



**ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA,
PERSPECTIVAS Y CRÍTICAS A LA SANCIÓN
ADMINISTRATIVA: UN CAMINO HACIA LA PENA
PRIVATIVA DE LA AUTONOMÍA EMPRESARIAL**

***ANALYSIS OF THE PENAL RESPONSIBILITY OF
LEGAL PERSONS IN COLOMBIA, PERSPECTIVES
AND CRITICISM OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS:
A PATH TOWARDS THE EXCLUSIVE PENALTY OF
BUSINESS AUTONOMY***

JUAN SEBASTIÁN DE MARTINO CARREÑO*
SANTIAGO GUERRERO SABOGAL**

*Fecha de recepción: 21 de marzo de 2018
Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2018
Disponible en línea: 30 de diciembre de 2018*

RESUMEN

En el siguiente artículo se expondrán brevemente los postulados doctrinarios y jurídicos a partir de los cuales es viable la respon-

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, en proceso de grado. Miembro y Director adjunto de la Revista Código Javeriana (Arte y Derecho). Co-autor del artículo *¿Cuál es el camino para la recentralización de la función fiscal?* También ha sido Investigador Auxiliar del jurista Carlos Hernán Godoy Fajardo, en el artículo *Facultad para Transigir y Conciliar Derechos Inciertos y Discutibles* publicado en el libro conjunto: “Estatuto del Trabajo —Homenaje al Doctor Ernesto Jiménez Díaz—” publicado por el Colegio de Abogados del Trabajo en el 2016. Actualmente es colaborador y auxiliar de investigación para varios estudios del Jurista y Profesor Oscar Eduardo Moreno, en materia laboral y de seguridad social. Correo electrónico: sebartino@hotmail.com y demartinojuanse@gmail.com.

** Estudiante de Séptimo Semestre de Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana, Director de la Revista Código Javeriana (Arte y Derecho), miembro del Grupo Estudiantil Derecho Crítico. Correo electrónico: santiagoguerrero97@hotmail.com y santiago-guerrero@javeriana.edu.co

sabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, más allá de las sanciones administrativas que actualmente se aplican y que han resultado ser ineficientes. Al igual, se estudiará teóricamente la imputación de conductas delictivas a este tipo de personas a partir de la necesidad político- criminal bajo los principios de la justicia restaurativa. Este texto de investigación a su vez, propondrá la pena privativa de la autonomía empresarial como una sanción para que el Estado garantice la efectiva reparación a las víctimas, sea económico-eficiente y prevenga la conducta punible.

Palabras clave: Responsabilidad penal; sanción administrativa; justicia restaurativa; control empresarial; organización; pena privativa de la autonomía empresarial; libertad; crímenes empresariales.

ABSTRACT

In the following article there will be exposed briefly the doctrinaire and juridical postulates from which the penal responsibility of the legal persons is viable in our legal system, beyond the administrative sanctions that nowadays are applied and that have turned out to be inefficient. With this purpose there will be studied theoretically the imputation of criminal conducts to this type of persons from the perspective of the political-criminal need under the values of the restorative justice. This text of investigation will propose the privative penalty of the managerial autonomy as a sanction in order that the State guarantees the effective repair to the victims, to be economic - efficient and prevent the punishable conduct.

Keywords: Criminal responsibility; administrative sanction; restorative justice; managerial control; organization; penalty of the managerial autonomy; freedom; managerial crimes.

INTRODUCCIÓN

En el marco de las recientes controversias que han surgido en Colombia, a raíz del incremento del fenómeno de corrupción y criminalidad empresarial observado por algunos sectores de la justicia y los órganos de control^{1 2}, se ha susci-

1 Procuraduría General de la Nación (Colombia). Boletín 452. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Proyecto-sociedades-vinculadas-corrupcion-news>. (Bogotá, 08 de junio de 2017). “*El Procurador General de la Nación, Fernando Carrillo Flórez, anunció que el próximo 20 de julio presentará al Congreso un proyecto de ley para que se levanten los velos corporativos y*

tado nuevamente el debate sobre si nuestro derecho penal se debe enfocar exclusivamente en la responsabilidad individual-personalista³, o, por el contrario, dar lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de nuestro ordenamiento, como un mecanismo para enfrentar la impunidad que se presenta en ciertos sectores de la economía, debido a la incapacidad actual de la función judicial, en cabeza del Estado, para sancionar la criminalidad organizada que funciona a través de los entes jurídicos.

El propósito de este artículo de investigación desarrollado en el curso del pregrado de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, será abordar mediante una revisión doctrinal la **necesidad, viabilidad jurídica y función de la pena** en lo atinente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia.

Cada vez es mayor la preocupación de los órganos de control respecto a la criminalidad constantemente ligada al sistema económico, siendo así, las personas jurídicas como principales agentes de estas dinámicas sociales, deben estar bajo una observación constante en sus actuaciones y en caso de ser requerido, aseverar la responsabilidad punitiva de dichos agentes.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido un postulado teórico ampliamente abarcado por la doctrina nacional e internacional, con el fin de resaltar la imperiosa necesidad jurídica y político-criminal para juzgar efectivamente los delitos cometidos por quienes participan en este tipo de entes, así como lo advierte la Introducción realizada por Hanz Peter Knudsen Quevedo (rector de la Universidad del Rosario) a los **Estudios de derecho penal económico: Derecho Penal Económico y Constitución**, del Doctor Francisco José Sintura⁴:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido uno de los más debatidos temas en el escenario jurídico. Ello se debe también a los mismos intereses financieros y a la necesidad de su protección, además

se pueda incorporar al ordenamiento legal la responsabilidad penal de las personas jurídicas y también se sancione el delito de financiamiento ilegal de las campañas políticas.” (Comillas y Cursivas agregado por fuera del texto original)

- 2 Redacción Judicial del Diario El Espectador. (2017). Queremos que las empresas sean sometidas a la justicia penal: procurador Fernando Carrillo. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/queremos-que-las-empresas-sean-sometidas-la-justicia-penal-procurador-fernando-carrillo-articulo-697473> (8 de junio de 2017).
- 3 Ingrid Regina, Petro González, Jennifer, Mosquera Rentería, Luz Elena, Torres Molina. La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia. *Revista Criminalidad*. (2014).
- 4 Francisco José Sintura. *Estudios de derecho penal económico: Derecho Penal Económico y Constitución*. Universidad del Rosario. 14. (2007).

de la dificultad que muchas veces se presenta para poder identificar las personas físicas responsables de una infracción, dada la estructura, cada vez más compleja de las empresas. La globalización ha propiciado una integración internacional de factores tan extensa, que en el caso del capital, la tecnología y la información es posible hablar de un auténtico mercado mundial.

En esa medida, es importante resaltar el papel de las personas jurídicas bajo el contexto de las sociedades contemporáneas, pues son la principal figura para entablar las relaciones y actividades socio-económicas, teniendo así, injerencia en distintos sectores transversales como lo son las relaciones comerciales, ambientales, laborales e incluso de contratación estatal, lo cual puede tener un fuerte impacto en cuestiones macroeconómicas. Por lo tanto, es crucial abarcar en materia penal las dinámicas de responsabilidad que pueden surgir de las conductas típicas, antijurídicas y culpables de las personas jurídicas con el objetivo de evitar la impunidad y con la intención de salvaguardar el orden social ya que, de acuerdo con los postulados de Francisco José Sintura⁵.

La liberalización del sistema financiero internacional y la mejora en los medios técnicos destinados a potenciar su eficacia, en ocasiones son herramientas utilizadas para la comisión de hechos delictivos, generadores de dinero negro, y para ocultar el origen de estos capitales (...) Así mismo, se percibe con creciente claridad que estos delitos, por socavar la confianza básica en la vida social y los negocios, comprometen el funcionamiento del sistema económico, e incluso político y democrático.

Ahora bien, la realidad social⁶ colombiana obliga a ir más allá de las sanciones penales a las personas naturales que se encuentran cubiertas por el velo societario o la personería jurídica de las organizaciones, así como de las simples sanciones pecuniarias o administrativas que hasta la fecha han sido ineficaces en la prevención de los delitos de esta estirpe.

5 Francisco José Sintura. Estudios de derecho penal económico: Derecho Penal Económico y Constitución. Universidad del Rosario. 14. (2007).

6 Silvina Bacigalupo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Casa Editorial S.A. 63-69. (1998). “Bosch, se plantea al respecto de la teoría de Gierke que: *en la realidad social se encuentran se encuentran expresiones vitales pertenecientes tanto a los individuos como a las personas jurídicas que tienen idéntico significado social. La misma finalidad —señala GIERKE— puede tener en la vida social los mismos efectos, útiles o lesivos. Sobre la base de esa igualdad de finalidades y efectos de las mismas, —sea que pertenezcan al individuo o a una persona jurídica como fenómenos de la vida social—, parece posible justificar que las personas jurídicas también son personas sociales con la misma capacidad jurídica que los individuos*”. (Cursivas y comillas agregadas por fuera del texto original).

En el contexto colombiano, los casos de corrupción como el desvío de recursos públicos por parte de Saludcoop EPS⁷ y más concretamente los sobornos internacionales, con naturaleza de cohecho, los cuales procuraron la celebración indebida de contratos en un importante número de obras públicas de alta relevancia nacional, como en el caso de Odebrecht⁸, permiten exponer la ineficacia que puede llegar a existir en la aplicación de sanciones de índole exclusivamente administrativa a las personas jurídicas desde aspectos como:

1. La carencia de prevención y disuasión general en la realización de conductas criminales, así como la prevención especial para que la persona jurídica no reincida en la conducta típica.
2. Las sanciones administrativas resultan ser ineficaces, como se puede apreciar en aquellos casos donde se castiga con la inhabilidad para contratar con el Estado o ante la imposición de sanciones pecuniarias, que por su parte pueden llegar a ser inocuas o excesivas hasta el punto de generar la muerte comercial de la persona, provocando resultados no deseados en el mercado y trayendo consecuencias adversas como desempleo y la parálisis en la ejecución de las obras públicas, afectando de este modo el interés general⁹.
3. Por último, el sistema actual de responsabilidad de las personas jurídicas vulnera los principios de la Justicia Restaurativa al no garantizar la re-

7 Sección Denuncia. Edición Virtual de la Revista Semana. Saludcoop, el desfalco de la historia. <http://www.semana.com/nacion/articulo/desfalco-de-salucoop/365644-3>. (23 noviembre 2013). *“La meteórica carrera de este tolimense, que comenzó en 1975 como cobrador de seguros en La Equidad, terminó en 2011 cuando el gobierno decidió intervenir Saludcoop por desviar recursos de la salud. La semana pasada, tras dos años de investigaciones, la Contraloría lo sancionó a él y otros 14 directivos a devolver los 1,4 billones de pesos que habrían desviado de la salud entre 2002 y 2010.”* (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).

8 Sección Justicia. El Tiempo. Edición Virtual. Sobornos de Odebrecht llegaron a 84 mil millones de pesos en Colombia. <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/sobornos-de-odebrecht-llegaron-a-84-mil-millones-de-pesos-en-colombia-112828>. (25 julio 2017). *“En el marco de la investigación que adelanta la Fiscalía por la corrupción de Odebrecht en el país, el fiscal general Néstor Humberto Martínez aseguró que la cifra de sobornos pagados por la compañía brasilera en Colombia no fue de 21 mil millones de pesos como se dijo inicialmente, sino de 84 mil millones de pesos”*. (Comillas, cursivas y negrillas por fuera del texto).

9 Revista Portafolio. Edición Digital. Contrato de la ruta del sol II fue suspendido por Tribunal de Cundinamarca. <http://www.portafolio.co/economia/infraestructura/contrato-de-la-ruta-del-sol-fue-suspendido-503303>. (10 febrero 2017) *“Por orden del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el contrato de concesión número 1 del 14 de enero del 2010 para las obras de la Ruta del Sol II quedó suspendido provisionalmente. En el documento, el Tribunal afirma que la suspensión será hasta que se dicte sentencia con respecto a la acción popular interpuesta por la Procuraduría o hasta que se resuelva la petición de nulidad del contrato que está hoy en manos de un Tribunal de Arbitramento”*. (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).

paración integral de las víctimas de estas conductas, entre las cuales se encuentra el mismo Estado¹⁰.

A partir de lo anterior, es necesario definir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento interno, así como establecer la función que debe ejercer la pena y su modo, de acuerdo con los principios de la Justicia Restaurativa tales como **la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición** enmarcados en el Estado Social Democrático de Derecho, cuyo desarrollo ha sido primordial a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional^{11 12 13 14}. Además, precisa determinar el modo en el cual la san-

10 Revista Portafolio. Colombia no verá un peso de la sanción a Odebrecht <http://www.portafolio.co/economia/colombia-no-recibiria-dinero-por-multa-a-odebrecht-503829>. (3 marzo 2017) *“a pesar de la cuantiosa multa por US\$2.600 millones que le impusieron las autoridades de Estados Unidos a la constructora brasileña Odebrecht por los sobornos que pagó en 12 países para recibir contratos, a Colombia no le corresponde nada. Así lo explicó el fiscal general de la Nación, Néstor Humberto Martínez, durante el foro ‘Soborno: delito transnacional’, organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá.* (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2002. (M.P. Manuel Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre: 3 de abril de 2002). “La Corte precisa que parte civil, víctima y perjudicado son conceptos jurídicos diferentes. En efecto, la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también en daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado. La parte civil es una institución jurídica que permite a las víctimas o perjudicados, dentro de los cuales se encuentran los sucesores de la víctima, participar como sujetos en el proceso penal. El carácter civil de la parte ha sido entendido en sentido meramente patrimonial, pero en realidad puede tener una connotación distinta puesto que refiere a la participación de miembros de la sociedad civil en un proceso conducido por el Estado. Así, la parte civil, en razón a criterios es la directa y legítimamente interesada en el curso y en los resultados del proceso penal, como pasa a mostrarse a continuación”.

“Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátase de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. Esa tendencia se evidencia tanto en el texto constitucional como en el derecho internacional y el derecho comparado”.

“(…) De ello resulta que la indemnización es sólo uno de los posibles elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización. La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el “restablecimiento del derecho”, lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia.” (Comillas y cursivas por fuera del texto original).

12 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-794 de 2014. (M.P. Mauricio González Cuervo: 29 de octubre de 2014). *“El derecho a obtener una reparación integral implica el deber de adoptar distintas medidas orientadas a la dignificación y restauración plena del goce efectivo*

ción penal prevenga y ponga fin efectivo¹⁵ a la conducta criminal, a través de mecanismos de Control Empresarial por parte del Estado en complemento a las sanciones pecuniarias.

1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UNA PERSPECTIVA DE POLÍTICA CRIMINAL

1.1. NECESIDAD DE LA PENA

A partir de las transformaciones socioeconómicas desde la liberalización y globalización del capital en la economía mundial^{16 17}, se ha hecho evidente la ne-

de los derechos fundamentales de las víctimas. Tales medidas han de incluir cinco componentes básicos: (1) la restitución plena, hace referencia al restablecimiento de la víctima a la situación anterior al hecho de la violación, incluyendo la restitución de las tierras usurpadas o despojadas. De no ser posible tal restablecimiento pleno, es procedente (2) la compensación a través de medidas como la indemnización pecuniaria por el daño causado. La reparación integral incluye otras medidas como (3) la rehabilitación por el daño causado, mediante la atención médica y psicológica, así como la prestación de otros servicios sociales necesarios para esos fines; (4) la satisfacción, a través de medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; al igual que (5) garantías de no repetición, para asegurar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan” (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).

- 13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-695 de 2015. (M.P. Alberto Rojas Ríos: 11 de noviembre de 2015). “En un contexto de transición democrática, el objetivo específico de las compensaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos es restaurar su dignidad y reintegrarlas a la sociedad como ciudadanos iguales. De hecho, la reparación contribuye a la justicia en una forma compleja, vinculando los demás elementos de la justicia transicional (verdad, justicia, garantías de no repetición) y complementando otros procesos de justicia transicional que, sin incluir la reparación, se convertirían en ejercicios irrelevantes para la mayoría de las víctimas. A la reparación se le atribuye este papel en tanto constituye en sí misma una forma de reconocimiento adeudada a aquellos ciudadanos cuyos derechos humanos fueron violados”. (Comillas y cursivas agregadas por fuera del texto).
- 14 Igualmente, los principios de la justicia Restaurativa y Transicional se desarrollan en sentencias: C-579 de 2013, C-454 de 2006, C-180 de 2014, C-912 de 2013 y SU-254 de 2013
- 15 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En Artículo 10, numeral 4. 21 de diciembre de 2001 “*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.*” (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).
- 16 Joseph Stiglitz y Carlos Rodríguez Braun. El malestar en la globalización. 49-59. (2003). “*El cambio más dramático de estas instituciones tuvo lugar en los años ochenta, la era en la que Ronald Reagan y Margaret Thatcher predicaron la ideología del libre mercado en los Estados Unidos y el Reino Unido. El FMI y el Banco Mundial se convirtieron en nuevas instituciones misioneras, a través de las cuales esas ideas fueron impuestas sobre los reticentes países po-*

cesidad de **expandir** los sujetos de derecho penal en el marco de una realidad social, en donde las personas jurídicas o entes morales se expresan o actúan de maneras equiparables a las personas naturales, pues su accionar produce un mismo *significado social*. En ese sentido, al retomar a Gierke en su *teoría de la personalidad jurídica real de asociación*¹⁸, la finalidad de las actuaciones de los entes morales “puede tener en la vida social los mismos efectos útiles o lesivos” que aquellos realizados por individuos, pues está justificado “que las personas jurídicas también son personas sociales con la misma capacidad jurídica que los individuos.” Como decía Bacigalupo¹⁹:

Y es que el Derecho Penal que ha llegado a nuestros días es el Derecho Penal clásico, de la delincuencia clásica (básicamente violenta), contra bienes jurídicos clásicos (la vida, la salud, el honor, la libertad o la propiedad de las personas) y que se lleva a cabo por delinquentes clásicos (seres humanos) capaces de realizar acciones humanas con culpabilidad susceptible de ser captada en términos socio-biológicos²⁰.

El Derecho Penal clásico liberal de carácter ético moralizante, ha diseñado una pena dirigida a la sensibilidad del “*homo humanisticus*”^{21 22}, la cual ha es-

bres que necesitaban con urgencia sus préstamos y subvenciones”. (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original)

- 17 Misioneros de la globalización. https://elpais.com/diario/2002/05/18/babelia/1021677429_850215.html (13 de diciembre de 2017). “Ronald Reagan y Margaret Thatcher lanzaron la gran batalla ideológica a favor del ‘fundamentalismo del mercado’ y el FMI y el Banco Mundial se convirtieron ‘en nuevas instituciones misioneras, a través de las cuales esas ideas fueron impuestas sobre los reticentes países pobres que necesitaban con urgencia sus préstamos y sus subvenciones’. La austeridad fiscal, la privatización y la liberalización de los mercados, ‘los tres pilares del consenso de Washington’, se convirtieron en verdades ideológicas incontestables. De este modo, el FMI fue abandonando la misión para la que fue fundado: la estabilidad económica global. Y se convirtió en el instrumento que garantiza los intereses del capital financiero internacional”. (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).
- 18 Silvina Bacigalupo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Casa Editorial S.A. 63-69. (1998).
- 19 Silvina Bacigalupo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Casa Editorial S.A. 66. (1998).
- 20 José Miguel Zugaldía. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. España Tirant lo Blanch. 19. (2013).
- 21 El homo humanisticus responde a la relación entre la naturaleza anímica y somática del hombre, las cuales guían el comportamiento de este como un ser sensible y pasional hacia los parámetros morales y sociales de la comunidad. Estos postulados son desarrollados en las obras de Aristóteles.
- 22 Diego Sebastian Garrocho Salcedo. El hilemorfismo en evolución. Universitas Philosophica. Una aproximación moral a la relación entre el cuerpo y el alma en Aristóteles. 165-181. (2016). “Aristóteles parece reconocer una doble naturaleza —anímica y somática— en el hombre. Tal

tado principalmente orientada para la reproducción sistemática de relaciones de dominio²³, cuando se liga casi exclusivamente al tipo de delincuencia cometido desde los sectores sociales que se encuentran en la marginalización y la pobreza. Siendo así, el Código Civil el código de los ricos y el Código Penal el código de los pobres²⁴ (Zugaldía, 2013).

“En definitiva, el tan renombrado principio de intervención mínima no puede seguir utilizándose más como una coartada para configurar el Derecho Penal de una forma clásica u obsoleta (al modo del buen y antiguo Derecho Penal liberal)”²⁵. La disyuntiva entre la intervención mínima del Estado y la salvaguarda de los bienes jurídicos individuales o colectivos que se envuelven dentro de las

condición se haría incluso extensiva a todos los seres vivos puesto que, como dijimos, la diferencia específica del cuerpo vivo es precisamente tener una psyché que lo anime”. (...) “Las pasiones -como también la percepción o incluso la intelección evidencian un arraigo innegablemente corporal y, siguiendo el propio decir de Aristóteles, desde la perspectiva del físico podrían describirse como puras alteraciones fisiológicas”. (...) “en Aristóteles el cuerpo y el alma aparecen descritos como dos niveles que cooperan y se influyen íntimamente. Por eso, la pura descripción fisiológica o un animismo sin corporalidad dejarían de dar cuenta del modo en que Aristóteles describe las pasiones, lo que es tanto como decir el modo en que concibe al ser humano”. (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original)

- 23 Francisco Muñoz Conde. Derecho Penal y Control Social. Fundación Universitaria de Jerez. 36-38. (1985). “*Históricamente el orden social se ha mostrado como incapaz e insuficiente para conseguir por sí solo el grado de coacción necesario para que los ciudadanos respeten sus normas. En algún momento histórico, el grupo social recurre a un medio de coacción más preciso y vigoroso que es el orden jurídico. Titular de ese orden jurídico es el Estado que se presenta como el producto de una correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado. El Derecho y el Estado no son, sin embargo, expresión de un consenso general de voluntades, sino reflejo de un modo de producción y una forma de protección de intereses de clase, la dominante, en el grupo social al que ese Derecho y ese Estado pertenecen. (...) Trasladadas estas ideas al Derecho penal, esto significa la negación radical del mito del Derecho penal como derecho igualitario y, con ello, la ilegitimidad de todo intento de entender la pena como prevención integradora del consenso social. Como la nueva criminología ha puesto de relieve, a partir de la realización de diversas investigaciones empíricas, el Derecho penal no protege por igual todos los bienes respecto a los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos; tampoco la ley penal es igual para todos, ni el estatus de criminal se aplica por igual a todos los sujetos independientemente de la dañosidad social y de la gravedad de las infracciones a la ley penal por ellos realizadas (...). El gran hallazgo de la nueva criminología consiste precisamente en haber demostrado la contradicción existente entre Derecho penal presuntamente igualitario y una sociedad profundamente desigual. El Estado de Derecho sobre estas bases sólo puede producir un Derecho de Estado en el que se reflejan y manifiestan necesariamente los intereses de la clase dominante.*” (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).
- 24 José Miguel Zugaldía. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. España Tirant lo Blanch. 19. (2013).
- 25 José Miguel Zugaldía. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. España Tirant lo Blanch. 20. (2013).

dinámicas del mercado, supone la necesidad de desarrollar y expandir las nociones que abarca el derecho penal.

Sin embargo, en la actualidad, y gracias a un muy positivo fenómeno de expansión, está surgiendo un nuevo Derecho Penal (el derecho penal de la sociedad del riesgo, de la sociedad postindustrial, de la globalización o de las nuevas tecnologías) con nuevas formas de delincuencia contra nuevos bienes jurídicos (orden socioeconómico, derechos de los consumidores, derechos de los trabajadores, medio ambiente, ordenación urbanística, dignidad humana, buen funcionamiento societario, en general y de las entidades de crédito, en particular, delitos informáticos, blanqueo de capitales, delito fiscal, tráfico de personas, corrupción, grandes defraudaciones, etc)²⁶.

Bajo este contexto se puede argüir que el derecho penal que requiere Colombia debe estar dirigido también al *homo economicus*^{27 28}, donde la persona jurídica adquiera la calidad de sujeto para el derecho penal. Si bien es verdad que las personas jurídicas han reflejado uno de los parangones más relevantes para el desarrollo de la sociedad contemporánea, también es preciso mencionar que se han convertido en la forma más *perfecta, barata y discreta* de representar el papel del testaferrato, pues se ha usado el velo societario para encubrir la responsabilidad penal derivada de las conductas criminales empresariales.

1.2. CONVENIENCIA DE LA PENA

Tratándose de la conveniencia y utilidad de la pena es preciso observar tres aspectos fundamentales a tratar, los cuales son: **1. El efecto preventivo de la pena** **2. La protección civil de las víctimas** y **3. Las ventajas en derecho procesal y sustancial.**

26 José Miguel Zugaldía. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. España Tirant lo Blanch. 19. (2013).

27 El *homo economicus* es una expresión del ser humano que responde a la dinámica de transformación cultural y política, las cuales han permeado a la sociedad a partir del carácter primigenio del mercado dentro del desarrollo de la comunidad y las relaciones interpersonales.

28 Vilfredo Pareto. Manual of political economy. Editora Nova Cultural Ltda. 41. (1906). “*O homem real executa ações econômicas, morais, religiosas, estéticas etc. Exprime-se exatamente a mesma idéia, quando se diz: “estudo as ações econômicas e faço abstração das outras”, ou: “estudo o homo oeconomicus, que apenas executa ações econômicas”. Igualmente, exprime-se a mesma idéia sob as duas seguintes formas: “estudo as reações do enxofre e do oxigênio concretos, fazendo abstrações dos corpos estranhos que possam conter”, ou: “estudo as relações entre o enxofre e o oxigênio quimicamente puros”* (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).

1.2.1. El efecto preventivo de la pena

En términos generales, la función de la sanción penal es prevenir la realización de conductas criminales. En el caso en concreto de las personas jurídicas, las sanciones pecuniarias han resultado ser ineficientes, pues al hacer un análisis económico del derecho de *costo-beneficio*, la compensación por el daño causado resulta en general ser inferior al provecho económico recibido a partir de la realización de la conducta ilícita y, en ese sentido, no logra disuadir la continuidad de las conductas criminales, pues la utilidad es un incentivo suficiente para permanecer en el tipo penal. Al respecto, como advierte Gómez:

Evidentemente la posibilidad de que se le sancione con una multa, o con cualquiera de las demás penas previstas en la legislación positiva, parece dificultar o impedir tales objetivos (*prevención y disuasión de la conducta*). Al respecto, no puede olvidarse la insuficiencia de la legislación civil, puesto que esta se limita a exigir una compensación por el mal causado, la cual puede tener un coste económico inferior al potencial beneficio susceptible de ser obtenido. (Paréntesis agregado por fuera del texto original)²⁹.

1.2.2. La protección civil de las víctimas

Desde una noción clásica del derecho penal, se requiere que un individuo sea declarado culpable de la conducta típica para que la persona jurídica sea un tercero civilmente responsable por los daños ocasionados en curso de la empresa criminal³⁰. Lo anterior resulta ser desfavorable para la víctima que persigue el reconocimiento de la responsabilidad, ya que al hacerse imposible en determinadas circunstancias la judicialización de la persona natural, se trunca una efectiva administración de justicia. Situación contraria se da cuando la responsabilidad penal es imputable a la persona jurídica, pues no se requeriría la obligatoriedad de la condena a la persona natural, con el fin de reprochar socialmente el comportamiento criminal de los entes morales.

29 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. (2015).

30 Córdoba Angulo Miguel. El tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano. Revista Derecho Penal y Criminología. At. *“En efecto, toda persona natural que sea responsable civilmente con carácter directo por un delito debe ser, en consecuencia, vinculada al proceso para responder penalmente. Pero cuando los responsables son personas naturales dependientes de una persona jurídica, ya sea al nivel directivo o al operativo, y su conducta se da en desarrollo del objeto social de esa persona jurídica, se entiende que el ente en cuestión ha actuado a través de sus dependientes, de modo que sus delitos o culpas le son igualmente imputables.”* (Comillas y cursivas agregadas por fuera del texto original).

Ahora bien, desde una perspectiva de **Justicia Restaurativa** en la que se busca proteger a las víctimas, la sanción penal de las personas jurídicas cumple con el objetivo de garantizar una efectiva restauración de los bienes jurídicamente tutelados por las normas constitucionales y penales; esto se debe a que la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, ha resaltado en materia de reparación integral los derechos de las víctimas para el cumplimiento de esta, en donde se puede apreciar la efectiva participación del Estado como agente encargado para la realización de la justicia. En primer lugar, la Sentencia C-180 de 2014 con Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos señaló como marco general de los derechos de las víctimas:

i) *la disponibilidad de un recurso efectivo*, impone al Estado distintas obligaciones de procedimiento frente al ejercicio del derecho a la reparación como el respeto a la dignidad de las víctimas, la garantía de medios que les permita participar en el diseño y ejecución de los programas de reparaciones, y el deber de garantizar mecanismos efectivos, adecuados y de fácil acceso, a través de los cuales, sin discriminación alguna, puedan obtener una reparación que atienda la gravedad del daño e incluya restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y medidas para evitar la repetición; y

ii) *el derecho a ser reparadas adecuadamente por los perjuicios sufridos*, impone al Estado la obligación de reparar a las víctimas teniendo en cuenta las distintas formas que se han mencionado de reparación; el deber de reparar sin perjuicio de que luego repita contra el autor de la violación; proceder a efectuarla sin establecer distinciones injustificadas entre las víctimas; y garantizar la ejecución de las decisiones judiciales que impongan medidas de reparación.

De la misma manera, la Corte Constitucional en la Sentencia C-979 de 2005 con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, ha precisado que la garantía de no repetición está compuesta por “*todas las acciones dirigidas a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron los derechos de las víctimas, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa*”. Lo que se encuentra estrechamente relacionado con la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los derechos humanos, para lo cual debe adoptar medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural³¹.

31 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988. Párr. 175. De igual forma, el art. 4.f de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1994) dispone que los Estados deben: “*elaborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que pue-*

Como se puede apreciar, la Justicia Restaurativa enmarcada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, supone la restauración efectiva de los derechos de las víctimas por el acrecentamiento en la noción de reparación a partir de la verdad, justicia y garantías de no repetición, saliéndose de la perspectiva clásica y exclusivamente económica con el fin de obtener la restauración integral de los derechos afectados. Al igual, la Justicia Restaurativa implica un papel activo por parte del Estado con el fin de garantizar el resarcimiento a las víctimas, lo cual constituye en materia penal, sanciones a los crímenes empresariales, cuyo objetivo sean materializar los ya mencionados principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

1.2.3. Las ventajas en derecho procesal y sustancial.

Iniciar con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, le brinda al Estado, en virtud del ius puniendi la posibilidad integradora de la capacidad investigativa que se encuentra en cabeza del ente acusador, además de los órganos de control encargados de la supervisión policiva de las actividades empresariales. Esta dinámica no se presenta a partir del derecho administrativo sancionador, en el cual erróneamente se han impuesto las sanciones a las personas jurídicas, debido a su imposibilidad de llevar a cabo el esclarecimiento de la conducta delictiva, la reparación a la víctima, la salvaguarda de los bienes jurídicos y su tutela efectiva al no tener la función institucional de investigar y acusar penalmente.

(...) el reconocimiento de la responsabilidad penal frente a los entes colectivos tiene incuestionables ventajas procesales porque otorga, frente al derecho administrativo sancionador, amplios poderes de investigación imposibles en ese otro sector del ordenamiento jurídico, los cuales son muy convenientes para el esclarecimiento de complejos ilícitos, presentes especialmente en el marco del mercado³².

Por otro lado, la imputación directa de la responsabilidad penal a las personas jurídicas evita la impunidad que se deriva al sancionar exclusivamente

dan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia". Sobre la obligación de adoptar medidas de prevención en distintos ámbitos de los derechos humanos, ver: arts. 7.d y 8 de la Convención de Belem do Pará; Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/52/86: "Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer", 2 de febrero de 1998; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007. (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).

32 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. 22. (2015).

a una o varias personas físicas que pueden ser fácilmente reemplazadas en la organización corporativa, con el fin de continuar la conducta delictiva. De esta manera, la expansión del sujeto activo del derecho penal garantiza que las empresas no abusen de su personería jurídica para evadir la justicia.

Desde una perspectiva de política criminal, la conveniencia y necesidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se evidencian a partir de la construcción que ha hecho Claus Roxin en materia de derecho penal a partir de **a) la conminación legal, b) la imposición judicial y c) la ejecución de la pena**³³.

a) Conminación legal

En la amenaza de la pena como castigo, se desarrollan los fines preventivos de carácter general. Por lo tanto, se busca disuadir de prácticas empresariales por fuera de los parámetros de legalidad o, formulado en positivo, estimular una conducta empresarial acorde al derecho, con el objetivo de que se adopten medidas encaminadas a prevenir la comisión de actividades delictivas al interior de las empresas³⁴.

b) La imposición judicial

La imposición de la pena por parte del juez cobija la necesidad preventiva especial que trata de evitar que la entidad vuelva a incurrir o reincida en una conducta típica. Al igual, la aplicación de las penas a las personas jurídicas debe tener en cuenta la necesidad de la misma con el fin de evitar que la actividad delictiva y sus efectos continúen³⁵.

c) La ejecución de la pena

Si bien se ha planteado que en la ejecución de la pena a las personas jurídicas no se tiene en cuenta la dignidad humana,³⁶ al no ser titulares de esta, el principio

33 Claus Roxin. Sentido y Límites de la pena estatal. Reus. S.A. 11-36. (1976). “*el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan justificación cada una por separado*” (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).

34 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. (2015).

35 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. (2015).

36 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. 40. (2015). “*En el derecho penal de las organizaciones, no se encuentran las limitaciones derivadas de la dignidad de la persona, que imponen que la ejecución*

de proporcionalidad es crucial para no caer en penas utilitaristas que atenten contra el orden económico y social. Por lo tanto, es preciso evaluar figuras similares a la toma de posesión^{37 38}, capaces de neutralizar la actividad criminal, tal y como se analizará en apartes subsiguientes.

2. VIABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: DOCTRINA E IMPUTACIÓN DE LA CONDUCTA

2.1. IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.1.1. Acción

El debate respecto a la capacidad de acción de las personas jurídicas ha sido amplio y constantemente negado, sin embargo, existe una gran cantidad de alternativas que permiten solventar a nivel teórico la capacidad para actuar de estas, siendo dos las principales teorías:

esté orientada a la prevención especial con exclusividad. No obstante, para impedir un exceso punitivo se hará esencial el recurso al principio de proporcionalidad” (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).

- 37 Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización. Concepto No. 1999024183-4. Superintendencia Financiera de Colombia. (1999). “(...) *Se debe entender que la toma de posesión corresponde a una medida administrativa que representa la potestad de intervención propia de los organismos de supervisión y control, la cual obedece a unas causales específicas y taxativas que la ley señala. Igualmente, es del punto advertir, que la toma de posesión, dependiendo de la situación concreta, tiene como fin, o bien sea asumir la administración de la entidad para enervar los hechos que le impiden a la misma desarrollar regularmente su objeto social, asumiendo las más amplias facultades administrativas, o bien decretar la liquidación de la entidad vigilada poniendo fin al desarrollo de su objeto social e iniciando un proceso encaminado a la liquidación de activos para el pago de pasivos externos”.* (Comillas y Cursivas agregadas por fuera del texto original).
- 38 Las causales taxativas de la toma de posesión se encuentran reguladas a partir del Art 114 del EOSF: Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que, a su juicio, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público:
- a) Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;
 - b) Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;
 - c) Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios;
 - d) Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas;
 - e) Cuando persista en violar sus estatutos o alguna ley;
 - f) Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura, y
 - g) Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito.

En primer lugar, algunos autores como Lampe envuelven en el concepto de persona social a las personas naturales y jurídicas. Mientras las personas naturales generan relaciones sociales a partir de su capacidad de acción, las personas jurídicas lo hacen mediante su capacidad de organización, las cuales son completamente equiparables a la hora de producir un injusto³⁹.

En segundo lugar, hay otros sectores de la doctrina que consideran las acciones realizadas por las personas físicas y en representación de las personas jurídicas como una acción propia de la mismas^{40 41}.

Igualmente es fundamental traer a colación el concepto de acción postulado por Roxin, el cual es definido como “manifestación de la personalidad”⁴², siendo crucial en materia de imputación penal, al ser un mínimo común de toda clase de delito como una conducta típica, antijurídica y culpable. La amplitud de este concepto permite que sea la base estructural en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas ya que se puede incluir como un sujeto para esta noción, al no comprender el adjetivo “humano”⁴³.

Con base en este artículo, se desarrollarán las categorías de tipicidad, anti-juridicidad y culpabilidad de las personas jurídicas a partir de los postulados doctrinarios previamente expuestos y que tienen perfecta cabida respecto a la noción de acción acuñada por Roxin.

2.1.2. Tipicidad objetiva y subjetiva

La tipicidad consiste en la descripción inequívoca, expresa y clara de una conducta que el legislador considera como punible⁴⁴. Para la imputación penal de una acción es necesario entablar un proceso de adecuación típica a partir del cual se establece si un comportamiento encaja en un determinado tipo al vulnerar o poner en peligro un determinado bien jurídico tutelado por la ley penal.

39 Carlos Gómez-Jara. Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad Externado de Colombia. (2011).

40 Silvina Bacigalupo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Casa Editorial S.A. 150. (1998).

41 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. (2015).

42 Claus Roxin, Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Derecho penal. parte general. Madrid Civitas. (1997).

43 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. (2015).

44 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-996 de 2000. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: 2 de agosto de 2000).

Respecto a la tipicidad objetiva, los delitos cometidos por personas jurídicas se encuentran estrechamente determinados por dos factores. En primer lugar, los tipos penales están diseñados para la conducta de personas naturales. Por otro lado, las personas jurídicas no existen físicamente.⁴⁵

La conjunción de ambas ideas permite que entendamos que la afirmación de la tipicidad en el particular ámbito del derecho penal de las entidades colectivas requiere de un juicio de atribución de la responsabilidad derivado de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por medio de la realización de una acción típica descrita en la Ley. Esta inevitablemente deberá haber sido llevada a cabo por una persona física. Desde nuestro punto de vista, tal juicio corre paralelo al de imputación objetiva en el Derecho penal tradicional⁴⁶.

Por lo tanto, el injusto en el caso de las personas jurídicas se debe a partir de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por la ley penal por parte de un sujeto natural, el cual se imputa a la organización. El hecho decisivo en cuestión, se da a partir de la externalización de la conducta por parte de la persona natural ya que esta se debe apreciar como una “conducta de empresa”⁴⁷. En otras palabras, no se analiza exclusivamente como un error dentro de la organización empresarial o un hecho individual de la persona física, sino como una conducta por parte de la organización encaminada a la comisión del ilícito penal⁴⁸.

El análisis de tipicidad subjetiva bajo el contexto de las personas jurídicas, implica tomar como *punto de partida* el carácter doloso o culposo mediante el cual actúa la persona natural a la cual le sea imputable el hecho. Sin embargo, es crucial entender que la responsabilidad de la persona natural *no se toma como referencia* para la imputación penal de la persona jurídica, ya que comúnmente es un administrador o un simple trabajador quien realiza la conducta criminal, pues se debe revisar la conducta en general de las personas físicas que integran

45 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. (2015).

46 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. 69. (2015).

47 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. (2015).

48 El inciso 5 del artículo 3 de la Ley NÚM. 20.393 promulgada por el Congreso Nacional de la República de Chile del 2 de diciembre de 2009 de responsabilidad penal de las personas jurídicas arguye: “Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”.

el ente moral y sobre los cuales se debe establecer la responsabilidad por el hecho punible⁴⁹.

2.1.3. Antijuridicidad

La conducta de las personas jurídicas puede recaer en el injusto penal, cuando formalmente la acción contraviene una disposición del ordenamiento jurídico y, en sentido material al vulnerar, lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado por la ley penal. De este modo, al seguir con los postulados de Lampe y Gómez-Jara previamente expuestos, las relaciones sociales formadas por la capacidad de acción-organización que se reprochan por parte de la sociedad en una valoración negativa constituyen el injusto. En ese sentido, los “productores del injusto” son responsables jurídicamente por los procesos sociales desarrollados por la *persona social*, aun tratándose de personas jurídicas⁵⁰.

Así, el elemento personal de injusto de estas personas (jurídicas) es la capacidad de organización de la capacidad de acción ajena. Es decir, la capacidad de desencadenar procesos sociales a través de la organización de las acciones ajenas (...) por lo tanto, con respecto a la producción de procesos sociales, *la capacidad de acción encuentra su equivalente funcional en la capacidad de organización*. (Paréntesis agregado por fuera del texto original)⁵¹.

2.1.4. Culpabilidad

En Colombia, la posición dominante en la academia define la culpabilidad desde un aspecto normativista como un juicio de reproche, en el cual se condena a la persona por no adecuar su comportamiento a derecho, siendo el dolo y la culpa las modalidades desde una perspectiva subjetiva de la conducta punible^{52 53}.

49 Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. (2015).

50 Carlos Gómez-Jara. Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad Externado de Colombia. (2011).

51 Carlos Gómez-Jara. Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad Externado de Colombia. 249. (2011).

52 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-181 de 2016. (M.P. Gloria Stella Ortiz: 13 de abril de 2016). “*La culpabilidad hace parte de la dogmática penal y junto con la tipicidad y la antijuridicidad, constituye un elemento estructural de la responsabilidad penal. Así las cosas, para BACIGALUPO la culpabilidad constituye “(...) el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma*”.

La sentencia del Tribunal Constitucional español 246/1991 planteó que la responsabilidad de las personas jurídicas se funda en el principio de culpabilidad aplicado de manera distinta a aquella que se entiende respecto de las personas físicas, pues en esa construcción de imputación de la autoría de un tipo penal no se revisa el elemento volitivo del que carecen los entes morales, sino que se funda en la capacidad que estas tienen de infringir las normas a las cuales se someten. En ese sentido, sobre la capacidad de infracción de las empresas, se puede reflejar un juicio de reproche al vulnerar un bien jurídicamente tutelado por la ley⁵⁴.

Respecto a las personas jurídicas:

En concreto, existen cuatro casusas que constituyen el injusto del sistema de la empresa económica: I. El potencial peligro de la empresa que se utiliza mecánica o lógicamente para realizar una prestación. II. La estructura deficitaria de la organización, la cual neutraliza incorrectamente la peligrosidad de este potencial. III. La filosofía empresarial criminógena que ofrece a los miembros de la organización la tentación de llevar a cabo acciones criminales. IV. La erosión del concepto de la responsabilidad por la acción individual que, en el nivel regulativo, conduce a la evitación

La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento entre otros. Conforme a lo anterior, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto. Por último, la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto". (Cursivas y comillas agregadas por fuera del texto original).

53 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre: 14 de mayo de 2002). *"Es claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba".* (Cursivas y comillas agregadas por fuera del texto original).

54 Silvina Bacigalupo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Casa Editorial S.A. (1998).

de la responsabilidad derivada de las consecuencias de la obediencia a las reglas⁵⁵.

A partir de la tesis de la *filosofía de la empresa* y su *estructura organizativa*, tomada por Gómez-Jara, como las posibles causas del injusto penal para las personas jurídicas, se establecen dos niveles de responsabilidad, la primera derivada de la filosofía de la empresa y la segunda de la organización empresarial.

La responsabilidad penal por la **filosofía empresarial** se da cuando existe un marco “supra-legal” al interior de organización en el que se generan estímulos de cualquier índole, directos o indirectos, a la conducta delictiva que se produce por el comportamiento lesivo de un miembro de la empresa, ya sea doloso o culposo. En la filosofía empresarial se recompensa el crimen provechoso para la organización, la cual podría ser una desviada motivación económica a los agentes de la empresa, así como *las bonificaciones de éxito por la suscripción de contratos* aunque dichos contratos se hubiesen obtenido de manera ilegal. Mientras que la responsabilidad por la **estructura de la organización**, genera un injusto cuando la conducta esta dirigida a favorecer los delitos de los miembros de la empresa, la cual puede ser dolosa o culposa. Por ejemplo, cuando descuida los controles o cuando excluye, limita o difumina la responsabilidad individual⁵⁶.

3. FUNCIÓN DE LA PENA: CONTROL Y ADMINISTRACIÓN ESTATAL COMO PENA PRIVATIVA DE LA AUTONOMÍA EMPRESARIAL

Como se ha logrado advertir con anterioridad, la responsabilidad penal podría llegar a ser imputable a la persona jurídica y toda vez que las sanciones administrativas o pecuniarias aplicables en nuestro país suelen resultar ineficaces en su función de prevenir los delitos, es posible jurídica y constitucionalmente sugerir la formulación de una sanción en la cual la persona jurídica, al igual que la persona natural fuese privada de su libertad, en este caso materializada con la pérdida de autonomía empresarial, cuyo objetivo sea resocializar a la organización para que esta cumpla con su función social y ecológica, regularizando su

55 Carlos Gómez-Jara. Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad Externado de Colombia. 195. (2011).

56 Carlos Gómez-Jara. Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad Externado de Colombia. (2011).

actividad al interior de un mercado del cual se desprenden obligaciones claras en *pro* del interés general.

Los artículos 58, 333, 334 y 335 de la Constitución Política, fijan los parámetros de la función social y ecológica de la propiedad, la prevalencia del interés público sobre el interés particular, la libre asociación, la implicación de obligaciones que se derivan de la propiedad privada y la libre empresa, así como la facultad del Estado para ejercer intervención y regulación en los distintos sectores transversales de la economía, con el fin de salvaguardar el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. A partir de esto se puede argüir la necesidad de configurar la sanción penal para las personas jurídicas, en la cual el reproche social acarree como consecuencia la pérdida temporal de la administración de la organización empresarial, con el objetivo de proteger y restaurar los derechos de las víctimas, conservar el rol económico-eficiente del ente moral, prevenir y disuadir la realización de conductas punibles empresariales, además de evitar que estas se repitan.

Vale la pena resaltar que en Colombia han existido precedentes sobre la administración temporal por parte del Estado a personas jurídicas, en figuras concretas del derecho administrativo como la toma de posesión desarrollada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. No obstante esta medida preventiva de intervención ejercida por la Superintendencia Financiera difiere a la pena que aquí se propone al ser transitoria, pues busca establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación, si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias en un término no superior a cuatro meses⁵⁷, en los cuales, la administración la lleva a cabo un agente especial designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFIN) quien asume el control físico de las instalaciones y negocios de la compañía intervenida⁵⁸. En ese sentido es justo procurar la positivización de una pena con los siguientes elementos generales:

57 Decreto 663 de 1993. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. 2 de abril de 1993.

58 Decreto 2555 de 2010. [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. 15 de julio de 2010. “El art. 9.1.1.2.4. del Decreto 2555 de 2010 establece las funciones en cabeza del agente especial designado para la administración de la persona jurídica: “(1.) *Actuar como representante legal de la intervenida y en tal calidad desarrollar todas las actividades necesarias para la administración de la sociedad y ejecutar todos los actos pertinentes para el desarrollo del objeto social.* (2.) *Si es del caso, separar en cualquier*

- Restricción efectiva de la autonomía jurídica y comercial del ente moral, en la cual se deposite su administración bajo la supervisión temporal del Estado como ente encargado del *ius puniendi* y la salvaguarda del interés general en el libre mercado. Además la sanción penal deberá atender a los principios de la justicia restaurativa y por lo tanto garantizar la restauración integral de los derechos de las víctimas, lo cual incluye la reparación económica, la verdad, la justicia y las garantías de no repetición.
- En la administración ejercida bajo la supervisión del Estado, la persona jurídica tiene que continuar siendo explotada económicamente con el fin de resarcir integralmente a las víctimas por el daño causado, sostener el mantenimiento de los costos de administración e impedir la muerte comercial de la organización empresarial para que no se generen fallas en el mercado como el desempleo masivo, incumplimiento contractual o la desaceleración de la economía.
- Con el fin de evitar la muerte del ente moral *resocializable* y la no indemnización de daños a las víctimas, es necesario que la pena pecuniaria a la que haya lugar se dé proporcionalmente a las participaciones de los socios sobre las utilidades, privilegiando el aporte a la acreencia con las víctimas, por otro lado, la pena pecuniaria podrá ser prorrogable en el tiempo para garantizar el pago efectivo a partir del mismo instrumento de producción de capital en la compañía.
- La sanción pecuniaria se debe imputar en parte al patrimonio de la persona jurídica sin disminuir su capacidad de producción y, por otro lado,

momento los administradores y directores de la intervenida que no hayan sido separados por la Superintendencia Financiera de Colombia en el acto que ordenó la toma de posesión. (3.) Promover la celebración de acuerdos de acreedores, de conformidad con lo señalado en el numeral 19 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el Artículo 24 de la Ley 510 de 1999. (4.) Adelantar el recaudo de los dineros y la recuperación de los activos que por cualquier concepto deban ingresar a la entidad intervenida, para lo cual podrá ofrecer incentivos por la denuncia de la existencia y entrega de tales activos. (5.) Administrar los activos de la intervenida. (6.) Velar por la adecuada conservación de los bienes de la entidad, adoptando las medidas necesarias para mantener los activos en adecuadas condiciones de seguridad física y ejerciendo las acciones judiciales y administrativas requeridas para el efecto. (7.) Continuar con la contabilidad de la entidad. (8.) Ejecutar todos los actos y efectuar todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos y archivos de la entidad. (9.) Bajo su responsabilidad promover las acciones de responsabilidad civil o penales que correspondan contra los administradores, revisor fiscal y funcionarios de la intervenida. (10.) Suministrar a la Superintendencia Financiera de Colombia y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN la información que las entidades requieran. (11.) Si es el caso, impetrar las acciones revocatorias de que trata el numeral 7 del artículo 301 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el inciso primero del artículo 27 de la Ley 510 de 1999". (Paréntesis, comillas y cursivas por fuera del texto original).

al patrimonio de las personas naturales condenadas individualmente, partiendo principal y proporcionalmente a su participación social y las utilidades que de ella se derivan en el caso de los socios, y de la fortuna personal en el caso de los administradores y representantes que no cuentan con participación. También se debe tener en cuenta la configuración del beneficiario real detrás de la conducta, el cual directa o indirectamente, ejerce un control sobre la actividad empresarial que resulta en el ilícito aun cuando no necesariamente figure como socio de la entidad o administrador, por lo tanto este deberá ser sancionado y atender la reparación de las víctimas con su patrimonio. Lo anterior dependerá de la armonización entre la fiscalía como ente investigador y acusador y de los órganos de vigilancia y control de las actividades empresariales en Colombia, como lo son algunas de las superintendencias en su función de policía administrativa sancionatoria y judicial especial en el ámbito de sus competencias.

- En el caso de los socios que demuestren buena fe exenta de culpa, podrán seguir percibiendo las utilidades correspondientes.
- La persona jurídica debe garantizar a las víctimas, además de la reparación económica, la verdad y las garantías de no repetición, por lo tanto, la pena debe agravarse en el caso de no cumplir con estos requisitos.
- El Estado debe ejercer la administración fiduciaria como mecanismo de Control Empresarial a partir de un agente designado por el tiempo establecido en la pena, circunstancia compartida en la figura de la toma de posesión previamente expuesta, en donde el funcionario designado debe actuar como representante legal de la persona jurídica y llevar a cabo la administración general de los negocios de la misma. Las actuaciones que despliegue el agente durante el ejercicio de su función estarán orientadas bajo la defensa del interés público y el fin social de la persona jurídica.

CONCLUSIONES

De acuerdo con la realidad contemporánea de Colombia y el mundo, ante los fenómenos criminales fruto de la globalización, se hace evidente la necesidad de formular un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas con penas privativas de la autonomía empresarial, con el fin de prevenir y disuadir la realización de conductas criminales. Es viable y necesaria jurídicamente la positivización de un sistema de tales características pues las sanciones administrativas o civiles han resultado insuficientes para evitar las conductas empresariales por fuera de la ley.

Atendiendo al postulado del derecho penal como última ratio, se debe considerar que las conductas criminales empresariales, las cuales a partir del fenómeno de la globalización y la liberalización del capital han suscitado la construcción de enjambres organizacionales del crimen, a través de las personas jurídicas, hace más requerida la actuación efectiva del Estado a la hora de impedir y prevenir la realización de tales conductas constitutivas de vulneración a los bienes públicos y el interés general. Si bien es comprensible que la corrupción empresarial y las organizaciones criminales responden a un fenómeno social y económico estructural, el Estado en cabeza del *ius puniendi* tiene la obligación de tutelar efectivamente los bienes jurídicos cobijados por la constitución y por lo tanto, generar medidas sancionatorias que castiguen la vulneración de los mismos.

La pena privativa de la autonomía empresarial está claramente propuesta para sancionar aquellas conductas con características típicas, antijurídicas y culpables realizadas por el ente moral y en ese sentido, es una garantía a la seguridad jurídica, ya que solo supondría el castigo a aquellas conductas que cumplen con dichas características, según lo establecido por el juez competente en el marco del debido proceso penal. A su vez, un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas da lugar a la profundización de los principios de la Justicia Restaurativa, permitiendo que se atienda integralmente la obligación reparadora a las víctimas, por un lado, y por otro, la realización de la justicia a partir de la sanción y resocialización de las personas jurídicas en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Carlos Gómez-Jara. Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad Externado de Colombia. (2011)
- Claus Roxin. Sentido y Límites de la pena estatal. Reus. S.A. (1976).
- Claus Roxin, Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Derecho penal. Parte general. Madrid Civitas. (1997).
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En Artículo 10, numeral 4. 21 de diciembre de 2001
- Córdoba Angulo Miguel. El tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano. Revista Derecho Penal y Criminología. At.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-996 de 2000. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: 2 de agosto de 2000).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-181 de 2016. (M.P. Gloria Stella Ortiz: 13 de abril de 2016).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre: 14 de mayo de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2002. (M.P. Manuel Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre: 3 de abril de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-794 de 2014. (M.P. Mauricio González Cuervo: 29 de octubre de 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-695 de 2015. (M.P. Alberto Rojas Ríos: 11 de noviembre de 2015).
- Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988.
- Decreto 663 de 1993. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. 2 de abril de 1993.
- Decreto 2555 de 2010. [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. 15 de julio de 2010.
- Diego Sebastian Garrocho Salcedo. El hilemorfismo en evolución. Universitas Philosophica. Una aproximación moral a la relación entre el cuerpo y el alma en Aristóteles. (2016).
- Francisco José Sintura. Estudios de derecho penal económico: Derecho Penal Económico y Constitución. Universidad del Rosario. 14. (2007).
- Francisco Muñoz Conde. Derecho Penal y Control Social. Fundación Universitaria de Jerez. (1985).
- José Miguel Zugaldía. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. España Tirant lo Blanch. (2013)
- Joseph Stiglitz y Carlos Rodríguez Braun. El malestar en la globalización. (2003)
- Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valladolid. (2015).
- Misioneros de la globalización. https://elpais.com/diario/2002/05/18/babelia/1021677429_850215.html (13 de diciembre de 2017).
- Procuraduría General de la Nación (Colombia). Boletín 452. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Proyecto-sociedades-vinculadas-corrupcion-news>. (Bogotá, 08 de junio de 2017).
- Redacción Judicial del Diario El Espectador. (2017). Queremos que las empresas sean sometidas a la justicia penal: procurador Fernando Carrillo. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/queremos-que-las-empresas-sean-sometidas-la-justicia-penal-procurador-fernando-carrillo-articulo-697473>. (8 de junio de 2017)
- Revista Portafolio. Colombia no verá un peso de la sanción a Odebrecht <http://www.portafolio.co/economia/colombia-no-recibiria-dinero-por-multa-a-odebrecht-503829>. (3 marzo 2017)
- Revista Portafolio. Edición Digital. Contrato de la ruta del sol II fue suspendido por Tribunal de Cundinamarca. <http://www.portafolio.co/economia/infraestructura/contrato-de-la-ruta-del-sol-fue-suspendido-503303>. (10 febrero 2017)

- Sección Denuncia. Edición Virtual de la Revista Semana. Saludcoop, el desfaldo de la historia. <http://www.semana.com/nacion/articulo/desfalco-de-salucoop/365644-3>. (23 noviembre 2013).
- Sección Justicia. El Tiempo. Edición Virtual. Sobornos de Odebrecht llegaron a 84 mil millones de pesos en Colombia. <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/sobornos-de-odebrecht-llegaron-a-84-mil-millones-de-pesos-en-colombia-112828>. (25 julio 2017).
- Silvina Bacigalupo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Casa Editorial S.A. (1998).
- Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización. Concepto No. 1999024183-4. Superintendencia Financiera de Colombia. (1999).
- Vilfredo Pareto. Manual of political economy. Editora Nova Cultural Ltda. (1906).