

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

TRABAJO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO
PRESENTADO POR
DAVID GRANADOS

PRESENTADO A:
PROFESORA DALIA CARREÑO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
2017

ÍNDICE

Introducción

1. Contexto legal de la persona jurídica
 - 1.1 Naturaleza o condición de las personas jurídicas
 - 1.2 Delitos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas
2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado
 - 2.1 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los desarrollos jurídicos internacionales
 - 2.1.1 Convención de las Naciones Unidas con la corrupción de 2003
 - 2.1.2 Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000
 - 2.1.3 Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de 1997.
 - 2.2 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos extranjeros.
 - 2.2.1 El modelo de responsabilidad penal chileno
 - 2.2.1.1 Ámbito de aplicación
 - 2.2.2 El modelo de responsabilidad penal de los Estados Unidos de América
 - 2.2.3 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico del Reino de España y la ley orgánica 5 de 2010
 - 2.2.4 El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Francia.
3. la responsabilidad de las personas jurídicas y la dogmática penal
 - 3.1 La dogmática jurídico penal
 - 3.2 La dogmática jurídico penal respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
 - 3.2.1 La acción compleja
 - 3.2.2 La organización de la conducta como reproche de culpabilidad
 - 3.2.3 La teoría de la pena en las personas jurídicas
 - 3.2.4 Otras propuestas de punición y no punición de las personas jurídicas.
 - 3.2.4.1 Naturaleza de la acción institucional

3.2.4.2 Acción institucional

3.2.4.3 Crítica

3.3 Modelos en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

4. la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia

4.1 Leyes penales y jurisprudencia entorno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia

4.2 Fundamentos y justificación de la ampliación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

4.3 Las disposiciones del estatuto anticorrupción frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

4.4 El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal y las sanciones a las personas jurídicas por conductas delictivas.

4.5 Los delitos particulares que podrían cometer las personas jurídicas en el marco del ordenamiento jurídico colombiano.

4.5.1 Delitos contra la vida y la integridad personal

4.5.2 Delitos contra el patrimonio económico

4.5.3 Delitos contra los datos personales

4.5.4 Delitos contra los derechos de autor

4.5.5 Delitos contra el orden económico social

4.5.6 De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

4.5.7 Delitos contra la administración pública

4.6 El control social de las actividades empresarias en Colombia

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad como una categoría jurídica es transversal a todas las ramas o disciplinas que componen el derecho, en particular frente a la responsabilidad penal de origen o tradición romano germánica esta ha tenido como destinatario o como sujeto central la persona natural. Sin embargo, en la historia del control social la identificación del sujeto de imputación no siempre fue la persona natural, en las sociedades primitivas la responsabilidad se diseminaba de forma colectiva, ya fuera en la familia, en la tribu o en la comunidad.

La conceptualización que la comisión de una falta solo implica la sanción del autor y no de personas ajenas al mismo fue uno de los grandes avances en el proceso civilizatorio y constituye un hito en trazar límites al control social y a la administración del mismo. Gran parte de la tradición moderna e ilustrada del derecho penal occidental se enorgullece de este hecho junto con la eliminación de los suplicios¹ y la determinación que la pena debe cumplir una función para que se pueda justificar dentro de los valores ilustrados.

Durante la consolidación de los Estados occidentales como Estados de Derecho la sistematización del derecho penal se concentró en respetar los derechos del acusado brindándole garantías de certeza de la comisión de conductas considera como delitos y sobre todo garantías procesales al momento de ser llevado a juicio. Este fue el panorama del derecho penal en los siglos XIX y XX por lo menos respecto de las corrientes provenientes del derecho penal alemán, español e italiano, como lo fue y es heredero el derecho penal colombiano.

La construcción de un Estado de Derecho en occidente vino aparejada con el cambio en el modelo económico y en la forma en la que se administraba e intercambiaba los recursos entre los miembros de una sociedad. El capitalismo y la nueva clase social emergente entre comerciantes y productores de bienes masivos demandó un sistema social que garantizara sus derechos, privilegiara la libertad y aboliera los viejos estamentos sociales herederos de épocas pretéritas y modelos económicos ya superados.

¹ Al respecto se puede consultar a Michael Foucault en vigilar y castigar el nacimiento de la prisión. (Foucault, 2010)

El desarrollo económico capitalista llevó a que se complejizarían los procesos de comunicación e interacción humana, lo que supuso la construcción de redes normativas que establecieran los incentivos y las demandas de predicciones de comportamiento de los actores sociales que se desempeñan en el nuevo sistema. Estas expectativas de comportamiento e incentivos para la acción se vieron reflejados en el desarrollo del derecho comercial que contrario a gran parte del derecho continental no se cimentó en el derecho romano sino en las prácticas y en las costumbres de los comerciantes agremiados por profesión u oficio. (Ravassa, 1991)

Los gremios administraban su propia justicia y sistematizaban las costumbres mercantiles para darlas a conocer a sus miembros y así facilitar el comercio. Dentro de este contexto se originaron las primeras personas jurídicas como asociación de empréstitos con el objetivo de realizar alguna actividad comercial o económica. La sistematización legal de las prácticas comerciales llegaría con la codificación y las formas de asociación para la explotación económica se tornó en derecho positivo facilitando su comprensión y creación por parte de las personas que querían arriesgar un capital y limitar la responsabilidad individual de los socios o integrantes. para delegarla en el ente ficticio con capacidad de acción dentro del mundo jurídico.

La relación entre el derecho penal y derecho societario fue distante por aquella época, a lo sumo se llegó a la consideración actual de pre responsabilidad penal de personas jurídicas, la cual instituye que los delitos que se llegaren a cometer por medio de dicha persona serian atribuibles al representante legal y la responsabilidad se distribuiría individualmente según los parámetros de la autoría y la participación.

Desde la década de los 90 y el impulso por una liberación de la economía y como consecuencia de la globalización, las personas jurídicas, especialmente las que se dedican a actividades comerciales, han variado profundamente su papel dentro de la sociedad. Ya no son simples instrumentos jurídicos que facilitan la asunción de riesgos y la facilitación de las actividades económicas, por el contrario, su papel en el mundo globalizado se asemeja al de un Estado y en muchas ocasiones ha logrado influenciar a estos y a organismos internacionales para garantizar su preeminencia y la

seguridad de los intereses a costa de otros intereses tal vez mas importantes (Chomsky y Dieterich, 1997)

Este nuevo papel de las personas jurídicas como corporaciones trasnacionales que influyen políticas mundiales y orientan el desarrollo en determinado sentido supone que los entes de control y vigilancia deben estar atentos a las conductas de las mismas. El control social en este contexto ya no se puede circunscribir solamente a las conductas socialmente relevantes de los integrantes individuales de una comunidad, más cuando la comunidad ya no se circunscribe a una parcela de un Estado nación sino que puede llegar a afectar a la totalidad del planeta², esta forma de fiscalización y de control social a este tipo de organizaciones supone enfrentarse a grandes retos que no solo enfrenta el derecho penal como última instancia de control sino también otras disciplinas jurídicas se ven enfrentadas a la desregularización y a la complicidad de ciertos ordenamientos jurídicos de determinados países³. Lo que implica una racionalidad jurídica en otro y desde otro orden de frontera “Como racionalidad de frontera con otras disciplinas y saberes, es interesante abrir la racionalidad legal, o las racionalidades legales” (Carreño Dalia et al, 2015, pág. 43)

Con un contexto tan particular y un reto general del derecho al enfrentar la globalización, y en particular del derecho punitivo de perseguir los crímenes trasnacionales pues *“La idea de antaño de reforzar solo la lucha contra los delincuentes individuales para exceptuar las agrupaciones de toda sanción penal o cuasi-penal ha fracasado desde hace tiempo”* (Tiedemann, 1997), no solo de carácter internacional como los crímenes de guerra, genocidio o de lesa humanidad, sino también los que en la percepción del ciudadano cosmopolita no parece tan relevantes, pero como se verá, resultan determinantes a la hora de hablar del bienestar social y de la desigualdad. El derecho penal enfrenta un dilema entre los que sostiene que la punición de las personas jurídicas no es posible y los que ven la necesidad práctica de desechar los axiomas clásicos y buscar la fundamentación de

² Como ejemplo de ello basta citar la crisis económica de 1929 y la más reciente de 2008 con amplias repercusiones en todo el planeta.

³ El ejemplo más relevante se encuentra en los llamados paraísos fiscales y sistemas tributarios y societarios que permiten la confección de personas jurídicas con actividades económicas ficticias con la ventaja de tener domicilio tributario favorable a los intereses privados.

la punición por necesidades de política criminal y finalmente por las complejas formas que ha adquirido el crimen en el mundo actual.

El presente trabajo se concentra en dos tópicos que se desprenden del escenario anteriormente descrito. El primero es describir y determinar el contexto social en el que la sociedad o ciertos estamentos de la misma ven necesario la criminalización de conductas atribuibles a personas jurídicas, es decir intenta determinar la política criminal que subyace detrás de las demandas de persecución penal de estas personas; y en segunda medida pretende describir la función que la pena pueda tener dentro de dicha imputación. La parte final del texto se destinará a determinar el estado del debate dentro del derecho penal colombiano con especial énfasis en determinar cómo se castiga a una persona jurídica y bajo qué parámetros o reglas de imputación.

1. Contexto legal de las personas jurídicas

La realidad de la compleja forma en que los seres humanos se desenvuelven en el mundo ha llevado a que encuentren formas artificiales para proyectar acciones que individualmente les resulte difíciles. En otras palabras, las personas jurídicas existen como un ayuda artificial para que el hombre despliegue acciones en el mundo; en un primer momento estas acciones responden a necesidades de agrupación y asociación para realizar o materializar un objeto común, este objeto en un primer momento fue de carácter económico, pero en la actualidad puede versar desde acciones altruistas, agrupaciones sindicales, políticas, religiosas y sobre todo económicas.

A pesar que la persona jurídica se corresponde más con una discusión moderna del derecho y de la sociedad, esta tiene sus orígenes en los albores del derecho occidental, en especial con el derecho romano. Como antesala a la discusión sobre las personas jurídicas hay que resaltar el significado jurídico a un término tan complejo como persona, que en el ordenamiento civil nacional se define como *“Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”* (Colombia, Artículo 633 Código Civil)

Cabe señalar el carácter equívoco y polisémico de la noción de persona *“Esta circunstancia constituye una fuente de problemas para penetrar sus usos jurídicos. Un correcto entendimiento de los usos de ‘persona en el discurso jurídico requiere de un adecuado conocimiento de su significado paradigmático y de su traslado al campo del derecho.”* (Barrera, 1984)

El concepto de persona en sentido jurídico se concreta y tiene más precisión si se tiene como sujeto de derecho, es decir persona es quien puede ejercer la libertad jurídica, esto quiere decir que puede ser beneficiaria de derechos y está amparada y protegida por el derecho. La persona jurídica es una de las manifestaciones de esta libertad jurídica y supone la existencia artificial de un sujeto que puede contraer obligaciones y gozar de derechos; con la limitante que por su razón de existir y su objeto debe tener.

El marco legal en el que la persona jurídica se mueve en Colombia nace desde la constitución de 1991, si bien en la misma no se diferencia si todas las personas –incluidas las jurídicas- gozan de todos los derechos, si se entiende por lo menos que las mismas tiene derecho a que se reconozcan como tales: *“ARTICULO 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”* (Constitución política de Colombia, 1991); este reconocimiento es consecuencia natural de la afirmación que de antaño se les da a las personas jurídicas, y que, en el ordenamiento jurídico colombiano, se puede rastrear en el código civil de 1887 y especialmente en el código de comercio de 1970.

1.1 Naturaleza o condición de las personas jurídicas

Hasta el siglo XIX existió, por lo menos en el derecho continental, un debate sobre la condición o naturaleza de las personas jurídicas. Diferentes teorías se expusieron que intentaban describir y explicar su función en la organización social; las dos principales teorías que se batieron fueron la teoría de la ficción y la teoría de la realidad.

Haciendo un repaso rápido por los conceptos que defendían ambas teorías, la primera –ficción- postulaba que las personas jurídicas son una ficción del derecho, un producto de la acción humana para proyectar su ejercicio en el mundo de una mejor manera; la persona jurídica no existe

ontológicamente y solo se le da capacidad jurídica para efectos prácticos. La teoría de la realidad postulaba lo contrario, las personas jurídicas tienen preexistencia al reconocimiento jurídico, por supuesto esta última teoría en la actualidad es insostenible y se ha impuesto –válidamente- la teoría de la ficción. (Suarez, 2010) (Tafur, 2011).

Que la teoría de la ficción se imponga no supone un obstáculo para la pretensión de aplicar el derecho a las personas jurídicas, desde una perspectiva de la escuela finalista se inclinan a afirmar que el derecho penal solo puede aplicarse a personas naturales, y las personas jurídicas, por ser meras ficciones, escapa de su órbita. En el sentido contrario se podría argüir que la teoría de la realidad haría aplicar coherentemente el derecho penal a este tipo de personas, pero como se verá con detalle más adelante una perspectiva normativista, por lo menos desde el ámbito conceptual, puede conciliar la ficción de las personas jurídicas y la posibilidad de aplicar en ellas el derecho penal.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO COMPARADO

2.1 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los desarrollos internacionales

El problema de la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque no es nuevo en el debate si ha tomado fuerza de forma reciente, esta retoma de la cuestión se debe sobre todo al cambio y transformación de la criminalidad, que ha dejado los espacios locales y nacionales por escenarios trasnacionales facilitados por la globalización.

Estos nuevos escenarios han complejizado el fenómeno criminal en diferentes direcciones que van desde el irrespeto a fronteras y a tener estructuras en varios países para el desarrollo de su actividad criminal, otras direcciones apuntan al llamado crimen de cuello blanco en donde se utilizan sofisticados modelos empresariales, societarios, financieros y contables para ocultar diversos crímenes como la evasión fiscal, el blanqueo de dinero con orígenes ilícitos, estafas etc.

Los modelos tradicionales de persecución del delito de carácter nacional difícilmente pueden hacer frente a estos nuevos grupos, por lo que han tenido que acudir a la cooperación judicial y policial entre países para facilitar la persecución, la recolección de pruebas y el juzgamiento de los individuos integrantes de estas estructuras. Al hablar de estas estructuras se hace referencia solamente a las meramente ilegales, como sería un cartel de la droga o una organización criminal similar a las mafias, también existen redes criminales que operan en un doble escenario, uno económicamente legal y otro ilícito, este –el legal- en nuestro concepto es el que planea más retos para la persecución del delito.

Los organismos internacionales conscientes de esta problemática han tratado de unificar criterios y prácticas entre los países miembros para facilitar su persecución. A continuación, se enumerarán las más prominentes convenciones respecto a la persecución del delito y la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico de sanciones a las personas jurídicas como sujetos de imputación penal.

2.1.1 Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003

La corrupción como fenómeno global es uno de los temas que más preocupan los organismos internacionales y a los países, como bien lo describe el prefacio a la mentada convención *“La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.”*(Convención contra la corrupción, 2003)

Aunque la corrupción como delito no es nuevo en la historia punitiva de los Estados modernos si es novedosa la dimensión y la configuración que ha tomado en escenarios de globalización, permitiendo que complejas estructuras y entramados empresariales se aprovechen de la desregulación y de los sobornos como incentivos en contrataciones con Estados o con otras empresas de carácter privado. Estas conductas si se generalizan y conviven en ambientes de alta impunidad distorsionar el mercado, la confianza en las instituciones y perpetúan la desigualdad y la pobreza, un estudio del problema que lleva a cabo un Estado disfuncional se encuentra en el libro por qué fracasan los países, la tesis de los autores gira sobre un problema en las instituciones que están llamadas a realizar el control de los agentes económicos y del ejercicio de la ciudadanía. (Robinson y Acemoglu, 2012)

Teniendo en cuenta lo anterior el objetivo de la convención resulta en *“un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción. En ella se pide que se adopten medidas preventivas y que se tipifiquen las formas de corrupción más frecuentes tanto en el sector público como en el privado. Además, se da un paso decisivo al exigir a los Estados Miembros que devuelvan los bienes procedentes de la corrupción al país de donde fueron robados.”* (Convención contra la corrupción, 2003)

En lo tocante con el tema de la presente investigación es de particular interés el artículo 26 de dicha convención:

“Responsabilidad de las personas jurídicas

1. *Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.*
2. *Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.*
3. *Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.*
4. *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.”* (Convención contra la corrupción, 2003)

El mismo determina las directrices que cada Estado parte de la convención debe tomar para honrar su compromiso y contribuirá terminar con la corrupción como fenómeno criminal. Si se atiende a sus disposiciones es claro que para los redactores las personas jurídicas que se ven envueltas en este tipo de delitos deben ser sancionadas con independencia a la responsabilidad individual de los miembros que la integran.

Como se observa en el articulado de la convención los organismos internacionales están preocupados por la impunidad que afecta los países en desarrollo y sobre todo por la pérdida de los dineros y bienes involucrados en este tipo de delitos. No solo se menciona la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujetos de un juicio penal, sino que también establece los mecanismos y la forma en la que deben ser perseguidos los frutos del delito y el posible catálogo de sanciones a las que serían merecedores.

De igual forma esta convención recoge los principales aspectos de la convención interamericana contra la corrupción de 1997 ratificada por gran parte de los países latinoamericanos.

2.1.2 Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000

Otro de los grandes desafíos que enfrenta el mundo es la construcción de complejos entramados criminales que se tornan en trasfronterizos y en verdaderas estructuras empresariales que ponen en jaque los estamentos tradicionales que utilizan los Estados nacionales para perseguir este tipo de estructuras. Al respecto el prefacio de la mentada convención describe *“Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.”*(Convención delincuencia organizada, 2000)

Es claro el mensaje del secretario general de aquel entonces de internacionalizar la lucha contra la criminalidad internacional, la cual responde muchas veces a conductas tradicionales que se veían presentando en escenarios locales pero que dado el contexto globalizante y la facilidad de transporte y de intercambio de bienes y servicios ha permitido extenderse por todo el globo. El prefacio nos da una pista respecto de quienes y que conductas son las que se reiteran más a nivel internacional, que para un país como Colombia no resultan desconocidas, son estas el terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de personas, tráfico de armas, el soborno transnacional etc. Esta transnacionalización del crimen solo es posible en la economía actual que supone mercados libres, pocas restricciones al comercio y avances tecnológicos que si bien traen un progreso a la humanidad también tienen un lado negativo al facilitar estas formas de crimen sofisticado. (Convención delincuencia organizada, 2000)

Los productos de estos delitos son inmensas fortunas y acumulación en bienes, productos ambos que son extraídos del país origen del ilícito y que van a otros ordenamientos flexibles en regulaciones sobre los orígenes de estos capitales. La convención describe como se debe enfrentar por parte de los Estados miembros este tipo de fenómeno delictivo, en particular hace énfasis en la

necesidad de unificar el criterio respecto a que se debe entender por grupo delictivo organizado, que en términos de la convención se considera de la siguiente forma:

“Artículo 2. Definiciones Para los fines de la presente Convención:

- a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;”* (Convención delincuencia organizada, 2000)

La convención también se ocupa de los fenómenos de la autoría y participación, más en el contexto de combate de grupos organizados de poder que se dedican a la comisión de conductas punibles. Dentro de estas obligaciones convencionales, se impone criminalizar lo que en el ámbito nacional llamaríamos concierto para delinquir así como el apoyo que se pueda hacer a un grupo de poder organizado para que logre sus objetivos delictivos. (Convención delincuencia organizada, 2000)

Uno de los puntos más importantes e interesantes es el tratamiento al producto del delito, generalmente esta etapa no ha sido tomada muy en cuenta por el derecho penal, en el contexto del crimen organizado el producto del delito que se traduce casi siempre en beneficios económicos. Por lo anterior la convención obliga a tipificar conductas que tiendan a dar apariencia de legalidad la obtención de bienes, cuando se pretenda ocultarlos o disimular el origen ilícito de los mismos, o bien a eludir que cualquier autor de dichas conductas principales a eludir las consecuencias jurídicas de sus actuar.

Haciendo un símil, en el ámbito nacional se encuentran delitos como el blanqueo de capitales, el enriquecimiento sin causa, la receptación y demás conductas típicas que se enfocan principalmente en combatir el disfrute del producto de delitos principales, o bien sancionar a los que si bien no participaron en las conductas principales si obran como complicidad o cometiendo conductas típicas independientes pero punibles.

De igual forma no descuida la práctica recurrente de este tipo de estructuras criminales las cuales utilizan el andamiaje jurídico legal para encubrir y facilitar el goce de sus actividades delictivas, es así como el artículo 10 prevé las sanciones y consecuencias de que las personas jurídicas que participen en la comisión de los delitos enlistados en la convención.

“Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas

- 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.*
- 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.*
- 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.*
- 4. 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.”*
(Convención delincuencia organizada, 2000)

2.1.3 Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997

Este convención tiene la particularidad de venir de un organismo internacional de carácter comercial, la OECD (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) que a diferencia de las convenciones antes mencionadas tiene un objetivo claro en prevenir y mejorar las prácticas de los Estados miembros a la hora de las transacción internacionales en las que se involucren funcionarios públicos de un país miembro, ya sea como intermediario o como parte en la relación contractual.

Para el tema que nos ocupa el artículo 2 de la mencionada convención establece la posibilidad de responsabilizar a las personas morales –terminología utilizada por la convención- por el cohecho de un servidor público extranjero.

El objetivo de la convención es luchar contra los actos de corrupción en contextos de contratación pública o estatal. Como ya se ha mencionado con anterioridad con la liberación de la economía en los años 90 los servicios tradicionalmente prestados por el Estado fueron eliminados o delegados en particulares. Servicios públicos y construcción de infraestructura pasaron de empresas estatales a ser manejados por consorcios nacionales o internacionales, la adjudicación de estos contratos no trajo consigo la transparencia y eficiencia que los impulsores de estas ideas habían vaticinado, por el contrario en ambientes institucionales débiles e impunidad manifiesta los actos de corrupción campean con el objetivo de hacerse con estos contratos para sobredimensionar el costo o bien llevar a los Estados a litigios onerosos en los que los entramados empresariales tienen las de ganar.

2.2 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos extranjeros

Frente a la civilización occidental existen dos grandes corrientes, familias o tradiciones jurídicas el *common law* y el *civil law* (Altava, 2003). Ambos comparten valores o principios similares pero su desarrollo difiere en aspectos centrales, este podría ser el caso del derecho penal en ambos sistemas, aunque comparten valores y principios como la presunción de inocencia, el principio de legalidad etc. Difieren en los sistemas de imputación de responsabilidad y sobre todo en los sistemas de juzgamiento; aunque en la actualidad y dada la globalización la armonización de sistemas normativos parece ser la regla aunque persisten diferencias entre ambos.

Lo anterior parece manifestarse en el tópico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para la tradición adscrita al derecho romano germánico, como es el caso nacional, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido un tabú que se prohíbe bajo el latinismo romanista “*Societas delinquere non potest*”

El fundamento de esta prohibición se encuentra en las reglas de imputación creadas a partir de la dogmática en la que la capacidad de voluntad juega un papel predominante, no hay delito sin culpa, es otro de los aforismos latinos que construyeron el moderno derecho penal occidente continental. La conclusión de este modelo parece llevar inexorablemente a que las personas jurídicas son incapaces de acción y de culpabilidad por lo tanto están excluidas de cualquier imputación penal.

Este era el panorama hasta hace pocas décadas dentro de los países herederos de la influencia romano germánica, pero las necesidades político criminales llevaron a que se replanteara la necesidad de punir a las personas jurídicas, lo que supuso un cambio en las estructuras dogmáticas conceptuales, es decir una redefinición de las categorías de imputación para que sea posible - respetando la coherencia- hacer sujeto de imputación a la persona jurídica.

Conforme a lo anteriormente descrito y teniendo en cuenta el objeto de esta investigación se analizarán los ordenamientos jurídicos provenientes de las dos tradiciones occidentales: respecto del *common law* se analizará las normas y reglas de imputación que versan sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas del ordenamiento federal de los Estados Unidos de América; respecto del *civil law* se analizará el régimen jurídico de responsabilidad penal del Estado Español y el Francés y el chileno, el mismo aparece como pertinente pues es un Estado Latinoamericano que no es ajeno a las necesidades de política criminal que ha impulsado el establecimiento de este tipo de responsabilidades.

2.2.1 El modelo de responsabilidad penal chileno

Con la introducción de la ley N° 20.393 de 2009 el estado chile acuñó un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídicas que no solo es de carácter represivo o sancionador, sino que tiene como fundamento dotar de una estructura empresarial para que las corporaciones velen internamente por el cumplimiento de la normatividad, a este modelo se le denominó modelo de prevención de delitos

El título de la presente ley no parece corresponderse a lo que generalmente tiene como contenido una ley de carácter penal, esta aparente discordancia se entiende mejor si se hace un examen

histórico del origen de la misma. Como uno de los países más desarrollados y con mayor proyección de américa latina la necesidad de integrarse a los organismos multilaterales – particularmente la OCDE- para facilitar el intercambio económico de bienes y servicios, la idea de adhesión a este tipo de organismo es que con la misma se permite de mejor forma el desarrollo económico del país, así que lograr esta adhesión se convierte en una política de Estado y no simplemente en un debate político o ideológico.

El anterior caso es el de Chile y la ley N° 20.393 de 2009 que no responde a un profundo debate jurídico y sociológico sobre la necesidad de realizar control social penal sobre las personas jurídicas, muy al contrario y como resaltan varios comentadores de la ley, la misma fue producto de la necesidad y de la urgencia de que la OCDE aceptara a Chile como país miembro. Muestra de esta urgencia es que la ley se tramitó en el congreso Chileno en siete meses sin que mediara una conceptualización profunda sobre el tema, el cual solo surgió cuando la ley ya está vigente y el sistema se debía implementar.

La fundamentación de esta punición se realizó a través de los comités que constituyó la OCDE para la anexión de Chile al organismo, como bien resalta el artículo 2 de la convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 no es obligatorio asumir un sistema penal de responsabilidad, lo que exige el artículo en su numeral segundo es que si no fuera posible esta figura –refiriéndose a los sistema de derecho continental- se debería asegurar que las sanciones que recibiera la persona jurídica fueran eficaces, proporcionales y disuasorias.

Este último punto fue el que encontró más débil la comisión de la OCDE pues el sistema sancionatorio de Chile es fragmentario y no cuenta con la logística ni con la experticia necesaria para llevar a cabo estas complejas investigaciones, por no mencionar que las sanciones monetarias no representan un efecto disuasivo que conduzca a evitar la reiteración de estas conductas. La decisión política y la recomendación fue utilizar el aparato de persecución de los delitos para este tipo de conductas, lo que se tradujo en crear el sistema penal de responsabilidad penal para personas jurídicas.

Estos dos factores, a saber: el apremio de estar cumpliendo con la exigencia de la OCDE y la necesidad de tener un verdadero aparato investigativo para sancionar el cohecho de servidores públicos transformo profundamente el sistema penal chileno de cuño romano germánico. (Hernández, 2010)

Estas obligaciones surgidas de organismos internacionales de cooperación se complementan con conductas locales, en las que las empresas, conscientes del daño social que pueden llegar a causar una conducta desviada del derecho, han creado sistemas de autorregulación y de responsabilidad social empresarial. Para efectos de esta investigación nos interesa la autorregulación, la tendencia es que las mismas empresas o determinado sector de la economía asociado en gremios expidan sus propias normas que autorregulen el sector y sancionen las infracciones a las normas.

Esta regulación a efectos de las conductas penales cometidas por personas jurídicas se traduce, en el mundo anglosajón en la adopción por parte de estas personas de *compliance* penal que no es otra cosa que una especie de declaración de principios unido con un análisis de los riesgos penales que asume la empresa en el desarrollo de su objeto y mecanismos internos para prevenir conductas delictivas. Esto supone el ejercicio de la ética empresarial.

Aunque no es el objeto de esta investigación, basta decir que los *compliance* han sido un fracaso y que son meras declaraciones sin poder de vinculación, como ejemplo hay que ver las declaraciones de principio de las empresas involucradas en el descalabro financiero de 2008. (Stevens y Buechler, 2013)

2.2.1.1 Ámbito de aplicación

La ley en mención se aplica a todo tipo de personas jurídicas de derecho privado así como de derecho público sin distinción alguna de su tamaño o composición. Y el catálogo de delitos que puede cometer es restringido y se refiere a los siguientes: Lavado de dinero (art. 27 de la Ley N° 19.913, ley que crea la Unidad de Análisis Financiero); Financiamiento del terrorismo (art. 8° de la Ley N° 18.314, ley sobre conductas Terroristas); Soborno o cohecho activo tanto de empleados

públicos nacionales (art. 250 del Código Penal) como de funcionario público extranjero (art. 251 bis CP).

Este catálogo responde a las demandas y obligaciones de las que habla la convención contra el cohecho de la OCDE, y no incorpora otras figuras delictuales que se reiteran en las personas jurídicas, por mencionar un solo ejemplo lo sería la estafa. La conclusión resulta en que el proyecto solo responde a la necesidad de entrar Chile a la OCDE y que la implementación de este sistema no se hizo con un profundo análisis de las implicaciones de adoptarlo, y sobre todo de la coherencia interna de un sistema de estas características versus un sistema dogmático y fundamentado en la culpabilidad como principio recto.

El caso Chileno resulta de particular interés para Colombia, pues este país también tiene la pretensión de hacer parte de la OCDE y por lo tanto deberá adoptar un sistema similar al chileno si quiere que las comisiones del organismo internacional lo avalen. El modelo chileno puede servir como ejemplo de asumir las responsabilidades del artículo 2 de la ya mencionada convención dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pero no se deben cometer los mismos errores de Chile de hacer el proyecto sin tener en cuenta las repercusiones sociales dentro de un país débil institucionalmente y las consecuencias constitucionales y jurídico penal al trastocar el paradigma sobre el que se cimienta el derecho penal colombiano.

2.2.2 El modelo de responsabilidad penal de los Estados Unidos de América

Como la organización administrativa de los Estados Unidos de América responde a un modelo Federal cada Estado miembro de la Unión contiene su propio código criminal y tiene su propia estructura, respetando por supuesto la constitución federal y la interpretación que hace la Corte Suprema de la misma. A efectos de elegir un estatuto legal similar a los acá estudiados se estudiará la ley de prácticas corruptas en el extranjero⁴ la cual se considera la primera disposición nacional que sancionaba efectivamente los sobornos de empresas norteamericanas a funcionarios públicos extranjeros.

⁴ The Foreign Corrupt Practices Act of 1977

El acta se divide en dos partes: por un lado, las disposiciones anticorrupción; y la otra parte relacionada sobre disposiciones contables. La ley se aplica a cualquier persona o compañía de los Estados Unidos y los sobornos pueden ser en dinero o cualquier regalo dirigido a algún funcionario extranjero.

Se entiende como personas o compañías en los Estados Unidos las siguientes: Entidades organizadas bajo las leyes de EE.UU., Entidades con domicilio principal de negocios en EE.UU., Emisores de acciones u otros títulos de deuda en los EE.UU., Empleados, funcionarios, directivos, agentes e intermediarios de compañías y emisores en EE.UU. independientemente de su nacionalidad o ubicación geográfica, Ciudadanos o residentes de EE.UU., Cualquier persona mientras se encuentre dentro del territorio de EE.UU., Subsidiarias de compañías de EE.UU.

Se entiende por soborno según dicha acta lo siguiente: Dinero en efectivo; servicios; oportunidades de negocio, Obsequios (tales como comidas lujosas, mercancías con el logotipo de la compañía), Gastos de viajes, Los sobornos no necesariamente debieron haber sido pagados, la mera "promesa" del soborno constituye un acto ilícito., Los términos "obtener o retener negocios" o cualquier "ventaja inapropiada" se interpretan en forma amplia.

Dicha acta o ley para los términos continentales contienen varias disposiciones que combaten el pago a funcionarios extranjeros para obtener alguna ventaja o ayuda y la sanción a los emisores extranjeros que expidan valores –títulos valores- a respetar las normas contables y por esa vía evitar darle apariencia de legalidad a dineros o lisonjas producto de la corrupción, estas obligaciones contables no son propiamente penales pero son complementarios en un sistema integral frente al cual se pretende controlar el problema de la corrupción trasnacional.

Obligaciones contables de hacer y mantener libros y registros que reflejen con precisión e imparcialidad de las operaciones de la empresa y formular y aplicar un sistema adecuado de controles contables internos.

Las disposiciones propiamente dichas contra la corrupción y que entrañar responsabilidad penal de las personas jurídicas se caracterizan por la tipificación de las conductas realizadas no solo por personas naturales sino por personas jurídicas con el objetivo de obtener algún beneficio de un funcionario extranjero.

En la Sección 78dd-1 prácticas prohibidas de comercio exterior por parte de los emisores se concreta en las siguientes descripciones (Sección 30ª de la ley de valores y bolsa de 1934): i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero que actúe a título oficial, ii) inducir a dicho funcionario extranjero a que realice u omita algún acto en infracción de su deber legítimo, o iii) obtener alguna ventaja indebida; o Inducir a dicho funcionario extranjero a que influya en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, o influir en él, con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener algún negocio para alguna persona, o con ella, o para encaminar algún negocio hacia alguna persona; (Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, 1977)

Estas mismas disposiciones se aplican ya sea para el funcionario público extranjero, para un partido político o para un tercero, comúnmente este último un intermediario entre los dos primeros y la empresa extranjera.

Si bien en el ordenamiento del *common law* no se desconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas esta ley en particular sí reconoce que determinados delitos y determinadas conductas si son propias o solo parecen darse en contextos empresariales, es decir si bien va a existir un funcionario estatal como partícipe del delito existirá siempre generalmente una persona jurídica ya sea directa o indirectamente por medio de intermediarios –el actuar en nombre de otro-

Como ya se mencionó esta ley resultó decisiva para inspirar a muchas otras legislaciones y a convenciones y tratados internacionales contra la corrupción transnacional. Si bien el sistema de imputación de responsabilidad penal de los Estados Unidos difiere sustancialmente del adoptado en Colombia si se puede tener como referente las conductas que, en este caso, prohíbe la normatividad norteamericana en relación con la corrupción transnacional, misma que se ha impuesto

vía convención de la OCDE en Chile y que se impondrá si Colombia espera hacer parte de dicha organización.

2.2.3 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico del Reino de España y la ley orgánica 5 de 2010

Después de un amplio debate en la sociedad española, y sobre todo en los estamentos que discuten sobre el derecho y el derecho penal se llegó a la conclusión de la necesidad de aplicar el derecho penal a personas jurídicas. Este nuevo enfoque responde a una realidad social en la que la corrupción permea todos los estamentos sociales, con particular intensidad en los partidos políticos y en los grupos económicos.

La consagración normativa de la necesidad de punir el comportamiento delictivo de las personas jurídicas culminó con redacción del artículo 31 del código penal, reformado por la ley orgánica cinco de 2010, el cual menciona:

Las principales características de esta ley orgánica reformativa del código penal español se pueden sintetizar de la siguiente forma:

“Artículo 31 “(...) 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos” (España, Código penal)”

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se prevé únicamente para un *numerus clausus* de delitos (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales,

pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, entre otros).

La responsabilidad penal de la persona jurídica sigue un sistema de doble vía: es decir, junto a la imputación de 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, con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

También se aclara que se opta por un sistema de autorresponsabilidad o responsabilidad directa de la persona jurídica, esto es, independientemente de que se pueda individualizar o no responsabilidad penal para la persona física. (Sánchez Bernal, 2012)

El último punto es tal vez el de más relevancia, pues la responsabilidad penal de la persona jurídicas se torna independiente a la individualización de la responsabilidad que puedan llegar a tener las personas naturales que la integran y que tienen competencias, ya sean los representantes legales, el gerente o la junta directiva sea el caso.

Esto supone un verdadero esquema delito aplicable solo para estas personas, y por lo tanto, todo un andamiaje conceptual y dogmático para la atribución de responsabilidad.

2.2.4 El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Francia

La posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas –en Francia se utiliza el termino persona moral con efecto idénticos- se realizó en estricto sentido con la expedición del código penal de 1994. Si bien desde la década de los años setenta se había introducido ciertos atisbos de este tipo de responsabilidad, fue solo hasta que la realidad criminal lo que impulsó al poder legislativo a adoptar este tipo de formato.

El periodo de introducción con el código de 1994 hasta la actualidad ha sido de inestabilidad al momento de fijar los criterios de imputación aplicables a estos casos. Así se ha discutido en un primer momento que tipo de delitos son susceptibles de ser cometidos por este tipo de personas; en la redacción original del articulado pertinente del código de 1994 se instauró una cláusula que identificaba los delitos que a los que se podría imputar responsabilidad, pero por motivos interpretativos se fue o bien ampliando o bien restringiendo, hasta que el legislador en 2004 abandono por medio de una reforma al código el criterio restrictivo y condiciono que las personas jurídicas pueden cometer todos los delitos salvo cuando la ley expresamente las excluya.

Entre los debates jurídicos que surgieron a raíz de esta novedad fue si todas las personas jurídicas, tanto las de derecho público como las de derecho privado eran susceptibles de este tipo de responsabilidad. La medida del código penal original fue excluir a las personas jurídicas de derecho público, este criterio debió morigerarse y se ha aceptado que ciertas personas de derecho público, en especial órganos descentralizados y con capacidad de delegar funciones y tareas, puedan ser sujetos de derecho penal.

Otro de los debates que se presentaron en Francia fue la determinación de cuando una persona jurídica se considere plenamente capaz y por lo tanto sujeto de derecho penal. El principal criterio fue aplicar las normas de derecho civil y comercial respecto a la existencia de la persona jurídica, de igual forma con las personas de derecho privado; si para estos ordenamientos la persona jurídica no se ha reconocido como tal no es posible que se atribuya responsabilidad penal, por lo que los delitos que sean cometidos en esa especie de asociación de atribuirán a título individual.

Este anterior criterio se ha tenido que morigerar y se acepta que ciertas asociaciones, así no sean reconocidas como personas jurídicas, puedan actuar como un órgano colectivo conjunto al que se le pueda atribuir responsabilidad penal. De igual forma se ha problematizado respecto al el papel de las personas físicas y su actuar como forma de incriminar a la sociedad. Es decir, en principio la regla del representante legal como quien obliga penalmente a la empresa se mantiene, pero se le agrega los órganos integrantes de la misma con capacidad de dirección –junta directiva, por ejemplo- y sobre todo el individuo que, aunque no figure con alguna atribución legal detente el poder real y material del actuar de la empresa.

Como conclusión en el ordenamiento jurídico francés se ha tratado de resolver, ya sea vía jurisprudencial o vía parlamentaria, los mayores problemas que supone la aplicación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas; las soluciones previstas pueden ser de recibo para evitar de entrada una redacción del estatuto de responsabilidad que sea impreciso y que deje profundas lagunas, y por este motivo sea esquilmo su objetivo de combatir la compleja criminalidad actual. (Poelemans, 2014)

3. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA DOGMÁTICA PENAL

El criterio más aceptado de legitimidad del derecho penal como imposición de un castigo público es que el mismo cumpla una función dentro de la sociedad en la que está llamada a operar. El castigo por el castigo es un esquema intolerable en un Estado de Derecho, aún más, en los que tiene como fundamento el respeto de la dignidad humana.

Conforme a la necesidad de legitimar la imposición de la pena a un individuo, es decir, la violación y restricción de derechos fundamentales por parte del Estado, los estudiosos del derecho penal o criminal han ideado esquemas que pretenden justificar la pena. Por supuesto estas teorías tienen como presupuesto que la pena se aplica a una persona humana –natural- y no a una persona jurídica, este presupuesto inicial ha tornado problemático que se aplique el derecho penal a personas jurídicas, como ya se verá más adelante.

El contexto del debate sobre la función de la pena frente a las personas jurídicas supone el conocimiento de las diferentes concepciones o corrientes que dominan este acápite, para determinar cuáles esquemas son contradictorios o incompatibles y cuales por el contrario podrían contribuir a legitimar la aplicación de una pena a una persona jurídica.

Se ha descrito a lo largo de esta investigación las necesidades de política criminal junto con las obligaciones internacionales de penar a las personas jurídicas respecto de las conductas punibles cometidas en beneficio de ellas en el ejercicio de su facultad de tener derechos y obligaciones. La dogmática penal es un determinado método de interpretación y aplicación aún vigente para el análisis de la ley penal, este método es propio de la tradición jurídica continental y vía trasplante ha sido adoptado por los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Si bien esta dogmática partida de la ley como dato de realidad innegable, de ahí el apelativo de dogmática, la dogmática penal actual se ha tornado inclusiva y permite la entrada de otras disciplinas tanto jurídicas como el Derecho Constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, como de ciencias en principio ajenas como la

medicina, la sociología, la económica. Esta apertura de la dogmática ha dejado a un lado la exegesis y el positivismo decimonónico como discurso dominante entre los que se dedican al ejercicio de este método al que denominan no sin ser pretensiosos como ciencia jurídica.

3.1 La dogmática jurídico penal

La dogmática tiene la pretensión de hacer previsible y segura la aplicación de la ley penal, segura para el ciudadano en el entendido que sabe que conductas son castigadas por el Estado y cuál es el quantum del castigo, a su vez sabe por medio de qué procedimientos legales se le puede atribuir la comisión de un delito, y se le brinda la posibilidad de defenderse en el transcurso de un juicio justo.

La necesidad de llegar a estas formas de aplicación de la ley penal nace aparejado a la misma necesidad de un Estado de Derecho, en el que el poder tenga límites y los derechos de los ciudadanos sean respetados y solo limitados excepcionalmente según una ley emanada de la voluntad popular y de acuerdo a los derechos fundamentales consagrados en la constitución.

La necesidad de cumplir estos postulados principales ha adoptado un método analítico –la división de un todo en partes- en el que a esa conducta se analiza respecto a unos requisitos normativos que le darán significado jurídico, ya sea uno en el que se predique la comisión u omisión el hecho, o por el contrario uno en el que se concluya que jurídicamente la conducta es adecuada o indiferente al derecho.

Este análisis del delito ha sido abordado desde muy diferentes puntos de vista, es conocida las diferentes escuelas penales y las derivaciones que ellas han producido, dentro de este prolífico análisis nos podemos servir, para efectos de este trabajo, de una distinción y clasificación, que si bien puede pasar de reduccionista, es clarificadora respecto a las ideas o fundamentos que subyacen a las diferentes formas de construcción de la teoría del delito, que es el concepto genérico que identifica a estas múltiples construcciones.

Dicha clasificación determina en dos vertientes las teorías del delito: la primera vertiente se denomina ontológica, con la cual se quiere denominar a la teorías del delito que se fundamentan en la naturaleza como fuente del delito, es decir ya sea la modificación exterior del mundo o la intención encaminada a la consecución de un fin; la segunda vertiente se puede denominar normativa en el que la conducta natural o fenomenológica no implica en sí mismo un juicio jurídico, pues el a través del derecho y de los significados que el brinda que se puede llegar a declarar que cierta conducta es adecuada a un delito y que la misma se produjo contrariando al derecho y con autodeterminación. (Reyes, 2008)

La estructura más conocida de la teoría del delito es la tripartita, es decir una conducta típica, antijurídica y culpable, existiendo también otras formas como la bipartita injusto típico y culpabilidad. En todas estas divisiones si el fundamento de la teoría del delito es ontológico la respuesta a la pregunta por la responsabilidad penal de las personas jurídicas es negativa, pues de ellas no se puede predicar una conducta fenomenológica –activa u omisiva- y mucho menos una culpabilidad como posibilidad de auto determinarse por el derecho. (Reyes, 2008)

Para los defensores de esta posición la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas es un hecho contra natural y contrario a los postulados metodológicos con los que edificaron la teoría del delito. Pero no solo existe esta posición en el derecho penal como disciplina del conocimiento, los más atentos observadores han detectado que las necesidades sociales deben llevar a una reconceptualización de las categorías del delito en favor de unas definiciones normativas y no ontológicas.

No es motivo de este trabajo indagar por esta transformación en la teoría del delito, pero si basta decir que si se sigue la tesis ontológica, no solo en el derecho penal, sino en el derecho en general, no existiría de modo alguno el derecho societario ni las personas jurídicas. Como se ha mencionado en acápites anteriores frente a las personas jurídicas la teoría dominante es la teoría de la ficción, por lo que es una creación artificial dentro del complejo mundo social que cumple funciones de facilitar el comercio, fomentar la inversión y limitar los riesgos.

3.2 La dogmática jurídico penal respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La pretensión de predicar la responsabilidad penal de estas personas enfrenta tres obstáculos dogmáticos principales: El primero es la capacidad de conducta o acción de este tipo de personas; el segundo es la capacidad de culpabilidad; y finalmente es la pena a las que se verían abocadas este tipo de personas. Para mencionar y tratar de solventar esas objeciones se repasarán las soluciones dogmáticas a las que se han llegado.

3.2.1 La acción compleja

La teoría de la acción compleja es una de las múltiples que se han creado o caracterizado para solventar el problema de la conducta de las personas jurídicas. Esta acción tiene significado por su relevancia social más no por sus características naturales, es decir no importa la individualización natural de la conducta de cada uno de los participantes en un delito, sino lo que importa es la valoración de esa voluntad colectiva respecto del significado social, el cual se inscribe en categorizarla como delito.

Por tal motivo *“Las personas jurídicas pueden tener una voluntad colectiva similar a la que los códigos penales suelen apreciar en el delito de concierto para delinquir, y también pueden ser consideradas como autoras de conductas penalmente relevantes, en forma similar a como se admite la existencia de acciones complejas en hipótesis de participación delictiva”* (Reyes, 2008)

Por lo tanto la voluntad de una organización, así como ocurre en el delito de concierto para delinquir, es decir es una acción diferente a la que sus órganos o partes, en este caso puede ser individuos o grupos de ellos como un comité dentro de la empresa, es diferente de la acción de la persona jurídica.

3.2.2 La organización de la conducta como reproche de culpabilidad

Las personas, ya sean naturales y jurídicas, son portadores de un rol en la sociedad, ese rol es determinado por las norma jurídicas que son expresiones de la sociedad para autorregularse y constituirse, este rol no es centralizado, es decir el derecho no determina la conducta de las

personas, pero si nos construye unos límites a la acción, es el papel de las personas adecuar su comportamientos a estos límites y organizarse en el ejercicio de este marco de libertad⁵.

La culpabilidad, bajo esta teoría normativa, lo que viene a reprochar es el defecto de organización, que significa que la persona a organizado su conducta contrario a la norma jurídica, y bajo ese prisma a caudado una intromisión indebida en la libertad de otra persona o de la misma sociedad. El libre albedrío no tiene significancia acá, ni el actuar de otro modo, pues el parámetro de acción esperada esta predispuesta en la norma, es decir la norma es la que le da significado a la culpabilidad.

Esta teoría está ligada al fin de la pena desde la perspectiva normativa aboga por una teoría de la prevención general positiva, en la que el objetivo es el restablecimiento del derecho y la restauración de su eficacia. Si se permite que personas insertas en una sociedad ataquen la vigencia y validez de las normas al contradecir sus mandatos y prohibiciones, esta sociedad dejará de existir y el sustrato de la sociedad será disfuncional.

El ambiente disfuncional de los límites de acción de las personas posibilita que los conflictos sociales se soluciones por vías ajenas a las institucionales, estas vías son generalmente el ejercicio de la violencia y del poder sin límites, lo que por supuesto ataca y riñe con el fin de la sociedad como el des-escalamiento del conflicto social. De igual forma una sociedad en donde no se respeten las normas imposibilita la acción colectiva de las personas, merma la confianza entre personas y entre estas y las instituciones oficiales.

Este concepto de culpabilidad no está atado a un presupuesto psicológico de posibilidad de entender que lo que se está haciendo es contrario a derecho, sino la forma en la que se organizó sin importar si supiera o no, tema crucial en los errores y omisiones punibles. Al respecto *“La persona que es objeto del juicio de culpabilidad no es entonces el ser humano ontológicamente considerado (esto*

⁵ Aun así se hablado de la posibilidad de reprochar moralmente a la persona jurídica *“Por responsabilidad moral de las corporaciones se entiende la posibilidad justificada de culpar y castigar a las propias corporaciones y no solo a sus miembros individuales (...) el núcleo de este debate ha girado, fundamentalmente, en torno a la cuestión de la intencionalidad corporativa”*(Gómez-Jara, 2011)

es, despojado de derechos y obligaciones) sino la “persona” jurídica entendiendo por tal un ser social normativamente dotado de derechos y obligaciones” (Reyes, 2008)

3.2.3 La teoría de la pena en las personas jurídicas

Como se advirtió en el acápite anterior esta teoría utiliza la prevención general positiva como coetánea de la culpabilidad. La pena supone entonces su imposición como forma de re afirmar frente a la sociedad la vigencia de la norma. Pero otra es la discusión acerca de las tipologías de pena a las que se pueden abocar y a la confusión de las mismas con las herramientas administrativas del Estado como vigilante y controlante de determinadas actividades económicas.

Lo primero que hay que aclarar es que las penas propias del derecho penal clásico no son aplicables por obvias razones, y por lo mismo hay que cuidar el lenguaje normativo para no caer en confusiones. Por ejemplo de una persona jurídica no es posible hablar de pena de muerte, pues la muerte es un concepto, primero natural y fenomenológico, y segundo su uso normativo solo está asignado o referenciado a las personas jurídicas como un hecho jurídico. Lo segundo es que el termino correcto es liquidar, precedido de una causal de disolución, como la persona jurídica no muere fácticamente –cosa imposible- debe haber un supuesto de hecho que obligue a la misma o a un tercero a liquidarla.

Estos supuestos de hecho de disolución pueden ser convencionales o legales, al ser una pena la liquidación de la persona jurídica hablaríamos de una disolución de fuente legal. Ahora la liquidación es un acto complejo, pues no simplemente se agota en cancelar el registro en la oficina encargada de su reconocimiento, supone también el respeto por los derechos y obligaciones contraídos por la empresa en su actuar. Así que la discusión estriba en que no solo puede ser una cancelación como fin de la personalidad jurídica, sino también en la forma en hacerlo, pues como es fundamento del Estado, esta liquidación no puede afectar los derechos de terceros, pues de esa misma forma se estaría atentando contra la vigencia de las normas que protegen sus intereses.

Ahora bien esta liquidación requiere conocimientos especializados, tan es así que en el caso colombiano está destinado un órgano institucional oficial que tiene dependencias solo para este

tipo de casos, a saber: la superintendencia de sociedades. Estos procesos requieren un rastreo de activos y derechos a favor de la empresa, la determinación de pasivos, derechos litigiosos; pero también implica, en un mundo globalizado, determinar que normas son aplicables a determinados bienes o negocios que no estén bajo la jurisdicción originaria, las normas de contabilidad etc. La pregunta es ¿quién asumirá estas funciones de ejecución de la pena? (Ley 1116, República de Colombia)

Pero no solo estos problemas administrativos acaecen con la liquidación, también existe otras formas de penas o sanción, aunque su denominación con este apelativo es problemática. Un ejemplo sería el proceso de reorganización que busca que la persona jurídica inmerso en problemas o dificultades financieras honren sus pasivos y pueden continuar con su actividad societaria. De nuevo este evento supone un acto complejo y aún más, la aquiescencia de deudores o víctimas de la persona jurídica, ya en etapas de juicio sino en la ejecución de la pena. (Ley 1116, República de Colombia)

Los doctrinantes que han ocupado gran parte de su tiempo en el estudio de la acción y de la culpabilidad no parecen dar soluciones igual de imaginativas a los tipos de pena y el impacto que pueden tener estas al ser aplicadas, más cuando las sociedades, muchas de las veces, corresponden a entramados societarios que afectan la ley aplicable y que característica posee, si matriz o controlante. Al respecto *“El derecho penal empresarial necesita de un catálogo amplio de sanciones que también incluya instrumentos que se encuentran asentados en el derecho administrativo desde hace tiempo. El eje central debe recaer, asimismo, sobre sanciones directivas que apunten a asegurar en el futuro una regulación adecuada del riesgo –por ejemplo las auditorías- .”* (Heine, 2008)

3.2.4 Otras propuestas de punición y no punición de las personas jurídicas.

Muchos son las propuestas y modelos metodológicos que ha desarrollado la doctrina para tratar de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vale mencionar el propuesto por el Baigún (1997)

3.2.4.1 Naturaleza de la acción institucional

Baigún fundamenta esta reelaboración dogmática en el concepto de acción, a la que añade el sustantivo de institucional. Esta acción la define como *“El interés como una objetividad cualitativamente diferente del interés de cada uno de los individuos”* (Baigún 1997) esta acción se compone de lo que Baigún denomina como unidades reales *onticas*, y se divide en tres categorías: la primera la normativa que se refiere a las normas jurídicas que sirven como límite y como suplemento en la proyección de la persona jurídica; la segunda la organizacional que hace referencia al plano sociológico en el que se desenvuelve o bien actúa la persona jurídica; y la tercera el interés económico que hace referencia al cálculo racional de intereses que determina la dirección en que la persona jurídica busca el cumplimiento de su objetivo económico.

3.2.4.2 Acción institucional

Este modelo se destaca por una doble imputación ante una conducta penalmente relevante a saber: el primero concierne a la responsabilidad penal de las personas físicas o naturales inmersa en hechos delictivos, bajo esta hipótesis la teoría del delito tradicional bastaría para determinar su responsabilidad; el segundo modelo de imputación es propiamente para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y como tal supone una reelaboración de todos los conceptos y categorías de la teoría del delito para que se adecue a las necesidades de punición de este tipo de personas.

3.2.4.3 Crítica

Si bien la propuesta de Baigún (1997) parece acertada en tanto fundamenta la necesidad de punición en dos planos ineludibles, el normativo y el sociológico, debe enfrentar un punto problemático el cual es que la pena –para muchos doctrinantes el fundamento de toda teoría del delito- se desnaturaliza y se confunde con el derecho administrativo sancionador, a esta objeción parece responder desde el efecto simbólico del derecho penal argumento bastante gaseoso, quedando sin respuesta la necesaria diferenciación entre la actividad de la administración de control y vigilancia y el ejercicio de la función punitiva del Estado.

3.3 Modelos en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

No todos los doctrinantes, por más contemporáneos que sean, aceptan o están dispuestos a aceptar que el modelo de imputación de responsabilidad penal sea aplicado a personas jurídicas. Dentro de los que abogan por su no implantación sobresale García (1997)

Sus objeciones parten de la premisa que la necesidad de punición a estas personas nace de los problemas de la teoría del delito respecto a la necesidad de individualizar la responsabilidad de las personas físicas o naturales dentro de una estructura empresarial o societaria. Por así decirlo la teoría del derecho clásica o tradicional enfrenta problemas a la hora de determinar el ámbito de decisión y funciones propias de una estructura corporativa. Esta dificultad parece solventarse si se aplican novedosas estructuras de imputación de autoría y participación sin que se necesite llegar a la drástica decisión de aplicar el derecho penal a este tipo de personas.

García menciona como soluciones dogmáticas a este problema la posición de garantía para las omisiones y la tesis de Roxin frente al dominio del hecho mediante los aparatos organizados de poder. Estas dos figuras son funcionales a determinar la responsabilidad de la cadena de mando o los hechos y conductas omisivas.

Otra de las objeciones que presenta García (1997) no se circunscribe a la estricta dogmática, sino que presenta razón político criminal y razones axiomáticas del deber del derecho penal. Estas objeciones se inscriben en que el derecho penal debe operar como el último recurso de control social dentro de una sociedad y que existen medidas diferentes para controlar el actuar de estas personas, tales como el derecho civil o comercial y el derecho administrativo sancionador.

Si bien García (1997) menciona una de las mayores dificultades de la propuesta de imputación penal a las personas jurídicas, se ancla en el viejo andamiaje deontológico tradicional del derecho penal, el cual parece ser ciego muchas veces a la realidad en la que está llamado a operar y que no dimensiona que el mismo cumple una función y no es simplemente una declaración de principios.

4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA

Colombia ha bebido de la tradición del derecho continental en la que se excluye de pleno derecho que las personas jurídicas tengan algún tipo de responsabilidad penal. El criterio dogmático que fundamenta esta prohibición se encuentra en que toda responsabilidad penal debe fundamentarse en la culpabilidad, la cual desde un punto de vista ontológico es imprecisable en una persona jurídica.

Pero no solo es un tema de los esquemas de imputación, sino que versa sobre la función o fin de la pena en sí mismo, pues ¿cómo se puede rehabilitar o resocializar a este tipo de ficciones jurídicas? De igual forma la posibilidad de individualizar los elementos subjetivos de los tipos penales que pueden cometerse o no.

4.1 Leyes penales y jurisprudencia entorno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia

La tradición jurídica colombiana ha seguido el dogma en el cual las sociedades no delinquen, y han sido posible muy pequeños y escasos los intentos de cambiar esta limitante. Valga mencionar intentos como la ley 488 de 1988 sobre la responsabilidad penal de las sociedades de intermediación aduanera y almacenes generales de depósito. Dicha norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-559 de 1999 por violación al principio constitucional de legalidad.

Otro intento de consagrar este tipo fue la ley 491 de 1999 sobre el seguro ecológico, la cual a su vez fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-843 de 1999. Esto no quiere decir que la Corte, al interpretar la constitución, suponga que esta prohíbe la responsabilidad penal de la persona jurídica, por el contrario en la sentencia C-320 de 1998 dejó abierta esta posibilidad con el cumplimiento de las restricciones propias de respeto a los derechos fundamentales. (Sanchez, 2005)

La jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema al casar sentencias en los que se debaten tangencialmente temas de responsabilidad jurídica de personas jurídicas y delitos de corte

ambientales o económicos ha referido que de *lege data* la responsabilidad penal de las persona jurídicas es una institución aun no aplicable para el caso colombiano, y que si bien las persona jurídicas en un sentido sociológico pueden cometer delitos los que vienen a responder por los mismo son los representantes legales; a este respecto se puede consultar la sentencia SP 16794-2014. (SP 16794-2014, Republica de Colombia)

Por lo que se entra al examen de determinar si la aplicación de este estamento de control social institucional tiene algún fundamento, justificación o legitimación que lo haga constitucionalmente legítimo y valido, y sobre todo que cumpla alguna función dentro de la sociedad.

4.2 Fundamentos y justificación de la ampliación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La posibilidad de aplicar el derecho penal nacional frente al crimen empresarial o bien el que se sirve de figuras de personas jurídicas ha sido impulsada, casi exclusivamente, en Colombia por la profunda corrupción que se presenta en el sector público y, por supuesto, la participación de los privados en dicho desfaldo del erario.

La discusión, hasta hace poco tiempo, siempre era fecunda en ambientes académicos y se circunscribía a trabajos dogmáticos de estudiosos del derecho penal, que entre otras cosas discutían los obstáculos que las categorías dogmáticas tradicionales suponían a este tipo de aplicación; estas discusiones se pueden encuadrar en tres grandes temas: la capacidad de acción de las personas jurídicas, la aplicación de la culpabilidad y finalmente la función de la pena. La gran mayoría de los trabajos académicos tratan de solucionar estas vicisitudes.

Pero dada la problemática nacional de corrupción y evasión de impuestos, la necesidad de protección de los bienes del Estado, y por ende la protección y cumplimiento de los fines del Estado a partir de la preservación del presupuesto, ha llevado a que se elaboren estrategias integrales contra este fenómeno delictivo. Dentro de este contexto sobre salen varios intentos, más bien esporádicos, en los que el gobierno y el poder legislativo se han sincronizados para tratar de mejorar un poco los males que aqueja el país; frente a la corrupción basta citar la como precedente

la ley 190 de 1995 en la cual se combinan diferentes medidas de lucha contra la corrupción, con un claro acento en la responsabilidad jurídicas que a las que se hacen acreedores los servidores públicos que se vean involucrados en este tipo de conductas.

El más reciente desarrollo legislativo respecto a la lucha contra la corrupción es el llamado estatuto anticorrupción ley 1474 de 2011, y ya presa de múltiples reformas, si bien esta ley se asemeja a las medidas anteriormente tomadas, concretamente a la ley 190 de 1995, tiene como novedad adecuar la lucha contra la corrupción a los estándares internacionales y a la realidad económica que la globalización supone –por ejemplo basta citar el delito de soborno trasnacional-, además de ello pone énfasis en un actor de estos entramados que tradicionalmente había sido desatendido el cual es el agente privado, que no solo con su conducta fomenta la comisión de actos delictivos, sino que puede con su conducta afectar a personas jurídicas naturales o jurídicas de carácter no público – como ejemplo basta citar el delito de administración desleal-

Dentro de este contexto de lucha contra la corrupción –entendida esta en un sentido amplio- reaparece la problemática sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero a diferencia de los escenarios pasados en este el gobierno y el poder legislativo adoptaron medidas concretas de imposiciones de sanciones a las personas jurídicas que se vean beneficiadas por la comisión de delitos por parte de alguno de sus integrantes.

4.3 Las disposiciones del estatuto anticorrupción frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como se ha mencionado el estatuto anticorrupción es un variopinto de diferentes disposiciones que van desde inhabilidades para la contratación con el Estado, modificaciones al código penal y código de procedimiento penal, modificaciones al régimen disciplinario de los servidores públicos etc. Como lo que nos interesa en esta investigación es la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos concentraremos en las disposiciones legales de dicha normatividad.

El capítulo II de la ley 1474 de 2011 versa sobre las medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada. Valga recordar que la ley ya menciona la corrupción privada como

un bien jurídico susceptible de ser protegido por medio del derecho penal, y que al permitir su impunidad supone poner en grave peligro el orden económico de la nación. Otro punto que la ley resalta es la necesidad de protección del sistema de seguridad social, como bien es sabido el sistema de seguridad social supone el aseguramiento del riesgo de vejez, accidente y muerte, en un Estado Social de Derecho como el que rige actualmente en el país, dicho sistema es un pilar fundamental para la consecución de los fines del Estado.

Lamentablemente este sistema ha sido presa de un entramado de corrupción profundo, esta criminalidad por supuesto no responde a la clásica concepción de una acción individual o a la reunión de un grupo de personas desde la clandestinidad, muy por el contrario se valen de figuras societarias, de fundaciones, de complejas estructuras de subordinación empresarias y demás figuras legales que, teniendo si razón de ser en promover la actividad económica, se usan para la comisión de acciones delictivas.

Teniendo en cuenta esta realidad, y sobre todo, el enorme daño social que supone el ataque al sistema de seguridad social, especialmente en el tema pensión y en la salud, el legislador promovió por medio de este estatuto duras sanciones contra las conductas que afecten al sistema, en concreto se resalta: reforma al artículo 247 del código penal, reforma al artículo 298, 301; la creación del tipo penal de omisión de control en el sector de la salud artículo 325b, junto con la creación del tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social artículo 399a y de artículos en los que se agrava la pena cuando los recursos versen sobre el sistema general de seguridad social.

El anterior ejemplo refuerza la idea de una criminalidad compleja y empresarial que se sirve de las figuras jurídicas para beneficiar a las empresas para las cuales trabaja o se representa, pero los ejemplos no solo se agotan en el sistema de seguridad social, también la ley trae como novedades la lucha por medio del derecho penal a la corrupción privada, así sobresalen la creación del artículo 410a sobre acuerdos restrictivos de la competencia, el artículo 411a sobre el tráfico de influencias particular, modificación al artículo 433 sobre el soborno trasnacional, el artículo 250a sobre la corrupción privada y el artículo 250b sobre la administración desleal.

El anterior recorrido es la muestra real y material de la necesidad de enfrentar la criminalidad profesional compleja y empresarial. Si bien la intención del estatuto anti corrupción es loable, la responsabilidad penal de la persona jurídica sigue en el paradigma clásico, y el intento de sancionar el beneficio o provecho obtenido a partir de las conductas de los individuos que la conforman solo se reafirma al aplicar y agravar las sanciones que ya se contenían en el código de procedimiento penal ley 906 de 2004 en su artículo 91.

Conforme a lo anterior se pasará al análisis de la disposición legal vigente que más se aproxima a una responsabilidad penal de las personas jurídicas, en concreto el artículo 91 del Código de procedimiento penal.

4.4 El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal y las sanciones a las personas jurídicas por conductas delictivas

El artículo 91 del Código de procedimiento penal consagra medidas, si se quiere penales, contra las personas jurídicas que se han dedicado o usado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. La posibilidad de aplicar esta sanción se hace dentro del contexto del proceso penal que investiga las responsabilidades penales individuales. Estas sanciones –suspensión o cancelación de la persona jurídica- tiene la posibilidad que se realicen mientras se realiza la indagación y antes de presentarse la acusación, y las mismas se pueden reafirmar definitivamente en la sentencia que encuentre este beneficio.

Si bien las disposiciones de este artículo apuntan a sancionar el beneficio o ventaja obtenida por las personas jurídicas, no imponen una pena, ni mucho menos son sujetos del derecho penal, no directamente. El estatuto anticorrupción modifico y adiciono disposiciones a esta normal, en concreto al hacer referencia a la aplicación de estas disposiciones en caso de delitos contra la administración pública; también previó que las entidades públicas afectadas, como víctimas de estos hechos, podrán pedir que la persona jurídica involucrada se vincule como tercero responsable en el incidente de reparación integral a realizar con posterioridad a la condena de los representantes legales o sus administradores.

El inciso final de la reforma realizada por el estatuto anticorrupción supone la posibilidad de imponer una sanción de carácter administrativo representada en multas a la persona jurídica cuando las personas jurídicas, con la voluntad o tolerancia de sus administradores o tolerancia hubieran permitido la comisión de un delito contra la administración pública. El fundamento de esta sanción era la benemérita ley 222 de 1995, la cual debió ser actualizada con la reforma de la ley 1778, pues la multas que contemplaba era irrisorias versus el beneficio obtenido por los hechos directivos.

Finalmente la ley mencionada -1778- corrige el monto de las multas a imponer por la superintendencia de sociedad elevándola ostensiblemente (200.000 SMLMV), una especie de escarnio público y la prohibición de recibir subsidios o prebendas del Estado.

4.5 Los delitos particulares que podrían cometer las personas jurídicas en el marco del ordenamiento jurídico colombiano.

Si bien muchas conductas humanas se encuentran penalizadas de una forma parecida en los ordenamientos jurídicos de tradición occidental, al momento de analizar los delitos que puedan cometer las personas jurídicas la particularidad de los mismos se deben al contexto, a las necesidades político criminales, el ordena internacional y nacional al que esté sometido el país y la misma demanda punitiva de la sociedad.

Ante estos antecedentes se pretenden en esta investigación, como proposición, analizar los delitos que como dato de ley se encuentran en el vigente código penal, resaltando como la reformas que se mencionaron en el punto anterior han ido acercado de apoco a la necesidad y legitimidad de aplicar el derecho penal a las personas jurídicas en el país.

4.5.1 Delitos contra la vida y la integridad personal

Los delitos contra la vida y la integridad personas son susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas, aunque constatar un hecho o un ejemplo de un homicidio doloso parece difícil, se puede constatar en ambientes de conflicto armado, cuando las empresas como determinadores azuzan acciones violentas contra sindicalistas y líderes sociales. En estos eventos se identifica que la

beneficiaria de este tipo de atentados contra la integridad son las personas jurídicas que buscan con dichos atentados obtener ventajas sobre todo económicas.

Lamentablemente en dichos contextos no opera la justicia ni para el representante legal de la compañía, mucho menos llegar a concebir una responsabilidad penal para la compañía. En Colombia basta citar el caso de la empresa *Chiquita Brands* y su filial en Colombia Banadex y como, la justicia norteamericana, la obligó a dejar de financiar los grupos armados ilegales que operaban en su zona de explotación económica (El espectador, 2012)

Otro caso ocurre con los delitos culposos o por negligencia, en este evento parece que la responsabilidad de las personas jurídicas queda más al descubierto, pues en ejercicio de su actividad económica pueden causar muertes o lesiones. El ejemplo que se puede citar es el de la responsabilidad por producto defectuoso en el derecho del consumidor, esta responsabilidad si bien nace del derecho civil de daños, se puede transpolar al derecho penal.

Una infracción a los deberes de calidad y seguridad del producto por parte de alguno de los estamentos de la cadena de producción o distribución puede llegar a transformar un producto en una fuente de riesgo para el consumidor final. Estos estándares son normativos o bien hace relación a la *lex artis* de la profesión u oficio. Bajo estas premisas normativas si se violan dichas normas lo consecuente es que la responsabilidad no solo esté en cabeza de la persona individual generador del daño, sino eventualmente en la persona jurídica si el daño así lo amerita. Un producto potencialmente peligroso puede causar homicidio culposo, lesiones personales culposas etc.

4.5.2 Delitos contra el patrimonio económico

Frente a los delitos que afectan este bien jurídico es donde más se puede predicar la responsabilidad de las personas jurídicas, pues el ambiente natural de desenvolvimiento de las personas jurídicas es el ánimo de lucro y la explotación económica. Delitos como el hurto o la estafa, fraude mediante cheque, abuso de confianza, administración desleal cuando el administrador es una persona jurídica y no una natural, corrupción privada, alzamiento de bienes, sustracción de bien propio, disposición de bien propio gravado con prenda etc. La mayoría de los delitos consignados para este bien

jurídico son perfectamente asimilables a las personas jurídicas y no habría en ello ninguna desproporción en su aplicación.

4.5.3 Delitos contra los datos personales

La economía de la información o de la tecnológica supone darle valor a ciertos hechos que antes eran indiferentes a la actividad económica. Uno de esos elementos son los datos personales, que en contextos actuales sirven para efectos de publicidad, posicionar productos, hacer perfil de consumos etc. Fue así como la protección de estos datos como bien jurídico solo se llevó a cabo en el país a partir de la ley 1273 de 2009.

4.5.4 Delitos contra los derechos de autor

Otra de las manifestaciones de la economía del conocimiento, de la información son los derechos de autor, que ante todo en su manifestación de derechos patrimoniales supone una forma de competencia desleal frente a las demás empresas.

Por lo anterior la propiedad intelectual y la propiedad industrial constituye uno de los bienes jurídicos a proteger por parte del derecho, desatenderlo significaría eliminar los incentivos a la innovación y construir ambientes no propicios para la inversión, pues en lugares en donde se permite su violación no tendría sentido invertir en crear nuevos procesos productivos o nuevos servicios que fomenten el crecimiento económico.

4.5.5 Delitos contra el orden económico social

Estos delitos consignados en este acápite del código penal son los que por excelencia se puede predicar de las personas jurídicas, pues se adecuan a la actividad que las mismas desarrollan en su objeto social y el cometido de los mismos supone beneficios económicos directamente a la empresa y a sus accionistas o beneficiarios. Estos delitos pueden ser el acaparamiento, la especulación, la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida, agiotaje, pánico económico, ilícita explotación comercial etc.

Este capítulo comprende las actividades económicas propiamente dichas y también las actividades del sector financiero, en las que, como se ha visto, es muy importante que los agentes económicos

no se salten las reglas del mercado y la regulación pues el impacto en la economía y en la confianza del mercado puede llevar a una recesión de la economía. Delitos como utilización indebida de fondos captados del público, operación no autorizada con accionistas o asociados, captación masiva y habitual de dineros públicos, manipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro nacional de valores e intermediarios, lavado de activos, testaferrato etc,

4.5.6 De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

Estos delitos son los que, en ciertos contextos, son los que más propician la demanda ciudadana y especializada en pro del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estas en desarrollo de su actividad comercial dejan una huella en el medio ambiente, la cual muchas veces es irreparable para el ecosistema y que puede llegar a afectar la salud y el bienestar ciudadano. Bajo este prisma es que las empresas o sociedad que afecten el medio ambiente pueden llegar a ser sujetos de imputación penal en delitos como ilícito aprovechamiento de los recursos naturales en eventos de explotación ilegal, Manejo y uso ilícito de organismos microorganismos y elementos genéticamente modificados en el caso de especies invasivas y que afecten al ecosistema nativo, daños en recursos naturales, contaminación ambiental, contaminación ambiental por residuos peligrosos, ilícita actividad de pesca, caza ilegal.

4.5.7. Delitos contra la administración pública

Como se expresó al momento de describir las obligaciones internacionales que buscan combatir el cohecho internacional, son susceptibles las personas jurídicas ser sujetos de imputación penal cuando actúen como intervinientes en delitos especiales como contra la administración pública, o cuando comentan cohecho por dar u ofrecer o un tipo más específico como el soborno transaccional, también acuerdos restrictivos de la competencia y tráfico de influencias de particular.

Recientemente se creó el delito de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes bajo la ley 1819 de 2016, con la pretensión de punir las actividades de los contribuyentes que induzca error a los agentes recaudadores.

4.6 El control social de las actividades empresarias en Colombia

La anterior descripción de la forma como el Estado, apoyado en una necesidad de política criminal contra las conductas perjudiciales desplegadas por las personas jurídicas, ha intentado asumir un sistema de sanciones que solo se puede enmarcarse en una aplicación del derecho administrativo sancionatorio, por lo menos y dado el contexto de profunda corrupción, se resalta que se ha intentado elevar la multas y se han creado secciones especiales en las superintendencias para perseguir este tipo de delitos, sin obviar claro está la actuación de la policía judicial, la cual por medio de estatuto anticorrupción, amplía sus facultades conforme a los artículos 242a y la reforma al artículo 284, ambos del código de procedimiento penal.

A pesar de este fortalecimiento del derechos administrativo sancionador y de la punición de individuos que participen en delitos económicos, parece que la realidad desborda las medidas de respuesta institucional y que la demanda para que este tipo de personas respondan se acrecienta, o por lo menos cada día está más cercano su asunción como sujeto activo dentro del derechos penal.

CONCLUSIONES

El antiguo dogma dentro del derecho penal respecto a la inimputabilidad de las personas jurídicas como sujetos de imputación penal se ha venido deshaciendo. Las nuevas realidades políticas criminales y los modernos desarrollos teóricos de la dogmática jurídico penal resultan en ser respuestas a una demanda de protección penal para bienes jurídicos propios de una sociedad global como la actual.

Dentro de estas nuevas demandas de protección de bienes el sistema de imputación debe fundarse en la función de la pena que está llamado a cumplir el sistema, como es natural en un sistema como el que se pretende la privación de la libertad es inaplicable, por lo que su fundamento debe centrarse en otro, más teniendo en cuenta como se relaciona con otras disciplinas del derecho como el derecho comercial y el derecho administrativo sancionador.

El ordenamiento jurídico colombiano ha estado dominado por la tradición del derecho civil, por lo que solo hasta la década de los años noventa se entró a discutir la necesidad de penar las personas jurídicas por las conductas punibles que llegaren a cometer. Un par de intentos sobresalen a pesar de la declaración de inconstitucionalidad de la Corte constitucional, aun así la puerta está abierta ya las realidades del crimen organizado y las demandas sociales parecen empujar al legislador a establecer este tipo de sistema de control social.

BIBLIOGRAFÍA

Baigún, David. (1997) Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en de las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Balmaceda, Gustavo, Guerra, Rodrigo y Nayi, Majer. (2014) Consecuencias jurídico penales en contra de personas jurídicas en Colombia, y políticas de prevención del delito Altava o en las empresas. Una mirada al modelo chileno. Editorial: Ediciones nueva jurídica.

Carreño Dalia et al. (2015). La razonabilidad jurídica, la razonabilidad política de la historicidad y la razonabilidad de la virtud de la prudencia, en la perspectiva de la hermenéutica y la argumentación. Bucaramanga: Universidad Santo Tomas.

Daron Acemoglu y James A. Robinson. (2012) Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza, editorial: Deusto.

García, Enrique. (1997) Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En de las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Gómez-Jara Carlos. (2011). Fundamentos de la culpabilidad empresarial. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Hine Günter. (2008). Modelos de responsabilidad jurídico penal originaria de la empresa. En Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial (pp. 17 - 53). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Hernández, Héctor. (2010) La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. En Revista Política Criminal Vol. 5 No. 9

Lavall, Manuel G Coordinador. (2003) Lecciones de derecho comparado, Editorial Universidad Jaume I.

Noam chomsky y Heinz dieterich. (1997) LA ALDEA GLOBAL. Editorial Txalaparta. México

Mantilla Molina, Roberto L (1984) Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina. Editorial Porrúa, México.

Poelemans, Maiténa. (2014) Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso Francés. Revista Eguzkilore, San Sebastián.

Ravassa Moreno, Gerardo José (1991) Historia del comercio y del derecho mercantil Bogotá: Universidad Santo Tomás. Centro de Enseñanza Desescolarizada.

Reyes Alvarado, Yesid. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Derecho penal, V.25, pp. 43-66.

Sánchez Sánchez, Raúl E. (2005) Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bogotá D.C. Editorial: Ibáñez.

Suarez, R. (2010) Teoría general de las personas jurídicas. Bogotá D.C., Colombia, Editorial: Temis.

Stevens, Betsy y Buechler, Scott (2013) An Analysis of the Lehman Brothers Code of Ethics and the Role It Played in the Firm. Journal of Leadership, Accountability and Ethics

Tafur Galvis, Alvaro. (2011) Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el estado. Bogotá D.C., Colombia. Editorial: Ibáñez.

Tiedemann, Kalus. (1997) Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Anuario de Derecho penal, Editorial: Grijley. Recuperado el 14 de Julio de 2017 en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf

Tolosa R, Daniel. (2015) Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en Colombia. Revista derecho penal y criminología, Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 14 de Julio de 2017 en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/4480/5123>

Zaffaroni E.R. Coord. (1997) De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Convenciones internacionales

Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003

Leyes extranjeras

República de Chile, ley N° 20.393 de 2009

Estados Unidos de América, The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. ("FCPA")

Reino de España, Código penal de 1996

Reino de España, ley 5 orgánica de 2010.

Código penal de Francia de 1994.

Leyes nacionales

República de Colombia, ley 488 de 1988.

República de Colombia, ley 190 de 1995.

República de Colombia, ley 222 de 1995.

República de Colombia, ley 491 de 1999.

República de Colombia, ley 599 de 2000.

República de Colombia, ley 906 de 2004.

República de Colombia, ley 1116 de 2006.

República de Colombia, ley 1273 de 2009.

República de Colombia, ley 1474 de 2011.

República de Colombia, ley 1778 de 2016.

Sentencias judiciales

República de Colombia, Corte Suprema de justicia sentencia SP-16794 de 2014

República de Colombia, Corte Constitucional sentencia C-599 de 1999.

República de Colombia, Corte Constitucional sentencia C-843 de 1999.

Periódicos

Laverde Palma, Juan David. (2012). Los 'pecados' de Chiquita Brands. El Espectador 10 de diciembre de 2012. Recuperado en <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-pecados-de-chiquita-brands-articulo-391790>