidad inminente, radicó en la evidencia de una compleja sociedad y el rol primordial de la empresa como sujeto de derecho dentro de ella, exigiendo la ejecución de respuestas efectivas a la problemática criminal.

⁴³ BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el derecho europeo. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo. Director. Madrid: Marcial Pons. 2005. p.83.

⁴⁴ CARO CORIA, Dino Carlos. La Responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano [en línea]. (Marzo 2002). p. 10.
<<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/L-h-Rivacoba-CCaro.pdf>> [citado en junio 22 de 2011]

De esta forma, se ve una marcada tendencia hacia la implementación de este tipo de responsabilidad en los distintos ordenamientos, pues si bien existían varias reservas para hacerlo, en especial por el choque con los principios y categorías dogmáticas del derecho penal tradicional, varios países de forma paulatina lo han logrado, generando la armonización de tendencias globales. A continuación, un breve recuento sobre el tratamiento de la responsabilidad penal empresarial dentro de las distintas culturas jurídicas.

3.1. Derecho anglosajón

En los países anglosajones donde rige el *common law*, es un hecho aceptado de manera uniforme que las personas jurídicas sean objeto de las sanciones previstas en los estatutos penales. Los conceptos pragmáticos y en definitiva utilitaristas no se ven restringidos por categorías dogmáticas, lo cual permite castigar a las empresas que causan daños y no cumplen con su rol dentro de la sociedad.

Desde principios del siglo pasado, se encuentra afianzada la idea según la cual existe conexión funcional entre los actos ilícitos de los empleados y la persona jurídica; por tanto, la corporación es responsable indirectamente por el delito cometido por la persona natural, siempre y cuando lo haga dentro del ámbito de la organización y para el beneficio de esta. Este tipo de responsabilidad ha sido denominada por la doctrina anglosajona “*vicarious liability*”. Aplicada principalmente por Estados Unidos, país con una tradición larga en la materia, cuya preocupación ha intensificado la lucha en contra del “*corporate crime*”⁴⁵, en el se sostiene que la estructura de las empresas

⁴⁵ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p.4.

(fundamentalmente las de mayor envergadura y organización), potencian los comportamientos individuales desviados, teniendo que ser perseguidas y sancionadas⁴⁶.

La misma Corte Suprema en 1909 (*New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481), explicó que las leyes penales no pueden ser eficaces sin la responsabilidad penal de las personal jurídicas. La persecución de estos crímenes, en su mayoría tocantes con el derecho penal económico, es agresiva y las consecuencias de una condena criminal para una empresa son severas. Por ello, los mismos entes asumen responsabilidades de auto organización y medidas de control interno.

De forma análoga, si bien esta teoría ha sido admitida ampliamente por los tribunales ingleses, la evolución más significativa en Reino Unido ha sido la de la doctrina judicial de la “identificación” (*doctrine of identification*), basada en el reconocimiento de que toda empresa funciona en la medida en que personas físicas actúen y controlen de forma directa las actividades de la misma. Así, todo hecho delictivo cometido por dichas personas, puede ser imputado como un hecho de la empresa⁴⁷.

En Australia, su código penal⁴⁸ (ítem 2.5), reconoce la identidad de la empresa más allá de sus empleados individuales. Por ello se establece que una persona jurídica es responsable por un delito de cualquier empleado de la misma, si permitió que el acto fuera desarrollado. Así, se afirma que la cultura corporativa en sí misma es la fuente de culpabilidad, eliminando el requisito de ceñir el delito a un individuo específico.

Con esta pequeña alusión se denota como países del “primer mundo”, con tradición de grupos empresariales fuertes, prevén en su ordenamiento sanciones que contrarrestan la

⁴⁶ FERRE OLIVE, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea. Derecho Penal Colombiano, Parte General. Óp. Cit. p.734.

⁴⁷ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit. p. 283.

⁴⁸ Australia. Criminal Code Act. March 13th, 1995.

criminalidad económica, permitiendo que la lucha contra la delincuencia proveniente de estos actores sea conforme a las necesidades sociales.

3.2. Unión Europea

Desde una perspectiva general, impresiona como las leyes penales de las distintas naciones que la conforman, han cambiado con gran velocidad, a pesar de la difundida tradición romano-germánica de varios países. Si bien, en un principio gracias a sus fundamentos dogmáticos de antaño no se permitía esta figura, se debió dar paso a tal aceptación, como reacción a los frecuentes ataques provocados por la criminalidad de las corporaciones a los distintos bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

Incluso el derecho comunitario recomienda a los estados miembros que incorporen este tipo de responsabilidad para prevenir, en especial, aquellos delitos económicos que atentan contra toda la Unión Europea y tienen grandes incidencias en ella.

Diversos documentos elaborados por el Consejo de Europa así lo demuestran: Resolución (77) 28 sobre la contribución del derecho penal a la protección del medio ambiente, Recomendación R (81) 12 sobre criminalidad de los negocios y Recomendación R (82) 15 sobre el papel del derecho penal de protección del consumidor⁴⁹. Es por esto que se afirma: “el principio de culpabilidad y la responsabilidad personal en el derecho penal y sancionatorio no aparecen, en la actualidad, como un impedimento decisivo para establecer la responsabilidad sancionatoria de personas jurídicas en el Derecho Comunitario”⁵⁰.

⁴⁹ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p.334.

⁵⁰ BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el derecho europeo. Op.cit. p. 79.

Países como Francia, simbolizan la tendencia de Europa Occidental hacia la aplicación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Si bien, por siglos fue seguido el principio “societas delinquere non potest”, diversos escándalos de actuaciones criminales empresariales despertaron la necesidad de tomar medidas al respecto y replantear la cuestión dentro del ordenamiento nacional. Así, desde la promulgación del nuevo Código Penal en 1992, se instaura la figura en su artículo 121-2. Según este, las personas jurídicas son punibles como autoras o partícipes tanto de una acción como de una omisión, siempre y cuando dicha punibilidad se encuentre recogida expresamente por la ley (principio de legalidad) y que el hecho haya sido realizado por un órgano o representante de la misma en su propio beneficio⁵¹. Las sanciones aplicables a estos sujetos de derecho, se encuentran contempladas en el artículo 131.39, previendo penas de multa, prohibición temporal o definitiva de realizar una determinada actividad empresarial, clausura, etc.

Holanda, uno de los primeros en Europa estableciendo esta figura, admite que la comisión de delitos se puede dar tanto por personas naturales, como por entes colectivos; el criterio para imputar responsabilidad penal a una persona jurídica, es que la acción se entienda dentro del contexto social como una acción propia de la empresa. Esto lo dispone el artículo 51 del Código Penal de 1976.

Suiza, en su artículo 102 del Código Penal, responsabiliza penalmente a las personas jurídicas (modelo vigente desde el año 2003)⁵². El criterio de imputación es la comisión del hecho delictivo por parte de un miembro suyo, dentro del marco propio de sus

⁵¹ En este sentido, también se encuentran sometidas al derecho penal francés, y por lo tanto son punibles de acuerdo con lo establecido en el art.121.2 del Código, las personas jurídicas extranjeras. BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit. p.279.

⁵² FERRE OLIVE, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea. Derecho Penal Colombiano, Parte General. Op. cit., p.740.

actividades y buscando ventajas para la empresa. A su vez, se les penaliza por su propio comportamiento omisivo en la toma de medidas pertinentes para la prevención de acciones delictivas (como la corrupción y el soborno) de sus empleados. Esto quiere decir que las medidas de autorregulación que deben tomar las corporaciones comprometen la armonía entre principios como la libertad empresarial y económica, y el de responsabilidad en la preservación de los valores sociales.

España, fue uno de los estados miembros que más oposición presentó a la aplicación de responsabilidad penal empresarial. Si bien se reconocía el gran impacto de la criminalidad económica, se buscó una solución alternativa, implementada por el Código Penal de 1995, en su artículo 129, denominada “consecuencias accesorias”.

Esta regulación con carácter general, destinada a las empresas, asociaciones y organizaciones, y con naturaleza jurídica propia e independiente (según algunos autores) de las penas y las medidas de seguridad, pretendía ser una reacción completa y eficaz frente al delito. Pero, dada su insuficiencia y fiel muestra de imposibilidad para mitigar los efectos de la criminalidad económica, y además, teniendo en cuenta las voces doctrinales que propugnaban por la implementación de la responsabilidad penal en este ámbito, estando a tono con la mayoría de países de la región, se da, luego de un amplio debate, el 22 de junio de 2010, la Ley Orgánica 5, que modificó el código penal español. Esta trascendental reforma contiene el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en determinados delitos (el catálogo de estos es bastante largo: cohecho, estafa, fraude fiscal, delitos contra el medio ambiente y la ordenación del territorio, blanqueo de capitales, etc.). Con ello, procura reprimir y prevenir la cada vez más frecuente criminalidad empresarial y motivará a que las empresas, con el fin de eludir la responsabilidad penal en la que podrían incurrir, adopten mecanismos internos

de prevención de aquellas conductas que puedan suponer consecuencias penales para la entidad⁵³.

En cuanto a la imputación se establece una doble vía. Junto a la responsabilidad por aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación⁵⁴. La responsabilidad de las personas jurídicas será independiente de aquella en la que puedan incurrir las personas naturales envueltas en la actuación delictiva. Se deja claro entonces que esta podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar a la persona física (por ello se suprime el actual apartado 2 del artículo 31). En el ámbito de las sanciones, se prevé la pena de multa como regla general, aunque el juez podrá ordenar la disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, etc., dependiendo del caso en particular y la gravedad de los hechos.

Con lo anterior, se vislumbra como hasta los ordenamientos más rígidos adoptan soluciones afines para combatir la criminalidad de empresa y su impacto general, superando las innumerables discusiones teóricas, para dar paso al tratamiento de mecanismos pragmáticos que hagan frente a la realidad inminente.

⁵³ HERNÁNDEZ, Jaime. La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas [en línea]. (8 de septiembre de 2010). <http://www.cincodias.com/articulo/economia/nueva-responsabilidad-penal-personas-juridicas/20100908cdscdseco_16/> [citado en julio 6 de 2011]

⁵⁴ España. **Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Preámbulo. Numeral VII.**

Razón le asiste a Tiedemann cuando afirma “la notable tendencia hacia una mayor uniformidad, notoria en la evolución de la política criminal y del pensamiento dogmático penal de estos últimos años, se dirige a la admisión, a veces restringida, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y no solo en tanto que persona moral. Esta tendencia se encuentra reforzada en ciertos espacios de unidad económica, tales como la unión europea. Las tentativas realizadas y los éxitos obtenidos en la armonización de los ordenamientos jurídicos de sus estados miembros han comenzado a invadir el ámbito del derecho penal de los negocios”⁵⁵.

3.3. Iberoamérica

Si bien los códigos iberoamericanos eran partidarios de la no responsabilidad penal de los entes colectivos, en los países de esta región se visualiza una amplia tendencia en los años más recientes hacia la aceptación de la figura y su incorporación mediante ley de los estados. En términos generales, podría afirmarse que esta tendencia se ve influenciada por dos fenómenos. Primero, el cumplimiento de las convenciones internacionales ratificadas, las cuales propenden en su mayoría por el alcance de formulas efectivas para contrarrestar los delitos de mayor comisión, en este caso los económicos, y su incidencia en los territorios. Segundo, ya que el tema ha estado bajo tela de juicio desde hace tanto tiempo, para armonizar con otros ordenamientos, también es iniciativa de algunos estados ante los constantes escándalos en los cuales se ven involucradas las personas jurídicas, implementar la responsabilidad penal de estas.

A continuación, la evidencia dentro de varios países de la región.

⁵⁵ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p. 2.

Chile, con la publicación de la Ley 20.393, del 2 de diciembre de 2009, instituye la responsabilidad penal para las personas jurídicas. Esta ley respondió a una de las recomendaciones establecidas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para el ingreso de este país como miembro pleno, pues sus miembros consideran que responsabilizar penalmente a los entes colectivos es el mejor medio de castigo por producir daño significativo a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad. Así, el mismo texto normativo dispone que “servirá como un verdadero aliciente para que éstas adopten medidas de autorregulación, logrando de esta forma armonizar los principios de libertad empresarial y económica, con el de responsabilidad en la preservación de los valores sociales y del orden público”⁵⁶.

Es importante tener en cuenta que aquí no se establece un sistema general de sanciones para las personas jurídicas, sino que, por el contrario, se contempla un número limitado de delitos, a saber: lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho a un funcionario público nacional e internacional. Por ello, el establecimiento de responsabilidad debe ser analizado de manera restrictiva⁵⁷, pues no se aplica para todos los actos punibles que estas puedan cometer.

Argentina, si bien fue siempre un estado con un marcado debate sobre la aplicación de esta figura y en definitiva se abstenía de implementarla, por las dificultades constitucionales que ello traía, en especial con el principio de culpabilidad, adoptaba el modelo de sanción administrativa. Recientemente, dio un cambio significativo en junio 21 de 2011, mediante la ley 26683 (modificatoria del Código Penal y de la Ley 25246

⁵⁶ Chile. Ley 20.393. 2 de diciembre de 2009 [en línea]. <<http://www.slideshare.net/abaytelman/historia-ley-20393-resp-penal-ps-jcas>> [citado en julio 6 de 2011]

⁵⁷ DELOITTE. Santiago [en línea]. (Diciembre de 2009). <http://oportunidades.deloitte.cl/marketing/AI/reu2/resp_penal_empresas.pdf> [citado en julio 6 de 2011].

de “encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo”). Su artículo 4, incorporó el título XIII “Delitos contra el orden económico y financiero”, y de esta manera, el nuevo artículo 304⁵⁸ del Código, dispone la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la enumeración de diversas sanciones y los parámetros para su graduación, pero solo aplicable de forma exclusiva en el delito de lavado. Llama la atención que, tratándose de una decisión político criminal trascendente y con recientes antecedentes de intento de tratamiento parlamentario de corte general (respecto de cualquier delito), se haya concretado en el modo acotado y casi oculto en que se lo hizo⁵⁹.

En Venezuela, la “Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada”⁶⁰, establece en su artículo 26 la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con exclusión del Estado y sus empresas. Estos sujetos “son responsables penalmente de los hechos punibles relacionados con la delincuencia organizada cometidos por cuenta de ellas, por sus

⁵⁸ Incorporado por el artículo 5° de la [Ley N° 26.683](#) B.O. 21/06/20. Este dispone:

ARTICULO 304. - Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.
2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

⁵⁹ RIQUERT, Marcelo Alfredo. Ley 26683: responsabilidad penal de personas jurídicas en el lavado de dinero. En: Cátedra Riquet [en línea]. (Junio 25 de 2011). <<http://catedrariquet.blogspot.com/2011/06/ley-26683-responsabilidad-penal-de.html>> [citado en julio 7 de 2011]

⁶⁰ Promulgada mediante Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Número 38.281. 27 de Septiembre de 2005.

órganos directivos o sus representantes. Cuando se trate de personas jurídicas del sistema bancario o financiero que intencionalmente legitimen capitales, el tribunal ordenará su intervención preservando siempre los derechos de los depositantes”⁶¹.

El juez competente impondrá en la sentencia definitiva, y las sanciones penales enumeradas en el artículo 27, de acuerdo a gravedad del hecho cometido.

En Bolivia, el 31 de marzo de 2010 fue promulgada la Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y tiene por objeto prevenir, investigar, procesar y sancionar actos de corrupción, así como recuperar el patrimonio afectado del Estado.

Por otro lado, en Perú, su Código Penal (decreto legislativo No. 635 de 1991), establece la responsabilidad de las personas jurídicas como consecuencia accesoria, dentro de la parte general del mismo, como en su momento fue en España, antes de la ley orgánica 5 de 2010. El artículo 105 (modificado en julio de 2007 por el Decreto Legislativo N° 982) establece medidas aplicables a las personas jurídicas, mediante el cumplimiento de ciertos presupuestos: que se haya cometido un delito, que la persona jurídica haya servido para la realización, encubrimiento o favorecimiento de este, y que se haya condenado penalmente al autor físico.

En Colombia, se puede afirmar que a pesar de ser un país en vía de desarrollo, se da el mismo fenómeno europeo, esto es, a pesar de la negativa tradicional de la posibilidad de aplicar la responsabilidad penal a las personas jurídicas, pues va en contravía de la dogmática jurídico-penal, se ha ido replanteando esta posibilidad, como producto de un proceso de globalización y encuadramiento dentro de las tendencias mundiales. Al

⁶¹ Venezuela. Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada. 27 de Septiembre de 2005). Capítulo VIII. Disposiciones Comunes. Artículo 26.

respecto, se hará referencia a esta figura dentro del ordenamiento jurídico nacional en un capítulo posterior.

Así pues, el panorama en esta región evidencia con claridad un avance en esta materia. En muchos países ya se cuenta con reformas legislativas, admitiendo siquiera incipientemente la posibilidad de imposición de sanciones penales en el marco de determinados delitos, y en otros por lo menos han existido iniciativas mediante la radicación de proyectos de ley que han estado a la orden del día dentro del trámite parlamentario, pues innegable es la relación lineal y directa entre el proceso de modernización y los niveles de criminalidad, y la preocupación mundial por mitigar los efectos de estos últimos.

Después de una breve exposición sobre el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado, es claro como en la actualidad, no se discute la necesidad político-criminal de introducir dicha figura, pues se es consciente de la necesaria reacción de las naciones al capitalismo que rige el mundo como modelo económico, y los altos niveles de criminalidad que esto conlleva. La cuestión radica en hacer compatible esta responsabilidad con los principios que rigen la imputación de los actos en el derecho penal, además de la dificultad de dar una única respuesta en relación a esta cuestión, dada la presencia de distintas culturas jurídicas, que pueden ser pragmático-permisivas, o por el contrario rígidas y difícilmente mutables.

En los países anglosajones, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una figura antiguamente implementada; por lo tanto, sirvió de ejemplo como mecanismo de efectividad para el resto de culturas jurídicas. En cuanto a los países europeos, aunque estos al principio rechazaron este tipo de responsabilidad, actualmente la han incorporado y desarrollado en sus propios sistemas penales. Y en Iberoamérica, existe

una amplia tendencia a someter a los entes colectivos a sanciones de tipo penal cuando se cometan ciertos delitos económicos.

Lo cierto es que la gran mayoría de naciones, a pesar de sus abstenciones históricas, han ido abriendo la posibilidad de implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de sus ordenamientos, así sea, por el momento, de forma limitada, ya que, ante el fenómeno creciente de la delincuencia empresarial, que afecta a la economía en general, resulta prioritario su contención.

4. PROPUESTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Considerando el gran número de problemas surgidos en el devenir social, en especial aquellos enmarcados en los delitos de derecho penal económico, en los que evidentemente las personas jurídicas se presentan como los sujetos activos de mayor participación, necesario se vuelve tratar el tema e intentar respuestas que mitiguen los efectos adversos causados por estas.

Así, desde la doctrina, diferentes estudiosos del derecho han expresado sus puntos de vista, elaborando propuestas a favor o en contra de la aplicación de esta figura y las consecuencias que ello acarrea dentro del ordenamiento jurídico de los diversos estados. Es dable afirmar que la discusión principal se centra en un número de temas específicos que suscitan diversos cuestionamientos, en especial, la compatibilidad con las categorías diseñadas para el sujeto individualmente considerado, a saber, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, aspectos relevantes que, aun generan reticencias al momento de una aceptación unánime en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por ello, resulta conveniente elaborar una panorámica general del estado del arte en esta materia, dando cuenta de los posicionamientos al respecto y las propuestas de cambio frente a las teorías dogmáticas tradicionales.

4.1. Fundamentos teóricos para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y argumentos para rebatir dichas posiciones

4.1.1. Incapacidad de acción

Para comenzar, es pertinente admitir que las teorías ontológicas construyeron el delito a partir del concepto de acción, el cual cumple la función de piedra angular⁶², pues fundamenta las categorías de tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad.

Su máximo exponente, ENGISCH, argumentaba la incapacidad natural de acción de las personas jurídicas, ya que todas las acciones relacionadas con estas, son realizadas por personas físicas que en su calidad de miembros integran los órganos de las mismas. Para éste, una cuestión diferente sería diferenciar la acción, en su sentido natural, de la imputación de la misma como “figura jurídica”⁶³.

KANT, afirmaba que “solo un ser razonable tiene la capacidad de actuar según la representación de una ley o de principios, o sea, voluntad”⁶⁴.

Partiendo de una noción de pena desde el ámbito de la retribución, afirma que esta se aplica no porque el agente quiera la pena, sino por el contrario, porque quiso la acción punible. En igual sentido, las elaboraciones de Schmitt, niegan la existencia misma de toda capacidad natural de acción por parte de la persona jurídica.

⁶² BERNATE OCHOA, Francisco. El derecho penal económico cuestiones problemáticas. Op. Cit. p. 31.

⁶³ ENGISCH, Karl. *Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person Gesetzlich Vorzuhen?* Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentag, t.1, E.23, citado por BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi. 2001. p. 129.

⁶⁴ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphyk der Sitten*. 2 ed. 1786. p. 56, citado por BACIGALUPO, Enrique. *Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas Jurídicas*. En: *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons. 2005. p.47.

En tiempos menos lejanos, GRACIA MARTIN, parte de un único concepto válido y verdadero de acción, para el cual “es un comportamiento humano voluntario o ejercicio de la voluntad en sentido psicológico”⁶⁵.

El mismo WELZEL afirmaba: “solo aquel suceso que depende de la acción de un sujeto realizada con sentido, es posible ser imputado a la culpabilidad de tal sujeto. Todo aquello que sea meramente causal pero no reconducible a una relación de sentido teleológica de la intencionalidad se debe excluir de entrada de toda posible valoración jurídico-penal”⁶⁶. Así, concluye “que solo puede hacerse culpable al individuo dotado con una voluntad, no una asociación o cualquier otra persona colectiva”⁶⁷.

De esta forma, si se parte de un concepto netamente psicológico, la persona jurídica no es capaz de acción, dada su naturaleza. Por ende, no es posible hacer una adecuación correcta dentro del tipo penal, debido a la ausencia de conocimiento y voluntad, presentes en la psique humana y que evidentemente, en un sujeto emanado de la ficción jurídica, no existe.

Posteriormente, gracias a la importancia de los entes colectivos dentro del tráfico jurídico, con sus derechos y obligaciones propios, su rol social y su evidente generación de consecuencias, diversos estudiosos del tema se han pronunciado, reconociendo su indudable capacidad de acción, y siendo la cuestión que probablemente dentro de las categorías dogmáticas, ha tenido más fácil solución y aceptación. Se nota entonces, como ciertos autores pretenden redefinir el concepto de acción, para de esta forma, abarcar de manera indistinta tanto a personas naturales como jurídicas, y que la

⁶⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. p. 597, citado por BACIGALUPO, Silvina. Op.cit., p. 147.

⁶⁶ WELZEL. “Kausalität und Handlung”. p.14, citado por BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Ibid.*, p. 115.

⁶⁷ WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Chile: Ediciones jurídicas del sur, 1980. p. 198.

distinción no resulte excluyente. Su principal exponente, JAKOBS, dentro de la corriente del funcionalismo, entiende que no se trata solo de imputar una acción a un sujeto, sino que el concepto de acción define a su vez al sujeto; por ello, define la acción como la evitabilidad individual de la producción de un resultado⁶⁸.

Con esto, desde una perspectiva normativa, no es necesario que el sujeto de imputación tenga que estar compuesto obligatoriamente por el aspecto psíquico y físico, sino que puede estar determinado por estatutos y órganos, para lo cual justifica que la persona jurídica también es sujeto de derecho, y por ende tiene capacidad de acción. Las acciones del órgano de una persona jurídica llevadas a cabo de acuerdo a las competencias que le confiere el estatuto son acciones propias de la misma⁶⁹. Coherente con la normativización que promueve en su sistema, para este autor el concepto de acción no puede resolverse desde un punto de vista naturalístico, sino normativo: “más bien, lo importante es la determinación valorativa del sujeto de imputación, es decir, qué sistema psicosomático se trata de juzgar por sus efectos exteriores”⁷⁰. El punto de partida de JAKOBS no es la acción en si concebida desde el ámbito naturalístico, sino por el contrario, sujetos de responsabilidad o sistemas, con capacidad de originar resultados.

Por otro lado, autores como TIEDEMANN, proponen la creación de un concepto de acción aplicable de modo exclusivo al ente colectivo, sosteniendo que la acción de los

⁶⁸ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Buenos Aires: Hammurabi. 2001. p. 151.

⁶⁹ JAKOBS, Günther. Derecho penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 183.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 183.

órganos de éste, constituye en verdad una acción propia del mismo. Esta perspectiva se encuentra plasmada en textos legislativos como el Código Penal Francés.

Otro direccionamiento al respecto, apunta a restar valor a una construcción dogmática del concepto de acción, y desde una perspectiva más pragmática y sencilla, considera que si a la persona jurídica se le otorga capacidad plena dentro del ordenamiento, esta, al igual que la física, puede ser sujeto de imputación. En otras palabras, si son destinatarias de la norma, así mismo pueden actuar y omitir de manera relevante para el derecho penal.

Según LISZT, si las personas jurídicas son destinatarias de deberes legales, no solo tienen capacidad de cumplirlos, sino también de transgredirlos.

ROTBURG, deja claro que aunque la acción del ente se lleva a cabo por personas naturales que actúan en calidad de órgano o representante legal, la imputación de la acción debe hacerse sobre la persona jurídica. Sus argumentos no difieren mucho de aquellos fundamentados por Gierke, y su teoría de la personalidad real de la asociación.

HIRSCH, sostiene que las acciones de los órganos o representantes de las personas jurídicas constituyen las acciones propias de las mismas. Se trata de una forma de acción determinada por la propia estructura de la corporación que, por otro lado, constituye una realidad innegable⁷¹.

Para ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “lo importante no es la acción penalmente relevante, sino la dañosidad social evitable, el resultado que viene a ser la plasmación del riesgo desaprobado por el ordenamiento (suceso evitable que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos)⁷². Resulta viable entender que la persona jurídica puede –al igual que la

⁷¹ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Ibíd.* p. 154.

⁷² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2001.p. 228, citado por CARO CORIA, Dino Carlos. *Op.cit.*, p.13.

persona física- ser centro de expectativas normativas⁷³, por lo que también las puede incumplir, y por tanto, el concepto de acción deja de ser un obstáculo para argumentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En definitiva, la ausencia de una voluntad psicológica y la imposibilidad de actuar por sí misma, imponían a la persona jurídica el rótulo de incapacidad de acción por parte de la doctrina, negando la posibilidad de reunir los presupuestos dogmáticos necesarios para afirmar la existencia de un hecho punible que imputársele. Aun así, frente a las nuevas realidades, gran parte de los teóricos mantiene lo contrario. Es únicamente un dogma la afirmación que dice que, en el derecho penal, las acciones son solamente acciones humanas. La acción de una empresa, también es acción en la realidad jurídica⁷⁴.

De esta manera, ya es un hecho plenamente aceptado que las personas jurídicas si tienen capacidad de acción, solo que dicha categoría, para ser aplicada, se constituye a partir de fundamentos funcionalistas, visiblemente apartados de aquellos defendidos por sus detractores. La acción penalmente relevante la constituye la acción realizada por el órgano de la persona jurídica, en el marco de sus competencias, y por lo tanto, ostentando la representación de la misma⁷⁵. Por ello es que el actuar del órgano vincula al ente, debiendo serle imputado como acción propia del mismo⁷⁶.

⁷³ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? En: “El funcionalismo en el derecho penal”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 342.

⁷⁴ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p. 9.

⁷⁵ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Curso de derecho penal económico. Op.cit., p. 92.

⁷⁶ JAKOBS concluye en su tratado que “las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica”. JAKOBS, op. cit., p. 183.

4.1.2. Incapacidad de culpabilidad

Evidente es que el principio de culpabilidad representa un fundamento vital e irrenunciable dentro del derecho penal. Este, que exige valorar el aspecto subjetivo del hecho punible y por tanto, proscribire la responsabilidad objetiva, se erige como el principal obstáculo para hacer compatible a la persona jurídica dentro de la responsabilidad criminal. Por ello, la mayor parte de la discusión siempre se centró en esta dificultad y los esfuerzos por superar este dilema han conducido a diversas respuestas.

Según la teoría normativa de la culpabilidad, lo esencial para determinarla es el juicio valorativo sobre si el fracaso del autor se debe al proceso de conocimiento de un hecho (carencia en la necesaria previsión del injusto), o si se trata de un error en el proceso de motivación del autor (fracaso en la formación de la voluntad)⁷⁷.

Para WELZEL, la culpabilidad constituye el “reproche personal al autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica, aun cuando podía omitirla”⁷⁸.

Así, su objeto de reproche se dirige, en primer lugar, contra la voluntad, pues esta es la que hubiese permitido al autor conducir su comportamiento de acuerdo a la norma, y, en segundo lugar, contra la acción en su conjunto. Siendo así, es evidente que el concepto normativo de culpabilidad, como un juicio de reproche al autor por no haberse comportado conforme a derecho, no es aplicable a un sujeto sin capacidades emocionales. Este es el razonamiento realizado por la mayoría de opositores a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, si se opta por sancionar tanto a la persona jurídica como a los miembros del órgano, se estaría incurriendo en una

⁷⁷ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op. cit., p.131.

⁷⁸ WELZEL, op. cit., p. 197.

violación del *non bis in ídem*, dado que dos personas distintas terminarían sancionadas por una misma acción antijurídica y la misma decisión culpable⁷⁹.

En contra de los fundamentos para negar la incapacidad de culpabilidad, diversos autores han expresado la poca satisfactoria constatación anterior, lo cual ha generado nuevas posiciones doctrinales, que estudian de qué modo y bajo qué condiciones cabe conciliar la intervención penal en los entes colectivos.

Para teóricos como WEBER, esta idea es producto de un razonamiento meramente psicológico de la culpabilidad, existiendo divergencias al admitir un concepto nuevo que si podría ser compatible con la punibilidad de las personas jurídicas.

De ahí que, en aras de argumentar la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, se estructuren dos grandes líneas de pensamiento. La primera es aquella en donde se agrupan las ideas de preservar sin modificación alguna el concepto de culpabilidad (en su concepción original), y por tanto, es necesario elaborar uno nuevo, perfectamente amoldado a la naturaleza de la empresa. En la segunda, se congregan las ideas de reconstrucción del concepto de culpabilidad, partiendo de diversas metodologías para alterar el contenido arraigado desde hace mucho tiempo, y hacerlo aplicable al tema que concierne.

Dentro del primer enfoque, se destacan autores como SCHUNEMANN. Este teórico, al evidenciar la imposibilidad de vincular el principio de culpabilidad (tradicional) con la persona jurídica, plantea como alternativa la renuncia a dicho principio, ello, sin atentar contra un derecho penal respetuoso del Estado de Derecho. Así pues, propone un nuevo principio de legitimación, atribuyendo responsabilidad penal a las personas jurídicas,

⁷⁹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. ¿Culpabilidad y punición de las personas jurídicas? En: El funcionalismo en el derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. p.354.

sobre la idea de un “estado de necesidad del bien jurídico”⁸⁰, poniendo énfasis en la necesidad de prevención en el marco de una empresa que no puede demostrar la autoría de un determinado individuo, y que el mismo fallo de la organización lo ha facilitado. En distintos términos, esto sería una situación similar al estado de necesidad por la debilitación de la eficiencia preventiva en el ámbito de la criminalidad de la empresa⁸¹. Para él, los presupuestos de aplicación de una sanción penal deben ser: la existencia de una verdadera situación de necesidad, su idoneidad y su proporcionalidad, pues excluir la culpabilidad como presupuesto de una pena, claramente quiebra por completo el sistema jurídico-penal.

Otro importante autor que propende por la imposibilidad de renunciar al principio de culpabilidad, creando un concepto propio para la persona jurídica, es KLAUS TIEDEMANN. Partiendo del estudio de la regulación alemana de las sanciones administrativas aplicables a las personas jurídicas, hace la estructuración de la culpabilidad específica en estos entes, sobre la base del “defecto de organización”.

Si bien para este autor no hay dificultades para admitir que las personas jurídicas si tienen capacidad de acción, la cuestión problemática se encuentra en adecuarla con la categoría dogmática de culpabilidad tradicionalmente concebida. Por ello, la alternativa de mayor viabilidad es proponer un entendimiento específico de culpabilidad para los entes colectivos. Este concepto, a su juicio, se basa en el descubrimiento de un defecto de organización, bien sea por *carencia de mecanismos de control institucionales* u *omisión de sus órganos*, dándose la infracción del ordenamiento. Una vez ocurrido el

⁸⁰ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Curso de derecho penal económico. Op.cit., p.93.

⁸¹ SCHUNEMANN. Unternehmenskriminalitat und Strafrecht. p. 237, citado por BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op. Cit. p.162.

delito, es suficiente comprobar este defecto para imputar responsabilidad penal, independientemente de la culpabilidad de los autores físicos. El fundamento último de este concepto sería el mismo sobre el que se basa la punibilidad en los casos de la *actio libera in causa*⁸². Esto demuestra su firme posición, en la cual pone de presente que si las personas jurídicas son destinatarias de normas de conducta, se les puede exigir una organización que cuente con medidas de control y vigilancia oportunas, para evitar la criminalidad económica, y si precisamente esto no se hace, la omisión es la que justifica el reproche.

En este mismo sentido, merece atención la elaboración de GÜNTHER HEINE. Para este dogmático, es indudable la necesidad de construcción de supuestos de imputación específicos para las personas jurídicas. Por ello, si en las personas físicas la autoría se rige por el dominio del hecho, en el caso de las personas jurídicas, este concepto debería ser sustituido por el “dominio de organización sistémico-funcional”, que obliga a la entidad a anticiparse a los riesgos inherentes a su funcionamiento y a prevenirlos mediante la adopción de medidas horizontales y verticales de aseguramiento⁸³. Esto hace referencia a la exigencia de un nivel de seguridad específico dependiendo de la actividad empresarial, deberes de inspección internos, respeto por la calidad de la producción, etc. Para HEINE, la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser excepcional y suscitarse exclusivamente en casos de producción de determinadas

⁸² BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Curso de derecho penal económico. Op.cit., p.93.

⁸³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Una ‘nueva’ línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas. En: La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio. A.Messuti, J. A. Sampedro Arrubla (Comps) [en línea]. Buenos Aires. (2001). p.65-80. <http://www.ehu.es/p200-content/es/contenidos/informacion/ivcke_i_jose_luis_delacuesta/es_joseluis/adjuntos/05DP_Personas_jur_dicas_Messuti.pdf [citado en julio 15 de 2011]

perturbaciones sociales graves. Por esto, la culpabilidad imputable al ente es la “culpabilidad por la dirección de la empresa”⁸⁴.

Existe otro modelo, planteado por HIRSCH, en virtud del cual se determina la atribución de culpabilidad a las personas jurídicas, teniendo en cuenta que poseen voluntad propia para disponer libremente de sí mismas. En otras palabras, no se habla de la suma de personas individuales, o culpabilidad colectiva, sino de una propia, siendo estas dos consideradas por separado. Para él, se requiere una acción ejecutada por un órgano o representante y esta debe tener una relación funcional con la actividad empresarial, lo cual descarta cualquier otro tipo de acción.

En definitiva, la acción del órgano es el hecho de conexión para la imputación penal de la empresa⁸⁵. Debe mencionarse que frente a esta propuesta, autores como ROXIN opinan que es un modelo de simple imputación, donde se terminaría hablando de una responsabilidad solidaria de la persona jurídica con el órgano, obviando el problema central de la culpabilidad.

A su vez, quienes basan su teoría en la autorregulación, se ven atacados por críticas fundadas en que no es función del derecho penal motivar a las empresas para que desarrollen correctamente sus actividades y colaboren con el Estado, pues se estaría entrando en el ámbito del derecho administrativo, o constituyendo en sí una “administrativización del derecho penal”⁸⁶, presentándose la invasión de sus competencias. El contra argumento a ello es que si bien es cierto que esta función no pertenece propiamente al Derecho Penal, se debe considerar este aspecto como un

⁸⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal [en línea]. Salamanca: Universidad de Castilla- La Mancha.(2001). p. 986. <http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/personas%20juridicas.%20consecuencias%20accesorias%20y%20responsabilidad%20penal.pdf>[citado en julio 15 de 2011]

⁸⁵ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Óp. cit. p. 134.

⁸⁶ CALDAS BOTERO, Luisa Fernanda. Globalización y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a las empresas. Óp. Cit. p. 288.

ámbito nuevo a tratar, ya que las actuaciones propias de las personas jurídicas desarrolladas dentro de la esfera económica, requieren un replanteamiento claro y más amplio de las funciones estatales.

Dentro del segundo enfoque, se reconoce que no es posible seguir bajo un concepto de culpabilidad únicamente concebido a partir del individuo, por tanto, este debe ser integrado por ideas de la teoría de la pena. En consecuencia, surge la importante corriente del funcionalismo jurídico, en donde grandes exponentes explican sus teorías de acuerdo a la redefinición del concepto de culpabilidad, pues existe un gran afán por vincular este principio con aspectos de prevención, lo que evidencia como las cuestiones de política criminal no son algo indiferente, sino que precisamente lo fundamentan. También, se ve la necesidad de excluir del concepto de culpabilidad el reproche que lo fundamenta y que por tanto exige al sujeto que haya podido comportarse de otra manera, pues se trata de una cuestión difícilmente comprobable en forma empírica y, por otro lado, porque siempre que se trata de determinar la existencia de culpabilidad, se opera con la hipótesis de cómo se hubiese comportado otro en el lugar del sujeto, con lo cual se está realizando una delimitación normativa de la responsabilidad penal⁸⁷.

Dos líneas específicas lo componen. La primera, formulada por ROXIN y la prevención especial, y la otra, por JAKOBS y su prevención general positiva.

Desde 1970, ROXIN expresa el afán de replantear las premisas metodológicas del sistema de la dogmática penal hasta el momento concebidas; para él, la responsabilidad depende en última instancia de dos hechos: la culpabilidad del autor, y la necesidad

⁸⁷ ROXIN, Claus. ‘Schuld’ und ‘Verantwortlichkeit’ als strafrechtliche Systemkategorien. p. 175, Citado por BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p.197.

preventiva de un castigo penal, que se extrae del texto legal⁸⁸. Esta categoría tiene su principal objetivo en eliminar el problema de la libertad de voluntad, pues habrá culpabilidad en un autor, cuando en el momento del hecho este disponía, según su constitución psíquica, de la posibilidad de comprender la norma. Es por esto que no se trata de demostrar si el autor hubiese podido actuar de forma distinta, pues es difícil saberlo, sino solo de acuerdo con las capacidades “motrices intactas” y de acuerdo a la “receptividad normativa” de este. Simplemente sería una regla de comportamiento social, que en nada se relaciona con la problemática jurídica que suscita la libertad de voluntad del concepto de culpabilidad tradicional. Siendo así, la función que debe cumplir en la actualidad el principio de culpabilidad es delimitar la extensión de la pena y constituye, por lo tanto, un aspecto de la responsabilidad penal⁸⁹.

Para ciertos autores⁹⁰, si bien el replanteamiento de ROXIN da lugar a un nuevo sistema de la responsabilidad penal en el que es necesario incluir factores político criminales⁹¹, este no permite dar una perspectiva diferente a la cuestión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues mantiene como punto de partida la idea del sujeto individual, y por ello, la necesidad de operar sobre la resocialización del mismo mediante la aplicación de la pena.

La segunda forma, cuyo principal expositor es JAKOBS, plantea un concepto distinto de culpabilidad basado en criterios de prevención, pero diferente al previamente

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 200.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 202.

⁹⁰ Silvina Bacigalupo y Enrique Bacigalupo, respectivamente.

⁹¹ Pone de manifiesto ROXIN que es “preciso superar las barreras existentes entre el derecho penal y la política criminal; y la forma de superarlas no es otra que la orientación del sistema del derecho penal a las valoraciones de la política criminal”. SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009. P. 110.

expuesto. Para el profesor alemán, este concepto debe tener características funcionales, es decir, debe estar elaborado en función de la tarea social que le incumbe al derecho penal⁹².

Justamente, la culpabilidad, como fundamento para la aplicación de una pena, se refleja en la necesidad de reafirmar la vinculación del derecho frente al ciudadano fiel a la norma, por lo cual este principio debe fundamentarse a partir de la prevención general y así mismo, medirse a partir de ella. A renglón seguido, resalta que la función del derecho penal no debe verse reflejada en la evitación de la lesión de bienes jurídicos, sino en la realización de la vigencia o reconocimiento de la norma. El fin del derecho penal es el mantenimiento de la vigencia de la norma como modelo de orientación del contrato social⁹³.

Como se evidencia, se trata de un modelo de *ius puniendi* de prevención general positiva a través del reconocimiento de la norma. General será por dirigirse a la producción de efectos sobre todos los sujetos, y positiva, pues su efecto no será la intimidación para persuadir al sujeto, sino la confianza que se transmite a la sociedad, reafirmando la vigencia de la norma vulnerada mediante la imposición de la pena.

Así mismo, explica cómo la teoría de la culpabilidad no solo puede estar basada en los fundamentos de los fines de la pena, sino que el contenido de este concepto debe determinarse a partir de la configuración de la sociedad. En este contexto, se le daría al principio de culpabilidad una función totalmente distinta a la reconocida hasta el momento y por tanto, pasaría a ser la demostración de la falta de fidelidad al derecho

⁹² JAKOBS, op. cit., p. 584.

⁹³ *Ibíd.*, pp. 13-14.

por parte del autor⁹⁴. Bajo este criterio, no se puede enjuiciar a un solo sujeto, sino a una persona, hasta la más general que se pueda imaginar, cuyo rol consista en respetar el derecho, exaltando como la teoría de la acción y de la culpabilidad son en realidad una teoría sobre el sujeto⁹⁵. Es por ello que el contenido de las categorías dogmáticas dependerá de la idea de sujeto que se adopte.

JAKOBS se basa en una idea de sociedad que no toma como punto de referencia la conciencia individual del ser humano, es decir, que no es un sistema compuesto por sujetos, sino un sistema donde la comunicación es el componente básico, y por tanto, los conceptos de la teoría del delito necesitan una reelaboración inmediata.

El máximo aporte realizado por este autor para el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se encuentra en la constatación de que el individuo no es el único sujeto posible del derecho penal⁹⁶. Es por esto que la persona jurídica también puede ser entendida como sujeto de esta rama del derecho, y sus características determinantes son su estatuto y sus órganos.

Si bien, no establece los requisitos particulares para este tipo de responsabilidad, la repercusión de su pensamiento sobre este tema específico sienta un gran precedente y constituye un punto de partida importante en la reelaboración de la problemática actual.

Lo cierto es que a partir de varias de las contribuciones anteriormente descritas, diversas legislaciones han basado sus fundamentos para la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dejando atrás el concepto estático y rígido de culpabilidad,

⁹⁴ BACIGALUPO, Silvina, op. cit, p. 211.

⁹⁵ Ibid., p. 95.

⁹⁶ JAKOBS, op. cit., p. 183.

para dar cabida a uno nuevo, o en su defecto modificado, cuya compatibilidad haga posible la criminalización del ente colectivo.

El sujeto del derecho penal es aquel que sea competente y no necesariamente el sujeto que realizó la acción⁹⁷.

4.1.3. Incapacidad de pena

En tercer lugar, íntimamente relacionado con la culpabilidad, se encuentra el problema de determinar si el sentido y la función de la pena, son compatibles con la persona jurídica.

Las teorías de la pena, desarrolladas desde fines del siglo XVIII, establecen una relación indisoluble entre la función de la pena y la voluntad natural del autor. Precisamente este último (el hombre), y su voluntariedad, son el fundamento mismo de ella.

De esto se deduce que solo la persona física puede ser sujeto de derecho penal, pues solo ella tiene voluntad propia capaz de justificar el *ius puniendi* del Estado⁹⁸.

Por ello, el intento por compatibilizar este concepto ha sido difícil, ya que el principio de personalidad de las penas, junto con la exigencia de culpabilidad individual (vitales para el sistema jurídico penal tradicionalmente concebido), impiden el castigo y lo que se pretende con sus efectos en las personas jurídicas.

La mayoría coincide, al aseverar que sobre el ente colectivo la pena no puede tener finalidades preventivas generales, pues este, por su carencia de elemento psíquico, no puede ser motivado. Tampoco una finalidad preventiva especial, pues dentro de una

⁹⁷ BACIGALUPO, Silvina. op.cit., p. 225. Esa pretensión del funcionalismo radical, de superación del concepto de sujeto naturalístico, es patente en el pensamiento de JAKOBS: “Si se parte de la misión del derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la dogmática penal, ello conduce a una (re)normativización de los conceptos. En esta concepción, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, si no aquel que puede ser responsable por éste”. JAKOBS, op. cit., Del prólogo a la primera edición, p. IX.

⁹⁸ BACIGALUPO, Enrique. Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op. cit., p.46.

concepción humanista, la posibilidad de resocializar a un ente ficticio constituye un absurdo. En consecuencia, la pena simplemente no perseguiría fin alguno.

Al afirmar que simplemente la resocialización no se da, por ser un fin personal intransferible, la teoría de la prevención especial se traduce en una determinación de la persona individual como sujeto de derecho penal, pues la peligrosidad que fundamenta la pena es únicamente la de una persona física.

ENGISCH afirma que si bien la pena es la disminución de bienes jurídicos y derechos para su autor, y ello se podría predicar también de la persona jurídica, es necesario que esta se pueda sentir como un mal por parte del autor, y, como se trata de una ficción jurídica, esta carece precisamente de esa capacidad, excluyéndose así, una parte esencial de la función de la pena⁹⁹.

Dentro de las críticas, se argumenta la limitación en el sistema de sanciones, pues si se tiene en cuenta que la multa sería la pena más adecuada por su naturaleza, se cuestiona su eficacia preventiva, ya que aunque esta sea elevada, puede llegar a no disuadir a los autores del hecho de seguir delinquiendo. Otras, como la confiscación de bienes, la orden de disolución, la intervención, etc., pueden ser perfectamente impuestas por el derecho administrativo sancionador y, dentro del ámbito penal, no serían otra cosa que un castigo colectivo que afectan de manera generalizada e indistinta tanto a los delincuentes, como a los sujetos ajenos al hecho dentro de la empresa. Además, aceptando este tipo de responsabilidad, existiría transgresión al principio *non bis in ídem*.

Los teóricos que propenden por la necesidad político criminal de responsabilizar a las personas jurídicas, convencidos están de que bajo una teoría de la pena en la cual el

⁹⁹ ENGISCH, Karl. *Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person Gesetzlich Vorzuhen?*, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentag, t.1, E.15, citado por BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Op.cit, p. 132.

fundamento especial es la voluntad natural, no existe salida viable de compatibilidad, y por tanto, solo queda demostrar la semejanza entre estos dos sujetos, ampliando y modificando conceptos, o en su defecto, creando sanciones análogas a las penas, sin naturaleza criminal.

En primer lugar, en la tarea de renovación de los elementos conceptuales para incluir los entes colectivos como sujetos de derecho y por tanto de imputación penal, se intenta compensar la ausencia de voluntad mediante sustitutos, acordes a su naturaleza.

Según la teoría de la ficción¹⁰⁰, perfectamente lógico sería que si las personas jurídicas pueden actuar antijurídicamente, como de plano y sin duda lo hacen, la ficción debería permitir también la imputación del ilícito.

Otra línea argumental, es aquella que afirma la disolución del sujeto físico en un concepto jurídico de persona¹⁰¹. KELSEN (cuyo modelo es el más significativo desde este punto de vista), propone un método puramente jurídico, donde la persona individual deja de ser el punto de partida de la elaboración jurídica, dándose una “deshumanización” de la teoría de la personalidad jurídica.

Para este, eliminando la voluntad como objeto al que se dirige la pena, la distinción entre persona natural y jurídica se convierte en innecesaria, pues las dos son por igual una unidad conformada por un complejo de derechos y deberes. Llega a la conclusión entonces, que si “la corporación es vista como sujeto de derechos patrimoniales, la idea

¹⁰⁰ BACIGALUPO, Enrique. Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p. 49.

¹⁰¹ BACIGALUPO, Enrique. Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Ibíd.*, p. 51.

de una responsabilidad de la misma por delitos, que son presupuesto de una ejecución forzosa sobre el patrimonio, no ofrece ninguna dificultad”¹⁰².

WEBER, convertido en el máximo defensor de la capacidad de pena que tiene la empresa, afirma que el uso indebido de la libertad social que el ordenamiento concede a la persona jurídica, también debe tener como consecuencia lógica la exigencia de responsabilidad penal frente a las faltas que cometan. De esta forma, la pena aplicable a la persona jurídica tiene por fin la limitación de la libertad económica de la misma y, por lo tanto, resulta adecuada a su finalidad¹⁰³. En su opinión, se deben aplicar a este tipo de entes penas especiales, que no tienen porque ser las mismas establecidas para las personas naturales, sino otras equivalentes dadas sus particularidades, acompañadas de todas las garantías procesales que conlleva la imposición de estas. Para TIEDEMANN, la opción de imponer penas a las personas jurídicas si se puede fundamentar desde el ámbito de la retribución, así como desde la prevención general y especial¹⁰⁴. Lo primero, si se admite la posibilidad de aceptar su culpabilidad es dable considerar la idea de una consecuente retribución. Segundo, la prevención general se manifestaría cuando existe una reprobación social, y en tercer lugar, la prevención social se da cuando la empresa que realiza el delito, es disuadida mediante la aplicación de la sanción para no reincidir en el.

Frente a la crítica de una pena colectiva, deja claro que la pena se dirige contra la persona jurídica como ente, no contra sus miembros. Además, el *non bis in idem* no se transgrede, pues a pesar de que se castigue al autor físico, el ente colectivo representa a

¹⁰² BACIGALUPO, Enrique. Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Ibíd.*, p.51

¹⁰³ CALDAS BOTERO. Globalización y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a las empresas. *Óp. Cit.*, p. 133.

¹⁰⁴ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Op. Cit.*, p.5.

otro sujeto imputable, por tanto serian sanciones aplicables a dos sujetos de derecho distintos.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, dentro de su propuesta, considera un sistema de penas con características definidas, como por ejemplo, multas que no puedan ser absorbidas por los costos de la empresa, lo cual en realidad si se constituye como un detrimento patrimonial significativo e intimidatorio; que cualquier intervención judicial en la empresa tenga en cuenta a todos los sujetos que la componen, conciliando intereses y procurando la mínima afectación de aquellos que injustamente sufren las consecuencias de la pena; sanciones paralelas a los directivos, etc.

Hasta esta instancia, se han tratado los puntos cardinales de la discusión dogmática frente a la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sin antes mencionar otras de las alternativas consideradas por algunos, partiendo de la evidente criminalidad empresarial.

En primer lugar, ciertos autores, frente a la problemática suscitada con el principio de culpabilidad, proponen una vía alternativa, acudiendo a la posibilidad de aplicar medidas de seguridad. Su fundamento es la peligrosidad que los entes colectivos tienen frente a los intereses generales, por su organización, actividad, etc. Este aspecto es totalmente distinto a su culpabilidad, pues es evidente que las empresas realizan actos riesgosos para la comunidad, poniendo en peligro la seguridad pública.

El primer defensor de esta posibilidad fue FERRI, explicando que la justicia penal, como ultima ratio, solo debe ocuparse de los delitos propios, valorados como síntoma de peligrosidad, aplicables al ser humano; por ende, la persona jurídica no puede ser delincuente en sentido natural.

STRATENWERTH, si bien reconoce la necesidad político criminal de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, toma como referente el supuesto de SCHUNEMANN sobre la aplicación de una sanción a partir de necesidades de interés público; no postula la pena como solución, sino que opta por las medidas de seguridad, que, según él, tienen prevención general, sustituyendo la idea tradicional de su naturaleza de prevención especial. Así, no trata una responsabilidad personal por un hecho ilícito, sino que propone un concepto de evitabilidad de vulneración del derecho, independientemente de quien sea responsable dentro de la empresa¹⁰⁵.

Por otro lado, como intento de respuesta eficaz a la criminalidad de empresa, otra corriente encuentra solución al tratamiento de este tema por vía de las sanciones administrativas. Estas, en opinión de sus defensores, evitarían el conflicto de adecuación teórico penal, pero a su vez, están a tono con el reconocimiento de potencialidad criminal de los entes colectivos. Se trata de una culpabilidad diferente, pues existe distinción cualitativa entre el tipo de injusto del Derecho Penal y del Derecho Administrativo. El injusto del primero se caracteriza por la lesión de un bien jurídico, mientras que el injusto del segundo se caracteriza por la lesión de intereses de carácter administrativo. Aquí, el reproche es el incorrecto desempeño de la voluntad, que a pesar del conocimiento de la norma administrativa se ha vulnerado, sin tener en cuenta aspectos como el reproche ético, o el contenido criminal de la acción del autor¹⁰⁶.

¹⁰⁵ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit. p. 168.

¹⁰⁶ SCHMIDT, E. Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht. "Beiheft zur Deutschen Rechtszeitschrift 11". p. 51, citado por BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ibíd., p.137.

Para SCHMIDT, no se trata de una sanción aplicada a una persona indiferente al derecho, sino de una sanción aplicada a un sujeto que con descuido vulneró la disposición administrativa y por tanto se le debe llamar la atención.

OTTO afirma que para llevar a cabo una lucha contra el potencial de peligrosidad que entraña una actividad empresarial, el medio idóneo para ello es la aplicación de una sanción en el marco de normas reguladoras de la supervisión administrativa de la actividad económica. La sanción no debe ser interpretada como una medida de seguridad que tenga efectos en el futuro, sino que se debe complementar con una sanción por el hecho pasado para poder realizar así una función preventiva¹⁰⁷.

Lo cierto es que no existe unanimidad en torno a la justificación de la sanción administrativa en vez de la sanción penal, pues si se tiene en cuenta que ambos hacen parte del *ius puniendi* estatal, y por ende deben estar dotados de las mismas garantías, por tradición se ha optado por uno y no por otro. Sus adeptos argumentan que el derecho administrativo opera con menos rigidez y conceptos más adaptables a las necesidades estatales. Pero, si esto es así, quedaría entonces la desventaja de afirmar que existen serias limitaciones preventivas, pues el ente colectivo no sufre una verdadera punición por lo cometido, aunque haya vulnerado bienes tan preciados como la vida, la salud, el medio ambiente, etc.

Desde una perspectiva general, de tradición fue la negativa a considerar esta figura, debido a que el derecho penal no está legitimado para intervenir dentro de la esfera sancionatoria de los comportamientos de los entes corporativos que atentan o lesionan bienes jurídicos protegidos, pues esta posibilidad contraría principios básicos como la acción, la culpabilidad y la punibilidad, emanados de la dogmática jurídico penal de raíz

¹⁰⁷ OTTO. Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbands. p. 26, citado por Bacigalupo, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Ibíd.* p.158.

germánica, estructurada desde sus orígenes para el ser humano y los ilícitos cometidos por este. En consecuencia, es evidentemente impensada para las personas jurídicas, lo cual es constatable con la simple revisión de cada una de las categorías.

Aun así, se hizo urgente el reconocimiento de una realidad que necesitaba atención inmediata, conduciendo a la elaboración de distintas propuestas político-criminales por parte de varios defensores de esta teoría, aunque los fieles opositores no encuentren posible la renuncia a los postulados dogmáticos, argumentando otras fórmulas para la criminalidad económica, como la incriminación individual a directivos de las empresas, aplicación de sanciones administrativas, medidas de seguridad etc., sin necesidad de renunciar a las garantías del derecho penal.

Claro es que la discrepancia del asunto radica en el concepto de sujeto individualmente considerado a partir del cual se hace la construcción dogmática de la acción, la culpabilidad o su capacidad para recibir los fines de la pena. Pero así mismo, también ha de aceptarse que las explicaciones dogmáticas han debido ingresar en un profundo cambio, debido a la insuficiencia frente a hechos que en el pasado no fueron concebidos y bajo los cuales actualmente se requieren respuestas concretas.

GARCIA ARÁN, califica a quienes afirman que el delito únicamente se puede basar en concepciones individualistas del ser humano (injusto personal), en la corriente de la “resignación descriptiva”, pues se conforman con un pensamiento estático, donde si las personas jurídicas no encajan en las categorías anteriormente descritas, simplemente no es pensable la imputación de responsabilidad penal a estas.

En consecuencia, el paradigma dogmático penal queda reducido a dos posibilidades, que son, reformular las categorías teórico-tradicionales, dotándolas de validez lógica para la aplicación al ente ficticio, o la exigencia de un derecho penal específico y

especializado para las personas jurídicas. Así pues, no parece propicio seguir persistiendo en dogmas antiguos inocuos, si el presente exige otro tipo soluciones frente a conductas ilícitas aun más complejas que las concebidas tradicionalmente.

En otras palabras, GARCIA ARÁN hace referencia a ello expresando que “cabem dos opciones opuestas, la resignación descriptiva porque no se puede incluir a las personas jurídicas en las categorías subjetivas que maneja el derecho penal, o la imputación de responsabilidad mediante técnicas diferentes a las de las personas físicas”¹⁰⁸.

Autores como SILVINA BACIGALUPO, evidencian como el cuestionamiento de fondo se encuentra vinculado con el problema del sujeto mismo. Para ella, no se trata de modificar los elementos que conforman cada categoría, pero si cambiar la idea de sujeto de derecho para hacer la inclusión del ente colectivo, cuya capacidad evidencia la problemática actual. En sus mismas palabras, “el problema dogmatico penal es consecuencia no solo de la evolución social, sino de la crisis de la filosofía del sujeto individual (autoconsciente) a partir del cual no es ya posible dar explicación coherente a numerosos conflictos sociales a los que el derecho penal debe hacer frente”¹⁰⁹.

4.2. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Más allá de todos los cuestionamientos que surgen en torno a este tema, la infinidad de opiniones al respecto, y el pronóstico de efectos que algunos avecinan, es evidente que toda la discusión desarrollada alrededor de la conveniencia o inconveniencia de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas pasa a un segundo plano, cuando es el mismo legislador quien decide optar por dicha figura e incorporarla dentro del

¹⁰⁸ GARCIA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas Jurídicas. En: I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico. Martínez-Bujan Pérez. p.46.

¹⁰⁹ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Óp. cit., p. 99.

ordenamiento jurídico estatal por motivos de política criminal. En este punto, la dogmática solo tiene la opción de valorar su acierto o falla, pero en ningún caso puede ignorarlo, pues es de obligatorio cumplimiento.

Si bien ha de aceptarse que los distintos países adoptan soluciones de acuerdo con su organización, y por tanto, pueden existir diversos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, siempre existirán aspectos comunes que no se pueden obviar, y que para efectos de este estudio, resulta pertinente nombrar.

Para comenzar, cuando se habla de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se debe aclarar que se trata de una imputación distinta a aquella que se le hace a la persona natural; por tanto, constituirán dos injustos diferentes, que bajo ningún motivo podrán ser subsumidos en uno solo. Será una responsabilidad penal doble.

Otro aspecto importante será el cumplimiento de ciertos presupuestos comunes en los diferentes modelos, a saber: que un miembro de la empresa haya cometido un hecho delictivo, que este sea dentro del marco propio de las actividades empresariales y que se busque con ello beneficios o ventajas para la entidad¹¹⁰.

Dentro del primer requerimiento, dependiendo del ordenamiento, puede exigirse que se trate exclusivamente de un directivo u otro miembro relevante de la corporación, o simplemente un ilícito llevado a cabo por cualquier empleado o miembro indeterminado, comprobando la desorganización interna existente. En el segundo requerimiento, al hacer exigencia expresa de una actividad realizada en el marco propio de las actividades de la compañía, se excluye todo hecho delictivo que realice la persona natural a título particular, lo cual resulta lógico para realizar una correcta imputación empresarial. Para el tercero, perseguir ventajas para el ente colectivo se convierte en

¹¹⁰ FERRE OLIVE, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea. Derecho Penal Colombiano, Parte General. Op. Cit., p. 738.

elemento de vital importancia, pues si fueran estas para el sujeto que actúa contrario a derecho, quedaría excluida la responsabilidad de la empresa, y tan solo cabría la imputación a título personal. Teniendo en cuenta estas tres cuestiones comunes, se erigen varios modelos, dentro de los cuales se hace necesaria, por lo menos, la explicación de los dos principales, adoptados por aquellos países que aceptan la figura descrita, o a lo menos, de forma matizada.

El primero, parte de la transferencia de la responsabilidad penal de la persona natural a la jurídica, denominado “responsabilidad por atribución” o “vicarial”, y el segundo, “de autorregulación”, que considera la propia culpabilidad de la empresa.

El modelo de responsabilidad vicarial, anteriormente mencionado al ser aplicado en países del *common law*, consiste en la transmisión a la empresa de la culpabilidad del actor (natural). Una vez se comprueba que en la sociedad se ha cometido un delito, siempre que lo materialice un miembro de ésta, actuando dentro del marco propio de las actividades empresariales o fines del ente, y buscando beneficios o ventajas para la entidad, la responsabilidad pasará a ser también de la persona jurídica, de tal forma que se sancionará tanto a esta, como al individuo gestor del hecho.

En términos simples, la empresa termina respondiendo bajo las bases de una responsabilidad objetiva, es decir, que no se exige ningún grado de culpabilidad propio; este modelo es usado en países como Estados Unidos.

Por otra parte, el modelo directo de culpabilidad de la empresa (autorregulación), no estructura la responsabilidad trasladando la culpabilidad individual, sino que se fundamenta sobre la base de la culpabilidad propia. Aquello que se imputa es el defecto de organización, pues ello conlleva a que dentro de la empresa se cometan hechos

delictivos. Aquí, la persona individual desaparece, de tal forma que el objeto de reproche son factores que tienen que ver en exclusiva con el propio ente económico.

Al respecto, el ya mencionado TIEDEMANN expone este tipo de modelo, cuya imputación es la consecuencia de no adoptar las precauciones necesarias para garantizar el desarrollo de la actividad empresarial de forma ordenada y conforme a la ley; este modelo se aplica en países como Suiza y Australia.

Una tercera fórmula, esbozada por NIETO MARTIN, teórico penalista reconocido en el tema, es aquella denominada “defecto de organización permanente”. En ella se toma como punto de partida la idea de culpabilidad de empresa como defecto de organización en la dirección empresarial, pues en sus propias palabras “una buena organización empresarial es aquella que, aparte de los beneficios, procura generar una cultura corporativa que fomente el respeto de la ley”¹¹¹. Un segundo eje para entender este tipo de culpabilidad empresarial es su distinta estructura temporal; por tanto, solo existe culpabilidad de empresa, si el comportamiento delictivo individual pone de relieve un defecto de organización permanente.

Debe aclararse que, existen supuestos donde la persona jurídica no será sujeto de imputación. En primer lugar, si una empresa ha establecido mecanismos correctos de gestión, organización y control y pese a ello se comete el hecho, esta no responderá penalmente, pues no hay culpabilidad en este caso. De igual manera, si una vez cometido el delito, la empresa demuestra un comportamiento post delictivo adecuado, probando que el suceso ha sido puntual y adoptando normas internas pertinentes para evitar nuevos hechos que contrarían la norma en el futuro, la culpabilidad y la pena

¹¹¹ NIETO MARTIN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal [en línea]. Madrid. (2008). p.11. <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf> [citado en julio 30 de 2011]

pueden llegar a desaparecer. En segundo lugar, y recogiendo la propuesta de GÓMEZ-JARA, se argumenta que las pequeñas sociedades (aquellas menores de 50 empleados), no deben considerarse responsables, pues no tienen el grado de complejidad organizativa suficiente para no poder distinguir con claridad a las personas físicas que cometen el delito. Este autor, opina que sólo en el seno de una organización empresarial con una complejidad suficiente resulta posible institucionalizar una cultura de fidelidad al derecho, de tal manera que la inexistencia de dicha cultura pueda concebirse como un déficit de fidelidad al derecho, como un quebrantamiento del rol de ciudadano fiel al derecho¹¹². Otras de las personas inimputables son aquellas empresas “fachada” de actos delictivos, o “sociedades pantalla” (como las denomina GÓMEZ-JARA), pues en verdad no realizan actividad comercial alguna. Al ser tan solo herramientas, la sanción a imponer varía, pues se acerca más a la naturaleza de consecuencia accesoria impuesta a las personas naturales responsables.

En cuanto a las sanciones, un catálogo de estas se encuentran estatuidas, siendo sin duda, la multa, la más relevante. Otras como supervisión judicial e intervención también cobran importancia, más, si es del modelo de auto organización del que se habla.

Para NIETO MARTÍN, con la sanción penal autónoma para el ente colectivo, las fórmulas de imputación volverán a tener como único destinatario al ser humano, con lo que saldrá revitalizado todo el sistema penal.

Lo anteriormente esbozado permite concluir que a pesar de los diversos pronunciamientos encontrados frente a la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cada vez más se generaliza su inminente necesidad frente a los

¹¹² GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS. Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel. *En*: Política criminal [en línea]. Vol. 5. N° 10. (Diciembre 2010). p 465. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10D1.pdf> [citado en julio 31 de 2011]

conflictos sociales. Una vez se decide adoptarla, la tarea de escoger el modelo apropiado para cada legislación dependerá no solo de los presupuestos que se establezcan para el mismo, sino de que estos se ajusten al verdadero derecho penal que requiere el mundo moderno.

Los modelos expuestos demuestran, por un lado, el innegable papel del Estado como defensor de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, y por otro, la importante función de la empresa, y su obligación de actuar bajo los lineamientos impuestos conforme a derecho, realizando de forma correcta su actividad. En cierto modo, la actividad empresarial debe asumir una tarea pública, permitiendo controlar nuevos riesgos y protegiendo a la sociedad en general.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se enmarca así dentro de un nuevo pacto entre Estado y poder corporativo, donde a cambio de los beneficios derivados de la responsabilidad limitada y de la cada vez mayor libertad económica, este se compromete al cumplimiento de determinados fines públicos¹¹³.

5. FUNDAMENTOS NACIONALES: EL CASO COLOMBIANO

5.1. Doctrina Nacional

En Colombia, diversos estudiosos del derecho penal han realizado análisis frente a este tema de no poca discusión en los escenarios contemporáneos, planteándose la posibilidad de aplicación de esta figura dentro del ordenamiento nacional y en especial, su conveniencia como mecanismo para contrarrestar la criminalidad de empresa. Si bien, la situación ha pasado de ser un debate doctrinal a una realidad inminente, la opinión generalizada es la necesidad de expansión de este fenómeno, para ser instaurado

¹¹³ NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. Óp. cit., p.3.

y estar a tono con los distintos países que ya han logrado su establecimiento. Lo cierto es que diferentes autores basan sus planteamientos en la doctrina internacional y las propuestas descritas en el capítulo precedente, como base para modelos de implementación acorde con el ordenamiento nacional.

CALDAS BOTERO argumenta que uno de los instrumentos actuales del derecho penal más efectivos para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad impulsadas por la globalización, es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en razón de su importante rol y de manera especial, por su capacidad de afectar de forma grave bienes jurídicos protegidos por los ordenamientos. Pero, es necesario realizar un estudio minucioso de constitucionalidad y de adecuación jurídica que permita la compatibilidad entre esta figura y el ordenamiento colombiano, en aras de una efectiva aplicación¹¹⁴. En contraposición, otros como BERNATE OCHOA, reconocen que aunque no se puede dejar de lado la creciente importancia con que cuenta la empresa como centro del modelo económico capitalista, ello no puede conllevar a la renuncia de los postulados dogmáticos, por ello descarta la posibilidad de considerar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y como alternativa, establecer mecanismos efectivos para incriminar a directivos de las mismas, buscando así obtener el efecto preventivo general, sin necesidad de renunciar a las garantías propias del derecho penal¹¹⁵. Para teóricos de esta línea, es suficiente con las sanciones del ámbito civil en cabeza de la empresa por los hechos delictivos cometidos por sus empleados y en desarrollo del objeto social, o aquellas de carácter administrativo.

¹¹⁴ CALDAS BOTERO, Luisa Fernanda. Luisa Fernanda. Globalización y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p. 271.

¹¹⁵ BERNATE OCHOA, Francisco. El derecho penal económico cuestiones problemáticas. Op. cit., p. 35.

DÍAZ CORTES, reconoce que el carácter dinámico y evolutivo del derecho penal es aquel que permite seguir de cerca y regular los fenómenos sociales, y por esto, la contraposición entre política criminal y dogmática se debe resolver entendiendo a la dogmática como medio para realizar los fines de la política criminal. Solo siguiendo este camino, podrá hablarse de un nuevo principio en el derecho penal: *societas delinquere potest*¹¹⁶.

Autores como FERRÉ OLIVÉ, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, dada la insuficiencia del derecho actual, apoyan la idea de consagrar un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas nuevo, adecuado a su naturaleza, siguiendo el planteamiento de NIETO MARTÍN, pues ello permite no tener que forzar las fórmulas del derecho penal tradicional. Con una sanción penal autónoma, consecuencias positivas serían desatadas y así, las fórmulas de imputación arraigadas al ser humano, no sufrirían modificación alguna¹¹⁷, dejando de lado la repetitiva discusión teórica.

En definitiva, solo queda la esperanza de que el legislador tenga la voluntad política para expedir una nueva ley que contemple un verdadero sistema penal de responsabilidad de las corporaciones, en la que se atiendan las consideraciones necesarias para su correcta aplicación¹¹⁸.

De forma concluyente debe afirmarse que, para nadie es un secreto que las organizaciones criminales emplean a la persona jurídica como el instrumento perfecto para el encubrimiento o consecución de fines delictivos, que no solo ponen en peligro el

¹¹⁶ DÍAZ CORTES, Lina Mariola. “Societas delinquere potest”, Hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo. Bogotá: Legis, p. 111.

¹¹⁷ FERRÉ OLIVE, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. *Derecho Penal Colombiano, Parte General*. Op. cit., p. 744.

¹¹⁸ RUIZ SANCHEZ, Germán Eduardo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op. cit., p. 89.

orden económico, sino la seguridad nacional. Ciertamente es que en el derecho colombiano los delitos contra el orden económico se realizan en el seno de una empresa o mediante la utilización de una persona ficta¹¹⁹. En consecuencia, y sin lugar a dudas, ningún Estado del mundo se encuentra exento de esta problemática, pues todos son blanco de criminalidad y vulnerables a los efectos nocivos de la acción delictiva, con independencia de su ubicación geográfica o rigurosidad en sus normas. Colombia evidentemente se encuentra allí y es por tal motivo que se impulsa la implementación de esta figura, como aspecto fundamental en el Derecho Penal moderno; lo cual queda demostrado bajo los planteamientos realizados por los más significativos teóricos del derecho penal. “Si bien en Colombia no existe actualmente un sistema de responsabilidad penal para empresas, la expansión de este fenómeno en el mundo permite pensar de manera acertada que muy pronto tendremos que instaurarla y, por tanto, es imprescindible empezar a estudiar el tema para tratar de construir el mejor modelo posible para nuestro país”¹²⁰.

5.2. Jurisprudencia

Bajo una perspectiva general de los pronunciamientos judiciales en el país, se evidencia como el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido tratado brevemente, ubicándose su análisis en tiempos no muy lejanos, a comparación de otros estados en esta misma materia. Fue hacia el año 1997, en sentencia C-510 de la Corte Constitucional, donde se plantea el problema jurídico sobre la presunción de

¹¹⁹ SINTURA VARELA, Francisco José. Derecho penal económico y constitución. En: Estudios de derecho penal económico. Bogotá: Universidad del Rosario. 2007. p.170.

¹²⁰ CALDAS BOTERO. Luisa Fernanda. Globalización y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a las empresas. Op.cit, p.269.

culpabilidad de la persona jurídica (matriz o controlante), y su posible violación al debido proceso y principio de legalidad.

En esta ocasión se pronuncia la Corte, señalando que no se viola la presunción de inocencia de la persona jurídica cuando se presume la culpabilidad para la matriz o controlante en un ente societario, pues las personas jurídicas cuentan con todas las garantías, los trámites (incidentes, recursos y nulidades) y los amparos constitucionalmente establecidos.

Esta sentencia se puede considerar como fundadora de línea jurisprudencial, pues fue el primer fallo proferido respecto al tema de las personas jurídicas y su posible imputación penal. Los argumentos expuestos señalan a estos entes como responsables de sus actos (no solo desde el punto de vista patrimonial), conforme a las normas legales preexistentes y con observancia del debido proceso que también le es propio como sujeto de derecho. Se desprende entonces de dicha consideración, que las personas jurídicas también son sujetos activos de delitos y consecuentemente responden por sus actos ilícitos.

Más tarde, en 1998, con la Sentencia C-320, se tratan las objeciones presentadas en contra de la ley por la cual se establece el seguro ecológico. Si bien, queda claro como todas aquellas conductas que generen daño ecológico deben ser sancionadas, se declara inexecutable la expresión “objetiva” que aparece en el artículo 26 de dicho cuerpo normativo, pues la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la responsabilidad objetiva. Así, se continúa manteniendo la línea donde se afirma que las personas jurídicas sí pueden ser responsables penalmente.

Se considera sentencia hito, pues además de aseverar la responsabilidad genérica que tienen los entes colectivos (proclamada por la sentencia anterior); en esta ocasión se delimita el problema, abordando el tema de la viabilidad de la responsabilidad penal, dándole plena cabida. Así lo dispone la Corte de manera conclusiva: *“la determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barreras infranqueables; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva”*¹²¹. De esta manera, a las personas jurídicas se les podrá imponer sanciones susceptibles conforme a la propia naturaleza de este tipo de sujeto, a favor de la protección de los bienes jurídicos tutelados, con sujeción a las reglas propias del debido proceso.

Debe dejarse claro que a pesar de dar un importante paso en esta materia, reconociendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se libra al legislador su configuración específica dentro del ordenamiento. Esto es hasta el momento una tarea no realizada, que pese a los múltiples pronunciamientos respecto a su conveniencia, aun no se ha concretado.

En sentencia C-674 de 1998, se reitera: *“la sanción de naturaleza penal significa que la conducta reprobada merece el más alto reproche social, independientemente de quien la cometa. Si la actividad la realiza la persona jurídica, si ella se beneficia materialmente de la acción censurada, no se ve por qué la persecución penal habrá de limitarse a sus gestores, dejando intocado al ente que se encuentra en el origen del reato y que no pocas veces se nutre financieramente del mismo (...). La mera indemnización de perjuicios, como compensación patrimonial, o la sanción de orden*

¹²¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-320 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

administrativo, no expresan de manera suficiente la estigmatización de las conductas antisociales que se tipifican como delitos”¹²².

Posteriormente, en la sentencia C-843 de 1999, aunque la Corte Constitucional continúa manteniendo el argumento de que la persona jurídica si es penalmente responsable por los actos ilícitos en los que incurran sus representantes, establece que no se le puede aplicar los mismos procedimientos que a la persona natural; por ello, se requiere que se establezca un procedimiento especial para este tipo de trámites, pues no basta con que la ley describa la prohibición, sino que además se exige determinar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar dichos actos, precisando la observancia del debido proceso y el principio de legalidad del procedimiento para el juzgamiento de las personas jurídicas. En otras palabras, al no existir el trámite específico para las personas jurídicas definido en las leyes preexistentes, necesariamente se debe prescindir de la disposición acusada. En consecuencia, por evidentes problemas de técnica legislativa, la norma objeto de estudio (artículo 26 de la ley 491 de 1999), es retirada del ordenamiento mediante su declaratoria de inexecutable, lo cual no implica de manera alguna modificación de la doctrina desarrollada en la sentencia C-320 de 1998.

Tras el análisis del limitado número de pronunciamientos jurisprudenciales en el tema, se concluye que la persona jurídica puede ser sujeto activo de delitos y en consecuencia puede responder penalmente de los actos que se le imputen; empero, dicha imputación debe realizarse bajo las reglas propias del debido proceso, respetando el principio de legalidad, en el entendido de que los actos o conductas punibles deben estar claramente señaladas en la norma, así como las sanciones y el procedimiento para imponerlas.

¹²² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

De igual modo, queda claro como en el modelo colombiano, si bien no existe un referente normativo específico y sistemático que ratifique la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal posibilidad no contraria la constitución y por tanto, es reconocida plenamente su viabilidad dentro del ordenamiento nacional por la misma Corte Constitucional, aunque la determinación para declarar a las personas jurídicas penalmente responsables se deja en manos del legislador y su política sancionatoria.

5.3. Legislación

5.3.1. Herramientas para sancionar a quienes se ocultan tras la persona jurídica

En la legislación penal nacional, si bien no se reconoce de manera expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el artículo 29, cuyo contenido trata el tema de la autoría, en su inciso 3º, adopta la teoría de la responsabilidad del órgano o del representante:

“También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”¹²³.

Esta es una hipótesis de ampliación del concepto de autor, pues ya no solo responderá con la pena señalada en el tipo penal quien reúna las calidades exigidas por la disposición penal y quien detente la representación jurídica, sino quien la asuma, obviamente, como lo exige la doctrina, con el consentimiento expreso o tácito de los

¹²³ Colombia. Congreso de la República. Ley 599 de 2000. Artículo 29, inciso 3º.

socios, el cual puede deducirse, en criterio de algunos, de la simple tolerancia¹²⁴. En esta ocasión, opera una extensión de la autoría, cuyo fundamento se encuentra en el principio de la equivalencia. Así, se dota al sistema penal de un mecanismo que permite llegar, a través de la persona jurídica, a la persona física que actuó, sirviéndose de la estructura societaria¹²⁵.

Como bien lo dice VELÁSQUEZ, esta figura está encaminada “a dotar a los funcionarios judiciales de mejores herramientas para luchar contra la criminalidad organizada, sobre todo aquella que se escuda tras el manto de las personas jurídicas o entes colectivos sin tal atributo, sin tener que acudir a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”¹²⁶. Es decir, bajo la muy conocida consigna de la imposibilidad dogmática de “penar” a las personas jurídicas, y de evitar la impunidad en el seno de la criminalidad organizada empresarial, algunas legislaciones han debido hacer uso, para sancionar a las personas físicas que cometen actos ilícitos desde la empresa, de la figura del *actuar en lugar de otro*, herramienta utilizada para solucionar un problema típico de imputación, esto es, cuando la persona física no reúne las condiciones específicas previstas por el tipo. Así, “la figura del actuar en lugar de otro se presenta como una herramienta a utilizar, tanto para sancionar en el caso de los delitos especiales cometidos por representantes tanto de personas jurídicas como de personas físicas”¹²⁷.

¹²⁴ GARCIA CAVERO, Percy. La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. Criterios de imputación. Barcelona: Bosh. 1999. p. 119, citado por HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Autoría y Participación. En: Lecciones de derecho penal. Parte general. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001. p. 295.

¹²⁵ CESANO, José Daniel. Problemas de la responsabilidad penal de la empresa [en línea]. Argentina p.4. <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_58.pdf> [citado en agosto 2 de 2011]

¹²⁶ VELÁSQUEZ, Fernando. La teoría de la conducta punible en el nuevo código penal. En: Nuevo Foro Penal [en línea]. N° 63. Bogotá. (2000) p. 11. <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_31.pdf> [citado en agosto 12 de 2011]

¹²⁷ BERRUEZO, Rafael. Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles. Buenos Aires: B de F. 2007. p. 108

Así mismo, en consonancia con el artículo 25 del código penal, se acoge el modelo de responsabilidad del titular de la persona jurídica (comisión por omisión)¹²⁸, donde este puede responder por la conducta punible, ya sea por acción o por omisión, infringiendo el deber de garante de determinada fuente de riesgo (la empresa).

En definitiva, la legislación nacional se ha caracterizado por la atribución de responsabilidad a las personas naturales, haciendo imposible la asunción de responsabilidad por parte del ente ficto, pues en el seno de las sociedades, los criterios de imputación se dirigen contra quienes actúan como sus titulares o representantes dentro de la actividad corporativa.

Así las cosas, la política criminal colombiana, para confrontar la criminalidad de las empresas, debe pasar por el necesario establecimiento de una sistematización integral en el código penal, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹²⁹.

Como consideración de *lege ferenda*, es importante mencionar la compatibilidad entre la responsabilidad penal de la persona jurídica y la responsabilidad del actuar por otro, figura vigente en nuestra legislación penal. Para analizar este punto, es necesario aclarar que, en principio, la cláusula del *actuar por otro* no defiende ni ataca el principio *societas delinquere non potest*¹³⁰, porque, no obstante ser este mecanismo una opción dogmática y político-criminal para confrontar la criminalidad económica, no se diseñó única y exclusivamente para la delincuencia a través de la persona jurídica: como explica claramente MIR PUIG, la cláusula no se plantea solamente para las personas jurídicas, sino en todos aquellos casos en que alguien actúa en representación de otro,

¹²⁸ DÍAZ CORTES, Lina Mariola. “Societas delinquere potest”, hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico. Op.cit., p. 92.

¹²⁹ SINTURA VARELA, Francisco José. Derecho penal económico y constitución. Op.cit., p. 175.

¹³⁰ SUÁREZ SANCHEZ, Alberto. Autoría. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 442.

realizando una conducta típica que exige una condición especial que concurre en el representado (que puede ser persona natural o jurídica)¹³¹. Por ende, la fórmula del actuar por otro no iría en contra de un eventual régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica. La cláusula tiene un fin mucho más general, cual es el de establecer una novedosa técnica de imputación, en el caso de delito especial, para quienes son sus verdaderos realizadores, aunque carezcan de la calidad o condición exigida por el tipo para el sujeto activo, la cual concurre en el representado; en otras palabras, busca poder incluir dentro de la categoría de *autor* al sujeto no cualificado, mediante la transmisión, a éste, de los elementos objetivos del injusto, y así poder fundamentar la punibilidad del *extraneus*¹³².

Respecto a la figura del levantamiento del velo corporativo, es necesario precisar, inicialmente, que en las denominadas sociedades de capital, *“el legislador estimó prudente salvaguardar la limitación de riesgo como manifestación del patrimonio propio de accionistas y sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles, tales como, permitir la circulación de riqueza como medio idóneo para lograr el desarrollo y el crecimiento económico del país”*¹³³.

Sin embargo, a pesar de su innegable importancia para el desarrollo del sistema económico, la limitación de riesgos a favor de los socios de las sociedades de capital no puede ser considerada como un derecho absoluto, pues existen eventos donde el

¹³¹ “Este problema no se plantea solamente en estos casos de personas jurídicas, sino en todos aquellos en que alguien actúa en representación de otro, realizando una conducta cuya tipicidad requiere que el sujeto posea alguna condición (delito especial) que no concurre en él sino en su representante. Piénsese, p. ej., en el supuesto del representante de un incapaz que se alza con los bienes de este en perjuicio de los acreedores del mismo” MIR PUIG, Santiago. Enciclopedia penal básica, Granada Comares, 2002, p. 39, Citado por SUÁREZ SANCHEZ, Ibídem, p. 442.

¹³² SUÁREZ SANCHEZ, Ibídem, pp. 435 y 442.

¹³³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

ordenamiento jurídico debe reaccionar ante ciertos actos abusivos que atentan contra terceros. Por esta razón, el legislador prevé la posibilidad de interponer acciones contra los socios de los entes colectivos en situaciones específicas, con el propósito de responsabilizarlos directamente.

Es en este escenario, precisamente, donde se hace alusión a la figura “levantamiento del velo corporativo”, la cual se refiere a la excepción al principio de limitación de responsabilidad, en virtud de la cual se desestima la separación de la personalidad de la sociedad y se atribuye la responsabilidad a los asociados. Ello ocurre cuando los socios utilizan a la persona jurídica de modo temerario, malicioso o con el propósito de defraudar a los acreedores. Por ello, este régimen jurídico excepcional tiende a otorgar a terceros una protección adicional a la que se deriva de la responsabilidad patrimonial de la sociedad.

Esta figura de origen anglosajón, ha sido tratada por la jurisprudencia colombiana, afirmando: “Es así como la doctrina ha elaborado la teoría del levantamiento del velo de la sociedad o “lifting the veil”, conocida también en el derecho anglosajón como “disregard of legal entity”, que son medios instrumentales o técnicas de aplicación de los tribunales, cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, caso en el cual debe prescindirse de tal persona y tomar en consideración a los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden”¹³⁴.

¹³⁴ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso- Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 19 de agosto de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Si bien en Colombia no existe un catálogo explícito de causas que invoquen esta figura, dentro de la legislación nacional se encuentran diversas hipótesis en las que se permite el compromiso patrimonial de los asociados. Ejemplo de ello es la responsabilidad solidaria que se le atribuye a los asociados ante terceros, en los casos de nulidad por objeto o causa ilícitos (artículo 105, inciso 4°, Código de Comercio); o la responsabilidad que se le atribuye a los socios del pago del faltante del pasivo externo de la sociedad, cuando se demuestre que estos utilizaron a la persona jurídica para defraudar a sus acreedores (Ley 222 de 1995, artículo 207).

La Ley 190 de 1995, en su artículo 44 es clara al afirmar “las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”. Así, esta disposición tiene como finalidad evitar que los entes colectivos se conviertan en fachadas delictivas de las personas naturales. Es por esto que se pretende en este caso, eliminar la radical separación entre persona jurídica y sus miembros, para que sean estos últimos quienes respondan.

Es importante resaltar que cuando se hace referencia a esta figura, también se utiliza el término: “desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad”. Esta expresión, según el profesor Reyes Villamizar, constituye un equívoco, pues “el único de los atributos que se ignora al aplicar esta doctrina es el de la separación patrimonial para alguno o algunos de los socios. La sociedad, como ente jurídico distinto de los socios individualmente considerados, no desaparece, ni sus atributos se pierden. Así, el efecto

de la aplicación de esta excepción judicial consiste en extender la responsabilidad a aquellos respecto de quien el juez lo decida”¹³⁵.

De todo lo anterior, puede concluirse que el levantamiento del velo corporativo es una medida de vital importancia en el derecho societario, pues busca evitar que bajo la persona jurídica se realicen conductas contrarias a derecho y a los intereses de terceros. La personalidad jurídica es un privilegio que el ordenamiento otorga para desarrollar un objeto lícito y un fin concreto, determinado al momento de la creación de la sociedad. Por esto, si en el desarrollo de sus actividades se propician abusos y fraudes se hará necesario entonces prescindir de la forma colectiva y acudir a las personas que se esconden detrás de ella, siempre teniendo en cuenta lo dispuesto por el ordenamiento nacional. Ahora, relacionando este concepto en el ámbito penal, es viable concluir que precisamente, una manifestación concreta del levantamiento del velo corporativo es la figura del *actuar por otro*, porque con esta se pretende evitar que personas naturales se escudan en la persona jurídica para cometer delitos; de hecho, ciertamente, un régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica buscaría combatir precisamente ese abuso que personas naturales podrían cometer con el ente legal, ya que impediría que los socios o representantes emplearan a la persona jurídica para delinquir, porque se impondría una sanción directa sobre el vehículo mismo para la comisión de ilícitos penales. Como muy acertadamente lo reconoce la profesora italiana NADIA ZORZI, no afirmar una responsabilidad penal del ente colectivo, y predicar la responsabilidad penal del socio o administrador, implica la posibilidad de castigar solamente al “chivo expiatorio”, tan solo al ejecutor material del delito, dejando impune a quienes, bajo el

¹³⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Segunda Edición. Bogotá: Temis. 2006. p .263.

velo corporativo de la persona jurídica, quizás organizaron o permitieron que el delito se cometiera, y que reportaron sus beneficios¹³⁶; por ende, si se sanciona a la persona jurídica, se superaría esta inmunidad y, por lo tanto, el “abuso de la personalidad jurídica” o de los derechos derivados de la persona jurídica: aquí, lo que los alemanes denominan el *Durgriff* (“levantamiento del velo”, o *lifting the veil of incorporation* en Estados Unidos), no consistiría precisamente en lo que muy comúnmente se percibe como “penetrar” mas allá del velo, y agarrar a cada uno de los mandantes del delito, sino mas bien (como cortando el problema de raíz), en someter a un procedimiento y sancionar a la persona jurídica como tal¹³⁷.

5.3.2. Evolución normativa

Para iniciar, se considera importante mencionar como Colombia, siendo un país parte y protagonista dentro de la comunidad internacional, ha celebrado diversos convenios y se ha comprometido en varios aspectos que preocupan a los estados, en especial los delitos del ámbito económico.

La ratificación del Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobado en Mérida (México), en diciembre de 2003, y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, donde entre otros temas se trata la vital preocupación por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, compromete a los países miembros a buscar soluciones de lucha contra la criminalidad e implementar medidas adecuadas, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno. De este modo, su artículo 26 estatuye la

¹³⁶ ZORZI, Nadia. El abuso de la personalidad jurídica. p. 33, Disponible en la dirección <<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/view/784/743>> [citado en diciembre 10 de 2011]

¹³⁷ *Ibíd.*, pp. 33 y 34.

responsabilidad penal de las personas jurídicas¹³⁸. En igual forma, este convenio impulsó a Colombia a la presentación del Proyecto de ley 036 de 2008¹³⁹, que si bien no fue aprobado por el Congreso, es un primer paso en la apertura del debate en el país.

Como lo afirma Caldas Botero “se evidencia que el tema no se reduce a una discusión teórica, sino que es una realidad que en algún momento debemos admitir”¹⁴⁰

¹³⁸ Al respecto, este artículo dispone: “Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.”

¹³⁹ El Proyecto de ley 036 de 2008 “Por el cual se dictan normas dirigidas a prevenir y combatir la corrupción y se expiden otras disposiciones”, presentado por el senador Rodrigo Lara Restrepo, en su artículo 15 establecía: La Ley 599 de 2000, tendrá un artículo 36A del siguiente tenor:

Artículo 36A. De las sanciones a las personas jurídicas. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste a las personas naturales, cuando la conducta punible sea cometida a través de un miembro u órgano de representación de una persona jurídica, le serán impuestas a esta, de manera independiente, por parte del juez penal una o varias de las siguientes sanciones, a petición de la fiscalía, siempre que se incurra en alguno de los delitos previstos en el Título X y en los artículos 246, 253, 256, 257, 402, 407 y 433 del Libro Segundo de la presente ley.

Las sanciones a imponer son:

- a) La multa señalada en la respectiva norma penal.
- b) La cancelación del registro mercantil.
- c) La publicación de la parte resolutive de la sentencia a expensas del condenado en un medio de comunicación de amplia circulación nacional.
- d) La prohibición de celebrar contratos con las entidades estatales en un término de tres (3) a seis (6) años, únicamente cuando se trate de los delitos contemplados en los artículos 402, 407 y 433 del Libro Segundo de la presente ley.
- e) La prohibición de realizar actividades, operaciones o negocios, de carácter civil o comercial, que hayan permitido la comisión, el favorecimiento o el encubrimiento del delito por un término de tres (3) a seis (6) años.
- f) La intervención de la persona jurídica por un plazo de seis (6) meses a dos (2) años.
- g) El cierre temporal de los establecimientos o locales comerciales por un término de tres (3) meses a dos (2) años.
- h) El cierre definitivo de los establecimientos o locales comerciales.
- i) La disolución y liquidación de la persona jurídica.

Parágrafo 1°. Las sanciones a imponer dependerán de la mayor o menor gravedad de la conducta, de su clandestinidad o no, del daño real o potencial creado, de la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, de la intensidad de la culpabilidad y de la importancia de la persona jurídica en la comisión del delito. Parágrafo 2°. El juez velará por la protección de las garantías del debido proceso.

* Es importante mencionar que en el debate realizado en el Senado de la República, asistieron diversos representantes de gremios económicos del país, propugnando por la inviabilidad de esta figura, argumentando la indeterminación de esta responsabilidad en los términos allí consagrados. Consecuencia de ello, se realizó un cambio al texto original de este artículo, atribuyendo a las autoridades administrativas la aplicación de sanciones cuando se infiera la conducta contraria a derecho. Dicho en otras palabras, la responsabilidad de las personas jurídicas debía mantenerse en el ámbito del Derecho Administrativo.

¹⁴⁰ CALDAS BOTERO. Luisa Fernanda. Globalización y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a las empresas. Op. Cit. p. 275.

A renglón seguido, también es vital la referencia a la ley 491 de 1999, mediante la cual se estableció el seguro ecológico y se modificó el Código Penal. Esta consagraba la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, disposición que posteriormente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-843 de 1999.

En materia procesal, con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en el tema concerniente, el artículo 91 hace referencia a la medida de suspensión y cancelación de la personería jurídica, permitiendo que el juez de control de garantías disponga, a petición de la Fiscalía, la suspensión de la personería jurídica o cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público. Estas medidas serán de carácter definitivo en la sentencia condenatoria, cuando exista convencimiento de que dichos entes se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

El legislador procesal colombiano hace uso de la expresión “medida” para denominar la naturaleza de esta disposición, lo cual lleva implícito una gran ambigüedad, pues si de su lectura se deduce la atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica, para algunos esta podría llegar a tener el carácter de pena o simplemente de medida de seguridad. Si por el contrario se niega esta posibilidad, podría ser entonces una medida accesoria. Lo cierto es que pese a la necesidad de definir el carácter principal o accesorio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se omitió el pronunciamiento sobre este aspecto de vital importancia; pues a pesar del reconocimiento de capacidad criminal por parte de las personas jurídicas que la lectura de este artículo llega a arrojar, ello apenas es un intento parcial, ya que no existe en la actualidad una normatividad que resuelva de forma integral el asunto.

Recientemente, la ley 1474 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, denominado “Estatuto Anticorrupción”, en su capítulo II, por el cual se establecen medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada, en su artículo 34 establece medidas contra las personas jurídicas. En realidad esta disposición no hace nada diferente que remitirse a la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 91 de la ley 906 de 2004, cuando la comisión del delito atente contra la administración pública. Así mismo, se reitera su reconocimiento en el ámbito de la responsabilidad civil, cuando en su inciso 2° dispone: “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”¹⁴¹.

Como se observa, la labor legislativa insuficiente del país en esta materia, da como consecuencia la falta de un cuerpo normativo completo que contemple sanciones efectivas, cuyo objetivo sea contrarrestar la criminalidad económica, como si sucede en otros estados; este es el motivo por el cual no se ha dado un verdadero avance en la aceptación de la figura. Por ello es permitido afirmar que aún es largo el camino que queda por recorrer, pues hasta el momento no existe una latente intención política que impulse al legislador a realizar una tarea juiciosa.

¹⁴¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 1474 de 2011. Artículo 34. Inciso 2°.

5.4. Análisis de problemas sustanciales en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas: El injusto, la culpabilidad, la teoría del error y la proscripción de la responsabilidad objetiva.

Es claro que, desde una visión netamente criminológica, las personas jurídicas en realidad constituyen agentes de riesgos para bienes jurídicos, y cometen delitos. Desde el punto de vista dogmático, se suelen presentar dificultades en sede de la estructuración de un modelo de imputación penal para la criminalidad empresarial, por el hecho de optar por una teoría del delito concebida tradicionalmente para la persona física, objeciones que se han ido refutando, como se verá más adelante. Sin compartir la concepción de JAKOBS ya esgrimida, en donde los criterios de imputación tienen como fundamento la estabilización del sistema social, se cree viable la tesis de crear un sistema de imputación penal a la persona jurídica de acuerdo a sus características, con categorías análogas a las del derecho penal existente, acogiendo el modelo de la *culpabilidad empresarial por defecto de organización*, en donde la responsabilidad se fundamenta en la propia culpabilidad de la persona jurídica, por no haberse organizado internamente de una forma debida para la prevención de delitos.

Como afirma la profesora LAURA ZÚÑIGA, “los peligros y lesiones de bienes jurídicos dentro de una empresa, son la mayoría de las veces resultado de defectos de una serie de conductas atribuibles a la organización de la propia empresa (políticas de empresa), que no pueden individualizarse en una concreta decisión de una concreta persona, sino en una deficiencia de largos años de falta de cuidado del riesgo consciente”¹⁴².

¹⁴² ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. España: Aranzadi, 2000. p. 221.

Ahora bien, las corrientes funcionalistas en boga han pretendido orientar la dogmática a la función social del derecho penal¹⁴³, dando por sentado que la responsabilidad penal debe tener una función social de protección preventiva de bienes jurídicos, de tal forma que la dogmática se está abriendo a los problemas sociales. Afirma ROXIN que el fin de la pena debe orientarse preventivamente, esto es, a impedir delitos futuros. “Ya que el derecho penal es un instrumento de gobierno y control sociales también debe perseguir únicamente fines sociales. Una teoría retributiva, en la cual la imposición y la medida de la pena son independientes de las necesidades sociales, carece de legitimación social”¹⁴⁴.

Desde esta fundamentación, ya paradigmática, si se concibe a la culpabilidad como categoría funcional encaminada a proteger preventivamente bienes jurídicos, y a la norma penal en su función de motivación, es más razonable comprender a la persona jurídica como sujeto de imputación penal¹⁴⁵, que en la actualidad se erige como el principal agente de riesgos. El injusto y la culpabilidad, como conceptos fundamentales de la responsabilidad penal, son aplicables al ente colectivo, si se tiene en cuenta que el concepto de acción (al que se alude para atacar la viabilidad de esta responsabilidad) no cumple una función trascendental en la teoría del delito para delimitar lo penalmente

¹⁴³ BERRUEZO, Rafael. Delitos de dominio y de infracción de deber. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009. p. 13.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. A manera de prólogo: reflexiones sobre la configuración del sistema penal. En: FERRÉ OLIVE, Juan Carlos; NUÑEZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA. Derecho Penal Colombiano, Parte General. Bogotá: Ibáñez, 2011. p. 45.

¹⁴⁵ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, op. cit., p. 224.

relevante¹⁴⁶, y que lo importante es la presencia de un resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico en donde intervienen factores humanos evitables¹⁴⁷.

5.4.1. El injusto general y objetivo

Se fundamenta, como ya se señaló, en la *dañosidad social evitable*: la norma penal es norma de valoración y norma de determinación, en donde el desvalor de acción queda subordinado al desvalor de resultado para la configuración del injusto¹⁴⁸. Bajo la idea de un injusto objetivo, que se funda en la lesión de un bien jurídico evitable¹⁴⁹ (y no exclusivamente en un injusto personal, propio del finalismo), es posible reconocer que los entes colectivos también pueden cometer injustos. Ciertamente, el carácter de norma de determinación es aplicable a las personas jurídicas: “Si las personas jurídicas actúan dentro del tráfico social y económico mediante sus órganos, los cuales miden riesgos, evalúan costos y beneficios, tienen honor o reputación, realizan contratos y una serie de conductas con responsabilidad en el ámbito civil y administrativo, ¿cómo es posible sostener que no les llega el mandato de la norma penal y que no son motivables?”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ A lo sumo cumple una función negativa, para establecer que no es acción penalmente relevante. La acción ya no es la piedra angular y el punto de arranque de la imputación; lo relevante es el tipo de injusto, la dañosidad social evitable, “el resultado que viene a ser plasmación del riesgo desaprobado por el ordenamiento (suceso evitable que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos importantes)”. ZÚÑIGA RODRIGUEZ, op. cit., pp. 228-229. Como diría ROXIN, “el injusto se concreta mediante la teoría de la imputación objetiva”. ROXIN, Claus. A manera de prólogo...op. cit., p. 49.

¹⁴⁷ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, op. cit., p. 233.

¹⁴⁸ De hecho, la ley penal colombiana se afina en el desvalor de resultado, “al referirse al principio de lesividad y a la categoría de la antijuridicidad, oportunidad en la cual exige la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado”. VELÁSQUEZ, Fernando. La teoría de la conducta punible en el nuevo código penal. En: Nuevo Foro Penal [en línea]. N° 63. Bogotá. (2000). p. 10. <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_31.pdf> [citado en agosto 12 de 2011]

¹⁴⁹ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, op. cit., p. 229.

¹⁵⁰ *ibíd.*, p. 230.

Tratándose de la protección de bienes jurídicos colectivos, existe una relación entre la norma y sus destinatarios (las empresas) fundada en la necesidad de protección de dichos bienes, por lo cual es viable afirmar la calidad de sujetos activos de las personas jurídicas.

Se cree conveniente optar por el modelo de culpabilidad de la empresa por defecto de organización, ya explicado anteriormente, en donde se exige: 1) La existencia de un delito, 2) realizado por un miembro de la empresa, 3) dentro del marco propio de sus actividades empresariales y 4) buscando beneficios para la entidad. Sin embargo, y he aquí el evidente distanciamiento con el modelo de responsabilidad vicarial (que termina siendo objetiva), se vislumbran en este modelo dos clases de injustos diferenciados: el injusto personal cometido por el sujeto que ha actuado dentro de la empresa, y el injusto de la persona jurídica. Así, puede haber responsabilidad penal de la empresa incluso sin existir responsabilidad penal individual, ya sea porque, dada la intrincada complejidad empresarial, no se ha podido identificar plenamente a la persona autora del hecho, o porque ha sido exonerado de responsabilidad¹⁵¹. Y esto es así por la dañosidad social evitable, ocasionada por defectos de organización imputables a la propia empresa. En este nivel de estructuración de la conducta típica (en donde el legislador debe proponer claramente en qué delitos de la parte especial del código se sancionarán a las personas jurídicas¹⁵²) y antijurídica, se constata la concreción del riesgo no permitido para el bien jurídico, que ha implicado su lesión o puesta en peligro (dañosidad social).

¹⁵¹ FERRÉ OLIVE, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Derecho Penal Colombiano, Parte General. Op. cit., p. 741.

¹⁵² Con el fin de salvaguardar el principio de legalidad. NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal [en línea]. Madrid. (2008). p.18. <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf> [citado en julio 30 de 2011]

5.4.2. La imputación subjetiva. Error de tipo y causales de justificación.

Como se ha dicho, la responsabilidad de la persona jurídica debe ser independiente de la responsabilidad de la persona natural, de tal manera que, siguiendo este modelo de culpabilidad empresarial, la responsabilidad de la persona jurídica subsiste cuando no se ha podido identificar al autor individual del hecho, o la responsabilidad individual se ha extinguido (v.g., muerte del reo, prescripción, indulto, cumplimiento de la pena, etc.). Empero, son coincidentes las propuestas de FERRÉ OLIVÉ y NIETO MARTÍN en el sentido de admitir que la concurrencia de causales de atipicidad (v.g., error de tipo), de ausencia de antijuridicidad (v.g., estado de necesidad) y de inculpabilidad (v.g., error de prohibición) en la persona individual excluye también la responsabilidad penal de la persona jurídica. La exclusión del injusto que opere para la persona individual (ante la ausencia de relevancia penal del hecho, ya sea por falta de tipicidad objetiva, tipicidad subjetiva o justificación, que descartan claramente el delito del miembro de la empresa) excluye el injusto del ente colectivo, conclusión lógica y razonable en la medida en que necesariamente debe existir un delito, ya que “de lo contrario se estaría sancionando a las empresas por no haberse organizado correctamente, lo que violaría claramente el principio de legalidad penal”¹⁵³.

En el *error de tipo*, la voluntad del sujeto no va dirigida a realizar el tipo penal, y falta el dolo respecto de la acción: aquí, “el sujeto no sabe lo que hace, mientras que en el error de prohibición el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que le estaría

¹⁵³ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Derecho Penal Colombiano, Parte General. Op. cit., p. 740.

permitido”¹⁵⁴. El error de tipo genera la atipicidad de la conducta por falta de dolo, si es invencible; si es vencible, se castiga a título de culpa, si la ley penal prevé el tipo correspondiente.

El artículo 32 del código penal contiene una enumeración de las causas de exclusión de la responsabilidad. Se consagra en el numeral 10 el error de tipo invencible, y el error sobre los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad penal¹⁵⁵. El error de tipo vencible “será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa” (art. 32.10, inc.2).

Ahora bien, es menester referirse al problema de la imputación dolosa o culposa del ente colectivo, porque es evidente, como ya se explicó, que el modelo de culpabilidad empresarial permite la responsabilidad de la persona jurídica sin que sea necesaria la responsabilidad de un agente individual (cuando no se ha podido identificar al causante del hecho, o es exonerado). Si se trata de dos injustos diferentes, hay que diseñar la forma en que podría darse la responsabilidad subjetiva de la persona jurídica, para ser coherentes con la no admisibilidad de la responsabilidad objetiva, norma rectora de nuestro código penal.

Resulta interesante en este punto la propuesta de la profesora LAURA ZÚÑIGA, quien recuerda la tendencia moderna de considerar la “consciencia del riesgo para bienes jurídicos” como elemento decisivo del dolo, y la dificultad de determinar desde un punto de vista material su aspecto volitivo, para considerar, de esta forma, que es viable

¹⁵⁴ AGUDELO, Nodier. Defensa putativa. Teoría y práctica. Aspectos jurídicos y psicológicos. Medellín: Colección nuevo foro penal, 1990, p. 19.

¹⁵⁵ Art. 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:... 10.- Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

sostener una imputación dolosa para el ente; así, trayendo a colación una jurisprudencia del TJCE sobre derecho de la competencia (Asunto T-29/92), se afirma, para explicar mejor el concepto, que “no es necesario que la empresa tuviera consciencia de infringir la prohibición contenida en dichas normas, es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto o el efecto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado”¹⁵⁶, de tal forma que basta con la representación del riesgo para la producción del resultado lesivo: por ejemplo, si la empresa actúa con desprecio manifiesto de las normas del mercado, comete infracción a la competencia con dolo¹⁵⁷. En tratándose de la culpa, esta se concibe como la ausencia de conocimiento de la peligrosidad objetiva de la conducta. Así, cuando la empresa no tiene conocimiento de que su conducta infringe la libre competencia, se le imputa la infracción a título de culpa¹⁵⁸; es necesario recordar que la imprudencia constituye primigeniamente un supuesto de error en el que incurre el autor, al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar, como advierte JAKOBS¹⁵⁹. Por lo tanto, estructuralmente la culpa es similar al error de tipo vencible.

Respecto a las causas de justificación, la doctrina ha planteado algunas dificultades en su aplicación a las personas jurídicas, y en el campo de los delitos económicos¹⁶⁰:

¹⁵⁶ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, op. cit., p. 236.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 236.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 237.

¹⁵⁹ “El autor en la imprudencia yerra al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar. Este error puede presentarse de dos formas: el autor puede que ni siquiera piense en que algo es real o no, o bien puede imaginarse positivamente que algo es no real cuando de hecho lo es. Ejemplo: quien conduce un automóvil con los frenos averiados puede no pensar en la posibilidad de un accidente o suponer positivamente que no se va a llegar a un accidente; en todo caso, concurre un error si en realidad acaece un accidente”. JAKOBS, op. cit., p. 381.

¹⁶⁰ “El principal problema que existe para el reconocimiento de la legítima defensa en delitos de bien jurídico supraindividual es la agresión, pues teniendo en cuenta que quien la realiza debe ser el mismo titular del bien jurídico sacrificado, en estos eventos, el ataque necesariamente debe provenir de la

1. La doctrina exige, en el caso de la legítima defensa, que el ataque sea realizado por una persona humana, rechazándose la posibilidad de admitir agresiones de personas jurídicas y de la colectividad¹⁶¹.
2. H. H. JESCHECK es uno de los penalistas que niega la posibilidad de admitir una legítima defensa de bienes jurídicos colectivos, pero “reconoce la posibilidad de defender los bienes jurídicos individuales del Estado o de otras personas jurídicas públicas”¹⁶², como por ejemplo la propiedad pública.
3. La defensa de los denominados “bienes jurídicos colectivos” mediante las causales de justificación (principalmente legítima defensa y estado de necesidad) es un tema muy debatido en la doctrina (aceptan dicha posibilidad MEZGER, MAURACH y WELZEL) y en la jurisprudencia en Alemania. Una sentencia de la Corte Suprema de ese país (SRGSt 63, 215) afirma sobre este tema que “también se puede actuar en legítima defensa a favor de personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, si se alzan agresiones antijurídicas contra sus bienes jurídicamente protegidos. No se ve ninguna razón por la que, por ejemplo, la defensa frente a una agresión de hurto al patrimonio de una sociedad anónima o de un municipio pudiera tratarse desde el punto de vista de la legítima defensa de modo distinto que frente a la agresión de la propiedad de un particular. De ello se desprende que también hay un derecho de legítima defensa

colectividad o del Estado”. CASTRO CUENCA, Carlos y RAMÍREZ, Paula. Derecho penal económico, Parte general. Bogotá: Ibáñez. 2010. p. 172.

¹⁶¹ A lo sumo, como dice ROXIN, se podría admitir solamente la defensa frente a los órganos humanos de la persona jurídica que actúen antijurídicamente. *Ibíd.*, P. 172.

¹⁶² *Ibíd.*, p. 179.

del ciudadano individual frente a agresiones antijurídicas a los intereses vitales del Estado”¹⁶³.

4. Creemos que, en principio, podría invocarse un estado de necesidad a favor de la persona jurídica, si se cumplen los requisitos¹⁶⁴, aunque es necesario tener en cuenta que las empresas suelen, por conducto legal, asumir determinados riesgos o peligros, por lo que en estos casos no podrían alegar esa justificante. Estos problemas tienen, de entrada, bastante relación con la admisibilidad dogmática de las causales de justificación en los bienes jurídicos supraindividuales propios del derecho penal económico, por lo que se debe analizar caso por caso, si se cumplen los requisitos de cada figura. Como concluye CASTRO, “la posibilidad de reconocer las causales de justificación como formas de salvaguarda de los bienes jurídicos supraindividuales no puede negarse solamente con fundamento en criterios político-criminales basados en el miedo, sino que debe analizarse caso por caso, exigiendo para su concurrencia el carácter actual y antijurídico de la agresión y la necesidad y proporcionalidad de la defensa”¹⁶⁵.
5. Por lo demás, si una causal de justificación concurre en la persona individual, dicha circunstancia excluye también la responsabilidad penal de la persona jurídica, como se dejó claro líneas atrás.

¹⁶³ CASTRO CUENCA, Carlos. Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva, en *Dikaion*, no. 15, noviembre de 2006. Universidad de la Sabana. p. 222. <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1354/1490>> [citado en noviembre 19 de 2011]

¹⁶⁴ 1. Existencia de un peligro actual o inminente; 2. No debe ser evitable de otra manera; 3. El sujeto que la alega no debe haberse colocado imprudentemente en esa situación de peligro. 4. No debe existir el deber de soportar ese riesgo: “Existen imposiciones legales frente a ciertos deberes que deben soportar algunas personas, razón por la cual en estos casos esas personas en ejercicio de los deberes no podrán invocar la causal, ni sacrificar los bienes de otros a favor de los suyos”. MONROY VICTORIA, William. Causales de exclusión de la antijuridicidad. En: *Lecciones de derecho penal, parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 350.

¹⁶⁵ CASTRO CUENCA, op. cit., p. 228.

5.4.3. La culpabilidad. La proscripción de responsabilidad objetiva.

La culpabilidad debe ser entendida normativamente, concretamente como un problema de merecimiento y necesidad de pena en base a capacidades para ser destinatarios de la norma penal; la culpabilidad para la persona jurídica es una decisión racional que se basa en esa capacidad de motivación y de prevención general¹⁶⁶.

Con base en la teoría de la organización defectuosa de la empresa (TIEDEMANN), a las personas jurídicas puede exigírseles una organización que tenga en cuenta medidas de vigilancia y control oportunas, encaminadas a evitar la comisión de delitos por parte de sus miembros. El fundamento de la sanción penal lo brinda, siguiendo esta teoría, el defecto de organización, esto es, la desorganización, la no adopción de medidas para garantizar el desarrollo ordenado de la actividad empresarial, que permite que dentro de la empresa se cometan delitos¹⁶⁷. Debe existir, para predicar la responsabilidad penal, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Ahora, es necesario, para estructurar un régimen de responsabilidad basado en esta fundamentación, la exigencia legal de una autorregulación en lo que respecta a su organización interna, en donde se incluyan como tal programas de prevención de delitos, mecanismos de control y auditoría, códigos de conducta, disciplinarios y sancionatorios; esto es fundamental, porque en caso de comisión de un delito, no existirá culpabilidad si la empresa ha establecido oportuna y correctamente los mecanismos de gestión y control preventivos del delito; ahora bien, según FERRE OLIVÉ, si la empresa demuestra un comportamiento postdelictivo

¹⁶⁶ZÚÑIGA RODRIGUEZ, op. cit., p. 237.

¹⁶⁷FERRÉ OLIVE, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Derecho Penal Colombiano, Parte General. Op. cit., pp. 741-742.

adecuado, adoptando las normas internas pertinentes para evitar nuevos delitos en el futuro, la culpabilidad y la pena pueden llegar a desaparecer¹⁶⁸.

Se prefiere este sistema porque el modelo de responsabilidad vicarial, ya visto, es de responsabilidad objetiva; aquí se sanciona por no haber controlado en debida forma la marcha de la empresa. Siguiendo el artículo 12 del código penal colombiano, solo se sancionan conductas cometidas con culpabilidad, quedando erradicada toda forma de responsabilidad objetiva. Lo cual significa la necesidad de incorporar, con miras al establecimiento de la responsabilidad penal, la responsabilidad subjetiva por el hecho injusto, en el marco del dolo o la culpa y dentro de los límites de lo personalmente evitable¹⁶⁹; así, “nadie puede ser sancionado penalmente por un hecho involuntario, imprevisible o incontrolable, es decir por un movimiento o una consecuencia que no han dependido de la propia o interna decisión del sujeto agente”¹⁷⁰. Para la Corte Constitucional, es claro que el establecimiento de un régimen de responsabilidad penal para la persona jurídica, debe en todo caso respetar el debido proceso y la prohibición de responsabilidad objetiva: “No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad”¹⁷¹.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 741.

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas. Bogotá: Ibáñez, 2011. p. 307.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 307.

¹⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-320 de 1998.

Ciertamente, el principio de culpabilidad y la prohibición se respetan se considera que se debe partir de la existencia comprobada de un delito; así, si hay un autor plenamente identificado, se debe acreditar en juicio la imputación dolosa o culposa del hecho injusto (responsabilidad subjetiva), lo que redundaría, en caso afirmativo, en una responsabilidad penal de la persona jurídica por defecto de organización empresarial, esto es, por haber permitido la realización de dicha conducta delictiva omitiendo los controles de prevención¹⁷². En este caso, deben concurrir los presupuestos de la responsabilidad individual para que se pueda sancionar a la persona jurídica, lo cual creemos no atenta contra el principio de personalidad de las penas¹⁷³ (respecto a los “socios” inocentes) ya que, como muy bien lo aclara NIETO MARTÍN, todas las sanciones tienen efectos colaterales sobre terceros inocentes, y además, en armonía con el modelo de culpabilidad empresarial, “la pérdida patrimonial que experimenta el socio es similar a cualquier otro riesgo derivado de una mala gestión”¹⁷⁴. Ahora, he aquí la innovación más interesante en este modelo. Dado que se estructura la responsabilidad en

¹⁷² En el caso de los sujetos que se aprovechan de la estructura de una empresa para cometer delitos, “considero que podría darse una doble imputación: Primero, a los propios individuos, a través del sistema de responsabilidad individual (que debe seguirse perfeccionando), por sus actuaciones dolosas o culposas. Segundo, podría existir una situación de defecto de organización de la propia empresa que propicia la comisión de actos ilícitos, muy similar a la de la omisión del deber de vigilancia de los titulares de la empresa (del par. 130 OwiG), en cuyo caso se perfecciona un ilícito de la propia organización empresarial y, por tanto, podría imponérsele una sanción penal. No habría infracción al ‘non bis in ídem’, porque constituyen injustos diferentes, cada uno con su configuración propia”. ZÚÑIGA RODRIGUEZ, op. cit., p. 234.

¹⁷³ Crítica que formula REGÍIS PRADO, lo cual da cuenta del intenso debate doctrinal: “Sobre el principal criterio expuesto para justificar la culpabilidad de la propia persona jurídica (v.g., culpabilidad por defecto de organización), teniendo en cuenta las categorías sociales (culpabilidad social), se objeta, correctamente, que ‘la culpabilidad de la persona colectiva, en ese sentido (como ya ocurre con su acción) continúa siendo también una ficción, ya que la organización defectuosa no puede ser realizada por la propia persona colectiva, sino por sus dirigentes’. Eso significaría, por tanto, fundamentar la culpabilidad en hecho ajeno —culpabilidad presumida—, ya que la responsabilidad de la persona jurídica estaría basada en la imputación del hecho culpable de su órgano o representante, en una violación flagrante del principio de culpabilidad”. REGÍIS PRADO, Luis. *La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho penal brasileiro*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 6 (2000). p. 279. <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_62.pdf> [citado en noviembre 19 de 2011]

¹⁷⁴ NIETO MARTÍN, op. cit., p. 6.

una culpabilidad propia de la empresa, si no se identifica al responsable individual del hecho (comprobado) o no es posible su persecución penal, la responsabilidad penal de la empresa puede seguirse persiguiendo por razón del llamado “disturbio empresarial” o desorganización interna en razón de la falta de políticas de prevención, que debe acreditarse: la responsabilidad, entonces, no depende de la sola causación material de un resultado de lesión o puesta en peligro, porque debe configurarse este defecto de organización, fenómeno controlable y dependiente de los miembros de la empresa.

En España, como lo reconoce la profesora LAURA ZÚÑIGA, en coincidencia con la jurisprudencia colombiana, el Tribunal Constitucional ha desechado la posibilidad de una responsabilidad objetiva, por lo que, para ser respetuosos con el principio de culpabilidad, la responsabilidad subjetiva podría predicarse, tal como lo propone esta autora, de los entes colectivos, teniendo en cuenta el elemento esencial del dolo, cual es la “representación del riesgo para bienes jurídicos” (como ya se explicó anteriormente), que puede inferirse de los comportamientos asumidos por las empresas en el mercado: un ente reincidente en la asunción de políticas de control, en la comisión de faltas e imposición de sanciones civiles y/o administrativas (o que desconoce la relevancia penal de su conducta, en caso de culpa) que permite, por consiguiente, a raíz de este defecto organizacional, la producción de un delito, debe ser sancionado, respetándosele su derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Por ejemplo, si la empresa logra demostrar, en ejercicio de este derecho, que efectivamente si asumió los mecanismos de gestión, organización y control para evitar delitos, a pesar de la existencia del ilícito, podría quedar exonerada de responsabilidad, propuesta congruente con la posición de la Corte Constitucional en la materia.

Así, en relación con la imputación subjetiva del ente colectivo, es interesante la propuesta de ZÚÑIGA: “Los criterios de imputación por dolo y por culpa, deben ser entendidos con carácter asociacional: previsibilidad del resultado (actuación culposa) y cognoscibilidad del

resultado (actuación dolosa), donde la actuación (entendida con todas sus complejidades, no de una persona, sino de la empresa) que denote mayor peligrosidad objetiva del resultado da lugar a la imputación dolosa y la actuación que denote menor peligrosidad objetiva del resultado, dará lugar a una imputación culposa. No se trata de sumar dolos, ni sumar culpas, sino de observar las actuaciones en clave organizacional”¹⁷⁵.

El tema de por sí ha generado intensa polémica y no hay una opinión dominante; se ha intentado plantear en esta monografía, algunos problemas y ciertas ideas de carácter dogmático y jurisprudencial, sugeridas por los doctrinantes, a tener en cuenta para estructurar, en el futuro, un modelo de responsabilidad coherente, basado en la culpabilidad empresarial, y que aun no se ha implementado en nuestro país.

En lo que respecta al *non bis in ídem*, ciertamente, en empresas donde la dirección suele estar en manos de unos cuantos socios o accionistas, quienes además son generalmente las personas penalmente responsables, evidentemente puede existir una doble sanción. El *bis in ídem* podría evitarse, siguiendo a NIETO MARTIN, de dos formas: “La primera es restringir la responsabilidad de las personas jurídicas a las sociedades que superen un determinado tamaño. Donde desde un punto de vista ‘real’ cabe hablar de dos personas distintas. La segunda solución es la adoptada por el Proyecto de reforma del CP y consiste en la posibilidad de que el juez: ‘Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa’, module las respectivas cuantías. La propuesta que presento adopta ambos caminos: no responsabilidad penal para

¹⁷⁵ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, op. cit., p. 237.

personas jurídicas de menos de 50 trabajadores, y posibilidad de compensación en medianas empresas de hasta 250 trabajadores”¹⁷⁶.

6. INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DE LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA

6.1. Mecanismos administrativos del ordenamiento nacional

Bajo el derecho administrativo sancionador, la creación de un tipo de sanciones específicas en este ámbito podría decirse que tiene un motivo, y es el de la actuación sobre aquello que aun no está criminalizado, pero merece una sanción estatal por vulnerar el ordenamiento, dejando el derecho penal como *ultima ratio*. Optar por este mecanismo resulta una solución apropiada para aquellos que reconocen el potencial criminal de las personas jurídicas, pues sus efectos adversos son evidentes, pero al mismo tiempo se encuentran ante la imposibilidad de admitir la imposición de verdaderas sanciones emanadas del derecho penal.

Debe anotarse que esta cuestión, de una extensión considerable, no podrá ser abarcada de forma detallada, pues su profundidad desborda el tema de esta monografía. Lo cierto es que no existe un compendio de normas administrativas sancionatorias, único y completo que ratifique las sanciones que dependiendo del delito cometido, la administración impone a los infractores.

A modo de referencia, en el ámbito del derecho financiero, las sanciones administrativas son impuestas por la Superintendencia Financiera. Específicamente, tratándose de situaciones donde las personas jurídicas ejercen funciones de intermediación financiera

¹⁷⁶ NIETO MARTÍN, op. cit., p. 7.

sin autorización, se encuentran las acciones administrativas como consecuencia de la captación masiva y habitual. Al lado de las sanciones penales, la Superintendencia Financiera se encuentra facultada para adoptar una serie de medidas cautelares contra las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las entidades vigiladas sin la correspondiente autorización. Así, el numeral 1° del artículo 108 del EOSF establece como medidas cautelares:

- a) La suspensión inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas hasta por un millón de pesos (\$ 1.000.000) cada una.
- b) La disolución de la persona jurídica.
- c) La liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinente los procedimientos administrativos que señala el presente estatuto para los casos de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras.

Parágrafo. La Superintendencia Bancaria establecerá, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público.

Por otro lado, en el derecho ambiental, la potestad sancionatoria es ejercida a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos, los establecimientos públicos ambientales y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales (UAESPNN). Los tipos de sanciones administrativas y medidas preventivas que la administración debe imponer a quienes causan daño ambiental o vulneran la normatividad ambiental,

se encuentran en la Ley 1333 de 2009, por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental. Su artículo 40 señala diversas sanciones que se impondrán como principales o accesorias al responsable de la infracción ambiental. Dentro de ellas se encuentran:

1. Multas diarias hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
2. Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio.
3. Revocatoria o caducidad de licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro.
4. Demolición de obra a costa del infractor.
5. Decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
6. Restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres.
7. Trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental.

Debe anotarse que en esta materia, se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo, para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales. El párrafo 2° del artículo precedente, define que el Gobierno Nacional definirá mediante reglamento los criterios para la imposición de las sanciones, definiendo atenuantes y agravantes. Se tendrá en cuenta la magnitud del daño ambiental y las condiciones socioeconómicas del infractor.

6.2. ¿Derecho penal o derecho administrativo sancionador?

En este punto, es de vital importancia mencionar el debate doctrinal presentado de tiempo atrás, al intentar establecer la diferenciación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. Considerando que estas dos ramificaciones del derecho público expresan el fundamento y los límites del poder punitivo, excepcional y unitario, radicado en cabeza del Estado, el cual lo faculta para emplear diversos medios para corregir, reprender y prevenir aquellos ilícitos de carácter penal o administrativo; su regulación encuentra sustento en el artículo 29 de la Constitución política nacional, cuyo contenido describe el debido proceso. Con base en ello, desde hace mucho se ha intentado establecer la diferencia sustancial entre estos tipos de injustos que se erigen sobre el mismo pilar: *el ius puniendi* estatal.

GOLDSCHMIDT, sustentaba una diferencia ontológica entre estos tipos de injustos. El derecho penal protege derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados, mientras que el derecho administrativo debe proteger frente a la desobediencia de los mandatos de la administración, pues está al servicio del orden público y del bienestar en general; por ello no contienen un desvalor ético¹⁷⁷. Sin embargo, esta diferencia no es posible sostenerla en la realidad de hoy, pues no hay duda de que, tanto el injusto administrativo como el penal, lesionan bienes jurídicos. Por tanto, parece que en la actualidad no existe una diferencia ontológica por su contenido, sino únicamente por la naturaleza de la sanción propuesta para cada uno de ellos¹⁷⁸.

¹⁷⁷ GOLDSCHMIDT, Das Verwaltungstrafrecht, p. 529, citado por Bacigalupo Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p. 239.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO. Derecho penal. Parte general. p.34, citado por Bacigalupo Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p.239.

Otros basan la diferenciación en el tipo de sanción aplicable. La multa, como sanción administrativa, se diferencia de la pena criminal en su esencia, ya que no puede entenderse como pena, sino como advertencia del deber, que presenta unas características de aplicación distintas. Por ejemplo, no da lugar a antecedentes penales, cabe la posibilidad de ser aplicada a personas jurídicas y no permite la prisión subsidiaria en caso de impago¹⁷⁹. De esta manera, no existe una diferencia ontológica por su contenido, sino únicamente por la naturaleza de la sanción propuesta para cada una de ellas.

La tesis acogida actualmente por la mayoría es que la diferencia radica en el órgano competente para imponer la sanción. Serán penas aquellas consideradas como tales por la ley y aplicadas por el poder judicial. Se trata de una distinción cuantitativa, ya que lo único que permite distinguir una pena de una sanción administrativa es el órgano del estado que las aplica. Cualitativamente, su ilicitud sigue siendo la misma¹⁸⁰.

ROXIN sostiene en esta misma dirección, que tanto los hechos punibles, como las infracciones administrativas, lesionan bienes jurídicos. Por el contrario, el criterio que permite determinar su diferencia es el principio de subsidiariedad. Se recurre a la sanción administrativa (en su mayoría pecuniaria), cuando la perturbación social se puede subsanar mejor o de igual forma que con una pena. Lo cierto es que la finalidad de ambas sanciones es la misma: castigar la conducta de un sujeto que ha infringido el ordenamiento jurídico¹⁸¹.

¹⁷⁹ BAJO FERNANDEZ, Miguel. La unidad del derecho sancionador [en línea]. Madrid: Universidad Autónoma. p.7. <<http://www.miguelbajo.com/publicacion/normal/024.pdf>> [citado en agosto 17 de 2011]

¹⁸⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO. Derecho penal. Parte general. p.34. citado por Bacigalupo Silvina. Op.cit., p.240.

¹⁸¹ SUAY RINCÓN. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma.1986. p.204, citado por Bacigalupo Silvina. Op.cit., p.243.

También en la doctrina administrativa, autores como GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, defienden la tesis de la identidad sustancial de las sanciones administrativas y penales. La potestad sancionadora de la administración no es una potestad administrativa más, sino que al ser parte de la potestad punitiva del Estado, es en el orden formal donde se encuentran las diferencias sustanciales entre estas, a decir, la autoridad que la aplica, el procedimiento utilizado y la sanción.

La Corte Constitucional colombiana en varias ocasiones se ha pronunciado al respecto, intentando afirmar la diferencia existente entre uno y otro: *“aunque desde un punto de vista conceptual pueda parecer difícil distinguir entre la actividad sancionatoria en cabeza de la Administración y la actividad sancionatoria jurisdiccional, lo cierto es que una y otra acusan diferencias no solo normativas sino también sustanciales: en cuanto a las primeras, puede decirse que en el proceso sancionatorio administrativo se juzga el desconocimiento de normas relativas a deberes para con la Administración y no de estatutos penales propiamente tales, y que en él está descartada la imposición de sanciones privativas de la libertad. Además la decisión sancionatoria adoptada por la Administración está sujeta a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisprudencia también ha establecido diferencias sustanciales con base en los distintos fines que se persiguen en cada caso: la actividad sancionadora de la Administración persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), al paso que la actividad jurisdiccional en lo penal se orienta a la preservación de bienes sociales*

más amplios y a la consecución de fines de tipo retributivo, preventivo o resocializador”¹⁸².

Ahora, si bien no suelen existir reparos en diferenciar el hecho punible de la sanción administrativa, a lo menos de manera formal, otro debate conceptual se suscita, entre quienes piensan que a los últimos comportamientos mencionados les es aplicable el procedimiento y los principios rectores del derecho penal y del código de procedimiento penal, y quienes afirman que solo es pregonable de ellos los principios generales del derecho penal. Estas posiciones han sido conocidas con las apelaciones de “criterio penalista” y “criterio administrativista”¹⁸³. El primero propugna por la aplicación del código penal en toda su extensión a las conductas administrativas, y el segundo afirma que no es posible aplicar en las conductas del derecho administrativo sancionador, las normas del procedimiento penal, sino que exclusivamente se podrán utilizar aquellas de fundamento constitucional. Lo cierto es que es innegable que los principios propios del derecho penal tienen plena aplicación en el derecho administrativo sancionador, pues en un estado democrático, el ejercicio de la facultad punitiva común tiene puntos de coincidencia esencial entre el ejercicio de imponer penas y la facultad de imponer sanciones administrativas. Ambos deben ser dotados con las mismas garantías.

En cuanto al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una parte importante de la discusión sobre este tópico radica en la necesidad de atribuir al derecho penal la responsabilidad de los entes colectivos, o si por el contrario se debe dejar al ámbito exclusivo del derecho administrativo sancionador como única medida para mitigar los efectos de los delitos económicos cometidos en el seno de las sociedades,

¹⁸² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 2002, M.P: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁸³ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. Tratamiento procesal de los delitos financieros. Bogotá: Forum Pacis. 1995. p.39

pues en algunos ordenamientos, se deja abierta la posibilidad de escoger cualquiera de estos dos mecanismos.

Dentro de las críticas alzadas en contra del derecho administrativo como herramienta útil para sancionar a las personas jurídicas, se encuentra la limitación preventiva que esta rama del ordenamiento presenta frente a hechos que merecen un castigo ejemplar, pues se trata de la vulneración a bienes de suma importancia, como la vida, la salud, el medio ambiente, etc.

Aunque otros como WEEZEL, opinan: “no existe evidencia de que la potestad sancionadora de la administración sea insuficiente para hacer frente a defectos organizativos de las empresas, y que por esta razón resulte necesaria la intervención penal. Lo que ocurre es que al derecho administrativo sancionador le falta por lo general el efecto estigmatizador del derecho penal, y con ello una parte del potencial comunicativo-simbólico que el público o una parte de él, espera”¹⁸⁴. Lo indudable es que la incapacidad para imputar individualmente responsabilidad a los autores específicos del hecho, sumado a sanciones de carácter administrativo poco efectivas que no disuaden a la abstención en la comisión de delitos, y la imposibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica, conlleva al fortalecimiento de la criminalidad empresarial.

Otra de las críticas, encuentra adeptos en el hecho de reconocer que no existe unanimidad en torno a la justificación de la sanción administrativa para las personas jurídicas, pues si se tiene en cuenta que la punición administrativa se encuentra dotada con todas las garantías que el derecho penal ofrece, hacer distinción para la escogencia de una y no otra es incomprensible. En tal sentido, “si no es de aceptarse la capacidad

¹⁸⁴ VAN WEEZEL, Alex. *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En: *Limites a la imputación penal*. Estudios 2000-2010. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011.

de acción y de culpabilidad de los entes colectivos en el derecho penal, tampoco podría aceptarse dentro del derecho administrativo”¹⁸⁵. Por esto, la tesis de identidad sustancial argumentada por la mayoría coincide de manera coherente con la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, dejando de lado al derecho administrativo sancionador como solución a la imposibilidad de implementar esta figura.

Le asiste razón a CALDAS BOTERO¹⁸⁶ cuando afirma que, si los principios de estos derechos en su mayoría coinciden, es innegable que en cualquiera de los dos regímenes de responsabilidad se mantienen las objeciones que hacen quienes consideran que de las infracciones realizadas por los entes corporativos solo se puede encargar el Derecho Administrativo. Resultaría entonces impensable como frente a comportamientos iguales se pretenda castigar a las personas naturales aplicando el instrumento de mayor coerción del Estado (el derecho penal), mientras que a los colectivos se les dé un trato diferente. Aun así, es debido esclarecer que con la anterior afirmación, no se le resta importancia al Derecho Administrativo, pues por el contrario, este es la herramienta eficaz para castigar aquellas infracciones que no tienen la gravedad para ser juzgadas por el Derecho Penal. Es de esta forma, ya que la función de la norma en materia administrativa es asegurar el cumplimiento de los fines estatales; en cambio, la gravedad de la pena radica en su función de protección y motivación, que busca la sumisión de los ciudadanos al orden jurídico establecido para garantizar la paz social, mediante fines preventivos generales. De allí que una simple sanción administrativa no sería suficiente para cumplir estos propósitos, por lo que el Estado recurre al derecho penal para castigar y lograr su cometido final: la armonía ciudadana.

¹⁸⁵ CARO CORIA, Dino Carlos. La Responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano. Op.cit., p.17.

¹⁸⁶ CALDAS BOTERO. Luisa Fernanda. Globalización y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a las empresas Op.cit., p.285.

Por otra parte, significativa frente al tópico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es la barrera que esta encuentra al ser aplicada, junto al derecho administrativo, transgrediendo el *non bis in ídem*. Bajo este principio, cuyo fundamento nace de otros, como el de legalidad y debido proceso, y se deduce de lo consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política Nacional, existe la prohibición de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado sobre la misma situación, impidiendo castigar doblemente el hecho. Con ello se busca evitar una sobreacción en el ordenamiento jurídico, es decir, que:

1. En el mismo orden punitivo, o en distintos ordenes, se establezcan dos sanciones que sumadas sean desproporcionadas a la infracción cometida (vertiente sustancial).
2. Se prohíbe dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes sobre el mismo objeto. (vertiente procesal)¹⁸⁷.

Se reconoce que una doble sanción podría provocar una condena desmedida, contraviniendo principios tales como la seguridad jurídica y la proporcionalidad, haciendo desmedida la facultad represiva del Estado. Por ello, tratándose de la vertiente sustancial, se hace necesario el cumplimiento de ciertos requisitos previstos por este principio, para verse vulnerado. En primer lugar, se encuentra el *sujeto*. Debe ser la misma persona, realizadora del hecho, a la cual se le inician dos tipos de procesos. Para autores como RAMÍREZ y CASTRO, solamente si la sanción que se asigna afecta de manera exclusiva a la persona jurídica, y excluye por tanto, a la persona natural sancionada con antelación o que lo va a ser, no puede considerarse una vulneración del

¹⁸⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico, parte general. Lima: Grijley, 2007. p. 881-884.

principio antedicho¹⁸⁸. En un esquema de responsabilidad penal de la persona jurídica, la persona física sería responsable penalmente, pero también la persona jurídica, sin que exista, como concluye WEEZEL¹⁸⁹, una identidad de sujetos, porque la sanción recae sobre dos personas distintas; fácticamente existiría una sola acción, desatada por un solo sujeto (el órgano o representante), pero se imputaría responsabilidad penal al ente también. Segundo, el *hecho*. Este debe ser exactamente el mismo. La realización antijurídica materializada debe ser sancionada tanto por la autoridad administrativa, como por el órgano jurisdiccional penal. El profesor peruano PERCY GARCIA señala que, bajo el modelo señalado por TIEDEMANN, según el cual el injusto penal de la persona jurídica no es el realizado por su órgano o representante, sino uno propio, al haberse organizado de manera defectuosa durante el desarrollo de sus actividades, favoreciendo un delito, no podría hablarse de un *bis in ídem*, porque las penas tendrían como base un hecho distinto¹⁹⁰. Por último, los fundamentos jurídicos que dan lugar al reproche, y por ende a las sanciones. Es en este punto donde se rompe la atribución a la vulneración del principio y el argumento sobre imposibilidad de implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta ocasión, se realizan dos valoraciones diferentes, pues en materia penal, el fundamento será los bienes jurídicos protegidos, y en materia administrativa será los actos que se sancionan.

La Corte Constitucional en sentencia C-260 de 1999 estableció que dicho principio “no prohíbe que una persona pueda ser objeto de dos o más sanciones de naturaleza diferente –v.g., pecuniaria, disciplinaria, administrativa o penal- por la comisión de un

¹⁸⁸ CASTRO CUENCA, Carlos y RAMÍREZ, Paula. Derecho penal económico, parte general. Bogotá: Ibáñez. 2010. p. 272.

¹⁸⁹ VAN WEEZEL, Alex. Contra la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p. 60.

¹⁹⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico, parte general. Op.cit., p. 889-890.

mismo hecho. En este sentido, por ejemplo, la Corte ha establecido que la posibilidad legal de que un funcionario público resulte sancionado penal y disciplinariamente por haber incurrido en un delito que, al mismo tiempo, constituye falta administrativa, no vulnera el principio mencionado”¹⁹¹. No hay duda de que nunca se pueden imponer dos penas o dos agravaciones respecto de un mismo hecho o una misma circunstancia; pero “esta prohibición solo puede regir cuando se trata de la misma valoración, pues si se trata de valoraciones diferentes el principio ciertamente no puede regir”¹⁹².

Sobre el papel del derecho administrativo sancionador, es fundamental tener clara esta concepción de la Corte y de la doctrina. Así, HERNANDO HERNANDEZ¹⁹³, haciendo énfasis en lo dicho por el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, cree que “el legislador ha declarado reiteradamente en los estatutos de derecho penal económico la compatibilidad de la sanción administrativa que imponen, con la consecuencia punitiva que se derivaría en el evento de constituir también delito, sin violarse por eso el sagrado derecho del *non bis in ídem*”.

Para concluir el punto de las diferencias entre estas dos ramas del derecho, la gran mayoría de autores¹⁹⁴ coinciden al afirmar que solo difieren de manera formal, pues los dos hacen parte del *ius puniendi* del Estado, y comparten la mayoría de principios rectores (proscripción de responsabilidad objetiva, presunción de inocencia, derecho de

¹⁹¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-260 de 1999.

¹⁹² “Por ejemplo, en el caso de no pago de impuestos puede darse una valoración administrativa de incumplimiento de la función y a su vez, con el mismo hecho, en la valoración penal de haberse afectado el patrimonio fiscal. En su vertiente procesal significa que un mismo hecho no puede dar lugar a la apertura de dos procedimientos, uno penal y otro administrativo”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Nuevo sistema de derecho penal. Madrid: Editorial Trotta. 2004. p. 35

¹⁹³ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. Tratamiento procesal de los delitos financieros. Op.cit., p.47

¹⁹⁴ Dentro de ellos se encuentran: Silvina Bacigalupo, Miguel Bajo Fernández, Laura Zúñiga Rodríguez, Jesús María Silva Sánchez, Luisa Fernanda Caldas Botero, entre otros.

defensa, imparcialidad, legalidad, publicidad, etc.); pues no existe en el derecho patrio un compendio de principios, que imperen en el derecho administrativo sancionador. Ciertamente es que en esta parte del ordenamiento jurídico, la regulación aun es dispersa e insuficiente.

Si bien en materia de faltas administrativas, debe analizarse inicialmente la forma en que se estructura la infracción y cómo se sistematizan los elementos que la erigen para determinar la consolidación de la conducta, no se analiza el grado de culpa, dolo o preterintención; basta la sola inobservancia de la disposición administrativa para hacer acreedor al responsable de la consecuencia sancionatoria. Empero, esto no significa una vulneración del principio de proscripción de responsabilidad objetiva, ya que es preciso aclarar que, la vigencia incuestionable de este principio del debido proceso, al interior del derecho administrativo sancionatorio, no implica, hablando históricamente, desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial, el “entronizamiento de la responsabilidad subjetiva en toda su dimensión”¹⁹⁵, teniendo en cuenta, por lo demás, que en el proceso administrativo sancionatorio, no se ponen en riesgo derechos fundamentales (como para examinar las formas de conducta), y que debe primar la protección de los intereses colectivos, el orden público económico, y una actuación eficiente y pronta¹⁹⁶. Hay otras formas de proscripción de responsabilidad objetiva en este ámbito, como por ejemplo, la sanción por la naturaleza del cargo, o con violación del derecho de defensa, por falta

¹⁹⁵ “(...) Luego entonces, debe concluirse que una cosa es la proscripción de la responsabilidad objetiva – que indefectiblemente tiene que ser y es una realidad al interior del derecho administrativo sancionatorio – pero que otra cosa es que ello deba entenderse como la obligación de examinar las formas de comportamiento (dolo/culpa) del administrado. La conclusión es definitiva: La proscripción de la responsabilidad objetiva no implica la deducción de una responsabilidad subjetiva. Esto no sólo no obedece a una obligación constitucional expresa, ni legal, como se expresara, sino que de serlo tornaría en inaplicable esta forma especial de justicia que nos ocupa, como pasa a examinarse”. JIMENEZ, Daniel Fernando. Responsabilidad objetiva, p. 6, en Artículos conmemorativos: 80 años Superintendencia Bancaria. <http://www.superfinanciera.gov.co/ComunicadosyPublicaciones/80web/archivos/DanielJim%20nez2.pdf> [citado en diciembre 10 de 2011].

¹⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 7 y 8.

de pruebas, o por ausencia de traslado de los cargos y oportunidad de formulación descargos, o por falta de motivación por parte de la administración.

En cuanto a la vertiente procesal que también debe ser valorada, al prohibirse que dos procesos concurren sobre el mismo objeto, resulta importante hacer la siguiente claridad: si bien durante este trabajo es inminente la inclinación por la aplicación del derecho penal, al valorar este principio, derecho fundamental de todo ciudadano y principio general en un Estado Social y Democrático de Derecho, debe aplicarse la sanción penal solo si la sanción administrativa aun no se ha ejecutado, y puede ser suprimida; en caso contrario, para no vulnerar el mencionado principio, debe respetarse el cumplimiento de la sanción administrativa¹⁹⁷. Esta será la forma más viable que se observa para no permitir su transgresión.

¹⁹⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico, parte general. Op.cit., p. 888.

7. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente documento se ha dilucidado el panorama actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estado del arte detallado que tocara diversos puntos del contenido de esta figura, era necesario para mostrar porque el tema aun se encuentra en medio de diversas opiniones. La posibilidad de incriminar a los entes colectivos es un asunto cada vez más controvertido por la dogmática penal y por el cual la unanimidad de criterios no se vislumbra de manera contundente. Desde los principios de la humanidad, y a través del recuento de las diferentes épocas más significativas de la historia, pequeños esbozos de la figura ya se daban, siendo más una respuesta práctica a los fenómenos sociales, que un tema propiamente dogmático. Con posterioridad, gracias a la industrialización y en especial al fenómeno de la globalización, esta figura ha tomado fuerza, llamando la atención de las diferentes naciones para dar solución a la delincuencia empresarial, donde la colectivización pone al derecho penal económico (que comprende el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico), frente a nuevos retos. Es indiscutible que la empresa como principal agente económico dentro de la sociedad actual tiene un papel protagónico, pues ella, como generadora de empleo y sobretodo riqueza, dinamiza la actividad económica dentro del devenir del mundo capitalista. Pero pese a ello, dentro de su actividad es innegable la comisión de delitos y la impunidad que bajo la estructuración de su figura se tiene, pues no existen reglas efectivas que castiguen las conductas contrarias a derecho y por ende persuadan a los sujetos de abstenerse en su comisión. En efecto, la opinión generalizada tiende a afirmar que los delitos económicos, en su mayoría, son realizados a través de una empresa.

Haciendo cuenta de esta realidad, y estudiando los distintos países pertenecientes a las clases de ordenamientos más significativos, se ve una marcada tendencia hacia la implementación de este tipo de responsabilidad, pues si bien existían varias reservas para hacerlo, en especial por el choque con los principios y categorías dogmáticas del derecho penal tradicional, varios lo han logrado, lo que conlleva a la generalización de directrices globales de lucha contra la criminalidad económica. Lo innegable es que progresivamente y a pesar de sus abstenciones históricas, los diversos estados se han volcado a su aceptación, así sea de manera tímida y limitada, lo que sin embargo, deja las puertas abiertas para que en un futuro la consolidación general de la figura en todo el ordenamiento sea posible.

En cuanto a los fundamentos teóricos que componen la discusión sobre esta figura, según lo dispuesto en el capítulo respectivo, queda claro que los argumentos sobre la incapacidad de acción, de culpabilidad y de pena, basados en la teoría individualista del ser humano y su elemento psicológico, evidentemente no encajan con el concepto de persona jurídica, ficción creada por el hombre. Pero, evidenciada la imperiosa necesidad de permitir al derecho penal regular y castigar este ámbito, diversas voces se han pronunciado para refutar dichas afirmaciones, permitiendo adecuar de una u otra manera los conceptos dogmáticos para hacer viable la aplicación de sanciones penales a las corporaciones.

Se denota así, las líneas bajo las cuales cada uno de los doctrinantes se matricula: aquella en virtud de la cual se realiza una reformulación de las categorías tradicionales del derecho penal, dando plena cabida a las actuaciones emanadas de las personas jurídicas; y la otra, donde se propone la elaboración exclusiva de un derecho penal para las personas jurídicas, de acuerdo a su naturaleza, con criterios específicos de

imputación y sanciones compatibles. En verdad, quienes amparan las tesis anteriormente descritas, parten de una visión real del presente, donde la sanción administrativa, la reparación civil y la responsabilidad penal individual, como mecanismos realmente efectivos para contrarrestar la criminalidad empresarial, son insuficientes.

La revisión efectuada permite concluir en esta materia, que bajo las diversas propuestas realizadas, sería asequible permitir la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de los diferentes ordenamientos, bajo el modelo de la culpabilidad empresarial, eso sí, respetando los principios (v.g., legalidad, proscripción de responsabilidad objetiva) y fundamentos de derecho, constitutivos de garantías sociales. El presente muestra como la dogmática jurídico-penal moderna debe evolucionar para poder tratar adecuadamente nuevos fenómenos de las sociedades contemporáneas frente a las que las respuestas tradicionales resultan insuficientes.

Concretando la materia en Colombia, en cuanto a la doctrina, los diversos autores hacen énfasis en lo propuesto por teóricos internacionales, usándolo como base para modelos de implementación acorde con el ordenamiento nacional. Las voces mayoritarias propugnan por el acondicionamiento de esta figura para estar a tono con la tendencia actual de lucha contra la criminalidad de empresa. Así mismo, la jurisprudencia nacional, a pesar de no tener antecedentes de vieja data, reconoce que la posibilidad de implementar sanciones penales a los entes colectivos no contraría la Constitución; aunque, pese a ello, su determinación se libre al legislador, cuya política sancionatoria debe ser regulada mediante un cuerpo normativo completo respetuoso de los derechos y garantías.

Dentro de la legislación, y haciendo referencia específica en primer lugar al ámbito penal, ante la imposibilidad de la persona jurídica de ser sujeto activo de delitos, se da la atribución de responsabilidad a las personas naturales, pues en el seno de las sociedades, los criterios de imputación se dirigen contra quienes actúan como sus titulares o representantes dentro de la actividad corporativa bajo el marco de la figura de actuar por otro. Sin embargo, el individuo no es el único sujeto posible del derecho penal. Este es el modelo que ha sido dominante y en función del cual se han elaborado las categorías dogmáticas de la teoría del delito, a pesar que, como se observa, el mundo actual requiera cambios en esta estructura. La persona física, por lo general no es la única responsable del delito y por eso, su sola responsabilidad resulta ineficaz para la tutela de bienes jurídicos involucrados en la moderna actividad económica.

En materia procesal penal, el artículo 91 de la ley 906 de 2004, dispone como sanción la cancelación y suspensión de la personería jurídica, lo cual puede llegar a interpretarse como un incipiente reconocimiento de la capacidad delictiva de los entes colectivos. A pesar de ello, no hay una normatividad concreta que permita atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

El derecho civil tampoco se vislumbra como alternativa viable, pues al tomar como fundamento el perjuicio y la finalidad reparadora, su acción solo contempla el ámbito reparatorio, dejando de lado aspectos de suma importancia como la prevención. Así mismo, la vía del derecho mercantil resulta insuficiente, pues trata el problema hacia el interior de la empresa, siendo ajeno a la responsabilidad frente a la colectividad. Ahora, tomando al derecho administrativo sancionador como el instrumento de lucha aplicado contra las faltas cometidas por las personas jurídicas, es claro que bajo su función se encuentran serias limitaciones preventivas, pues el ente colectivo no sufre una verdadera

punición por lo cometido, y represivas, pues la sanción administrativa se termina convirtiendo en un riesgo más que los delincuentes están dispuestos a asumir para seguir con su lucro, no siendo lo suficientemente estigmatizadora como para detener su actuar. Como afirmó alguna vez la Corte Constitucional colombiana, “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”¹⁹⁸.

Es precisamente frente a la insuficiencia de las otras ramas del derecho, que resulta una exigencia desde el punto de vista político-criminal propugnar por su implementación, pues eminente es la obligación de contrarrestar las conductas empresariales que atentan contra los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, y mitigar los efectos adversos causados. Aunque son de valorarse las dificultades que se dan al intentar elaborar una política criminal nacional compatible con el sistema normativo netamente individualista actualmente concebido; mediante una labor comprometida de adecuación por parte del legislador, esta tarea se puede lograr, ajustando la pena a las necesidades tanto represivas, como preventivas, y dando como consecuencia el logro de una cultura respetuosa a la ley, en un sistema fuerte de protección a los bienes jurídicos más preciados. Siendo de esta forma, no cabe duda de que la irresponsabilidad criminal organizada es un serio obstáculo a la eficaz prevención de conductas reprochables, el cual puede ser derribado mediante el derecho penal.

Si bien, la misma Corte Constitucional da vía libre a la aplicación de esta figura, es imprescindible realizar una correcta adecuación jurídica que permita al momento de adoptar una decisión definitiva como respuesta político- criminal del legislador a la

¹⁹⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1998.

problemática, la compatibilidad con el ordenamiento, garantizando su efectiva aplicación y cumpliendo con los objetivos previstos.

Aunque hacer una propuesta innovadora requiere de un vasto conocimiento en las ciencias jurídicas, y desborda el objetivo de esta monografía, el cual es emitir una revisión del estado del arte en esta figura, se hace necesaria la exposición de una opinión al respecto.

Admitida plenamente la capacidad de las personas jurídicas en diversas ramas del ordenamiento jurídico, siendo titulares de derechos y obligaciones, e incluso consideradas capaces de ser acreedoras de sanciones por las ilegalidades cometidas, no se entiende porque en el ámbito penal aun este reconocimiento no es posible, mas aun cuando la sociedad se encuentra expuesta y vulnerada constantemente con los hechos criminales producidos por estas. Siendo esto una auténtica realidad, y teniendo en cuenta las iniciativas tomadas por diversos estados, aun por los más cercanos y con culturas jurídicas similares, ha llegado la hora de que Colombia instrumente una intervención penal efectiva; valga la aclaración, sin obviarse la importancia en la claridad de los presupuestos para su aceptación y la determinación específica de los supuestos de imputación, pues lo que no puede ocurrir es que se establezca una simple responsabilidad objetiva.

Deberá ser una intervención plenamente compatible con la penal tradicional sobre las personas físicas parte de la organización, con la creación de una normatividad específica, que contemple las sanciones de este sujeto activo, y sin estarse vulnerando el principio del *non bis in ídem*, pues se trata aquí de dos sujetos distintos. Además, no se debe dejar de lado el énfasis especial en la verificación del hecho punible. Tanto

persona física, como persona jurídica, tienen los mismos derechos, por lo cual un debido proceso garantiza la fidelidad a la norma y un juicio justo.

Una vez comprobada la comisión del injusto, la existencia del autor competente, su motivación para actuar y también los especiales elementos de culpabilidad que tengan que ver con la competencia del imputable, se dará la sanción penal. En realidad, más allá de extender el código penal en su parte especial aumentando la tipificación de conductas, se debe pensar en la reforma de su parte general, integrando una disposición específica con respecto a la capacidad de acción, culpabilidad y pena de las personas jurídicas. Aquí es donde se encuentra la cuestión más difícil, pues replantear el dogma tradicional, introduciendo uno adicional, implica una tarea ardua de decisión legislativa y de debates previos en el seno del Congreso, en escenarios académicos y judiciales.

Refiriéndose a los sujetos destinatarios de este tipo de responsabilidad penal, habrá de considerarse la gran variedad de personas jurídicas existentes: privadas, públicas, mixtas o de hecho. Razón por la cual, el legislador deberá establecer su imputabilidad dependiendo de su carácter, magnitud y complejidad necesaria para vulnerar de manera efectiva el ordenamiento. En este sentido, han de tenerse en cuenta consideraciones como las de GÓMEZ-JARA DIEZ¹⁹⁹, para quien no se consideran imputables las “sociedades pantalla” (o empresas fachada) y las pequeñas sociedades que no tienen el grado organizativo suficiente, bastando el levantamiento del velo corporativo como mecanismo para castigar a las personas naturales culpables.

En cuanto al modelo de responsabilidad aplicable, la tesis de TIEDEMANN, (autorregulación) resulta precisa, fundamentando su viabilidad en el hecho de proveer al mismo ordenamiento de herramientas de exigencia de un comportamiento debido por

¹⁹⁹ GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS. Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel. Op.cit., p 470.

parte de las empresas, quienes en contraprestación a los derechos y libertades otorgados, deben llevar a cabo una actividad correcta, responsable y respetuosa en la sociedad en la cual se desenvuelven. En consecuencia, el presupuesto de imputación será el no adoptar las precauciones necesarias para garantizar el desarrollo de la actividad empresarial conforme a la ley. En el caso en el que el resultado fuera imprevisible o inevitable y, en general, cuando pueda probarse la falta de conexión entre el defecto de organización y la producción del resultado de lesión o de peligro, evidentemente la tipicidad quedará excluida.

Tratándose de las consecuencias jurídico-penales concretas, las penas establecidas deben estar acorde con la naturaleza de la persona jurídica. En este sentido, la más propicia de ella sería la multa pecuniaria, aunque el abanico de posibilidades puede ser extendido a otras como la disolución, suspensión, intervención de la empresa, prohibición de realizar determinadas actividades o contraer ciertos negocios, pérdida de beneficios fiscales, entre otros. La elaboración de un marco exclusivo y detallado de sanciones, acorde con su propia naturaleza, es tarea del legislador, teniendo en cuenta aspectos de prevención tanto general, como especial.

Razón le asiste al teórico VOLK, el cual sostiene que “el medio más efectivo para la lucha contra la criminalidad de empresas es el derecho penal, pues el significado simbólico que este tiene no puede ser cumplido por ninguna otra rama del ordenamiento jurídico”²⁰⁰. Aun así, está convencido de que a partir de la teoría del delito no es posible llegar a una solución y por tanto, es necesario el establecimiento de reglas de imputación penal específicas para el comportamiento delictivo, es decir, un sistema paralelo al individualmente considerado.

²⁰⁰ VOLK, Zur Bestrafung von Unternehmen, “JZ” 9 (1993).p. 432, citado por BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p. 179.

En definitiva, existen varias finalidades que pretende la positivización de la figura dentro del ordenamiento. La primera, es impedir los beneficios o ventajas que pueda tener la persona jurídica por la comisión del delito; y en segundo lugar, la posibilidad de imponer la sanción penal al ente colectivo fomenta que los órganos directivos adopten políticas preventivas, con las cuales se “impida dentro del ámbito de la empresa la comisión de infracciones, la vulneración de deberes del empresario o que las empresas se enriquezcan por medio de la comisión de injustos”²⁰¹. Por tanto, es dable afirmar que dentro del ordenamiento colombiano, la responsabilidad penal de las personas jurídicas si podría ser viable.

²⁰¹ BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit., p. 352.

BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

APARICIO FLORIDO, Jose Antonio. La catastrofe quimica de Bhopal. [en línea]. <<http://www.proteccioncivil-andalucia.org/Documentos/Bhopal.htm>>

BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Buenos Aires: Hammurabi. 2001.

BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo. Director. Madrid: Marcial Pons. 2005.

BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el derecho europeo. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo. Director. Madrid: Marcial Pons. 2005.

BACIGALUPO, Enrique. Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Curso de derecho penal económico. Madrid: Marcial Pons. 2005.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. Concepto y contenido del derecho penal económico. En: Estudios de derecho penal económico. Caracas: Livrosca.2002.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. La unidad del derecho sancionador [en línea]. Madrid: Universidad Autónoma. <<http://www.miguelbajo.com/publicacion/normal/024.pdf>>

BATISTA GONZALEZ, María Paz. La responsabilidad penal de los órganos de la empresa. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo. Director. Madrid: Marcial Pons. 2005.

BERNATE OCHOA, Francisco. El derecho penal económico cuestiones problemáticas. En: Cuadernos de Derecho Penal Económico. Ibagué: Universidad de Ibagué. 2007.

BERRUEZO, Rafael. Delitos de dominio y de infracción de deber. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

BERRUEZO, Rafael. Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles. Buenos Aires: B de F. 2007

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Nuevo sistema de derecho penal. Madrid: Editorial Trotta. 2004.

CALDAS BOTERO, Luisa Fernanda. Globalización y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a las empresas. En: XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010.

CARO CORIA, Dino Carlos. La Responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano [en línea]. (Marzo 2002).
<<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/L-h-Rivacoba-CCaro.pdf>>

CASTRO CUENCA, Carlos y RAMÍREZ, Paula. Derecho penal económico, parte general. Bogotá: Ibáñez. 2010.

CASTRO CUENCA, Carlos. Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva, en *Dikaion*, no. 15, noviembre de 2006. Universidad de la Sabana.
<<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1354/1490>> [citado en noviembre 19 de 2011]

CEDRE. Exxon Valdez [en línea]<<http://www.cedre.fr/es/accidentes/exxon/exxon.php>>

CESANO, José Daniel. Problemas de la responsabilidad penal de la empresa [en línea]. Argentina.<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_58.pdf>

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Una ‘nueva’ línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas. En: La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio. A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps) [en línea]. Buenos Aires.(2001).<http://www.ehu.es/p200-content/es/contenidos/informacion/ivckei_jose_luis_delacuesta/es_joseluis/adjuntos/05_DP_Personas_juridicas_Messuti.pdf>

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal [en línea]. Salamanca: Universidad de Castilla- La Mancha.(2001).<http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/personas%20juridicas,%20consecuencias%20accesorias%20y%20responsabilidad%20penal.pdf>
DELOITTE. Santiago [en línea]. (Diciembre de 2009).
<http://oportunidades.deloitte.cl/marketing/AI/reu2/resp_penal_empresas.pdf>

DÍAZ CORTES, Lina Mariola. “Societas delinquere potest”, Hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo. Bogotá: Legis.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. En: Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico [en línea]. (Noviembre 2009).

<http://www.ciidpe.com.ar/area1/imputacion%20de%20hechos%20delictivos.feijoosanchez.pdf>

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas. Bogotá: Ibáñez, 2011.

FERRÉ OLIVE, Juan Carlos; NUÑEZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA. Derecho Penal Colombiano, Parte General. Bogotá: Ibáñez, 2011.

FERRE OLIVE, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema”. Bogotá: Ibáñez. 2011.

GARCIA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas Jurídicas. En: I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico. Martínez-Bujan Pérez.

GARCÍA CAVERO, Percy. La persona jurídica en el derecho penal. Lima: Grijley. 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico, parte general. Lima: Grijley, 2007.

GERSCOVICH, Carlos. Derecho económico, cambiario y penal. Buenos Aires: Lexis Nexis.2006.

GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS. Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel. En: Política criminal [en línea]. Vol. 5. N° 10. (Diciembre 2010). p 465. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10D1.pdf>

HERNÁNDEZ, Jaime. La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas [en línea]. (8 de septiembre de 2010). <http://www.cincodias.com/articulo/economia/nueva-responsabilidad-penal-personas-juridicas/20100908cdscdseco_16/>

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Autoría y Participación. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001.

HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. Tratamiento procesal de los delitos financieros. Bogotá: Forum Pacis. 1995.

JARAMILLO JARAMILLO, José Ignacio. El renacimiento de la cultura jurídica. Bogotá: Temis.2004.

JAKOBS, Günther. Derecho penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid: Marcial Pons, 2007.

JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? En: “El funcionalismo en el derecho penal”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.

JIMENEZ, Daniel Fernando. Responsabilidad objetiva. En: Artículos conmemorativos: 80 años Superintendencia Bancaria. <<http://www.superfinanciera.gov.co/ComunicadosyPublicaciones/80web/archivos/DanielJimenez2.pdf> >

MONROY VICTORIA, William. Causales de exclusión de la antijuridicidad. En: Lecciones de derecho penal, parte general. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

PEREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo. Director. Madrid: Marcial Pons. 2005.

NIETO MARTIN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal [en línea]. Madrid. (2008). <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf>

RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea. Responsabilidad penal empresarial. Los casos de omisión de los deberes de garante en materia de seguridad en el trabajo. Abordaje en los derechos colombiano y español. En : XXXII jornadas internacionales de derecho penal. Derecho penal económico y de la empresa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Segunda Edición. Bogotá: Temis. 2006.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. Ley 26683: responsabilidad penal de personas jurídicas en el lavado de dinero. En: Catedra Riquet [en línea]. (Junio 25 de 2011). <<http://catedrariquert.blogspot.com/2011/06/ley-26683-responsabilidad-penal-de.html>>

RUIZ SÁNCHEZ, Germán Leonardo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Cuadernos de Derecho Penal Económico. Ibagué: Universidad de Ibagué. 2007.

SALDAÑA, Quintiliano. Capacidad criminal de las personas sociales – doctrina y legislación. Madrid: Reus. 1927, citado por RUIZ SANCHEZ, Germán Leonardo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Cuadernos de derecho penal económico. Ibagué: Universidad de Ibagué. 2007.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ramón Eduardo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2006.

SINTURA VARELA, Francisco José. Derecho penal económico y constitución. En: Estudios de derecho penal económico. Bogotá: Universidad del Rosario. 2007.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

SUÁREZ SANCHEZ, Alberto. Autoría. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas [En línea]. (1996). <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf >

VELÁSQUEZ, Fernando. La teoría de la conducta punible en el nuevo código penal. En: Nuevo Foro Penal [en línea]. N° 63. Bogotá. (2000)
< http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_31.pdf>

VAN WEEZEL, Alex. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Límites a la imputación penal. Estudios 2000-2010. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Chile: Ediciones jurídicas del sur. 1980.

ZORZI, Nadia. El abuso de la personalidad jurídica. Disponible en la dirección<<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/view/784/743>>

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. España: Aranzadi, 2000.

2. JURISPRUDENCIA

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 360 de 1996. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-182 de 1998. M.P: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 2002. M.P: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-260 de 1999.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1998.

3. LEGISLACIÓN

Colombia. Congreso de la República. Código Civil. Art 633.

Colombia. Congreso de la República. Constitución Política. Art. 334.

Colombia. Congreso de la República. Código Penal.

Colombia. Congreso de la República. Ley 599 de 2000. Artículo 29, inciso 3°.

Colombia. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Art. 91.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1474 de 2011. Artículo 34. Inciso 2°.

Colombia. Congreso de la República. Proyecto de ley 036 de 2008.

Australia. Criminal Code Act. March 13th, 1995.

Argentina. Ley 26.683 B.O. Artículo 5.

Chile. Ley 20.393. de 2009.

España. **Ley Orgánica 5 de 2010, de 22 de junio. Preámbulo. Numeral VII.**

Venezuela. Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada 2005. Capítulo VIII. Disposiciones Comunes. Artículo 26.