

**LA RESPONSABILIDAD PENAL
CORPORATIVA: UN DESARROLLO
VANGUARDISTA QUE URGE IMPLEMENTAR
EN COLOMBIA.**

Monografía para optar al título de abogado.

Andrés Felipe Monroy Lancheros.¹

Directora: Prof. Dra. María Camila Correa Flórez

¹ Abogado en proceso de grado, adscrito a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.

RESUMEN

A partir del momento en que los entes colectivos adquieren relevancia dentro de la sociedad, y ésta se incrementa progresivamente junto con su presencia en los distintos sectores económicos, alcanzando incluso posiciones de dominio, la prevención del delito se constituye como un deber imperativo exigible al empresario. Todas y cada una de las personas ostentan el deber de no dañar, u afectar a otro en el ejercicio de sus derechos. Así, el empresario tiene la obligación de diseñar su actividad empresarial de tal forma que con su ejercicio no se lesionen derechos de terceros.

Este deber de que es titular el empresario cada vez cobra mayor relevancia, dada la creciente y abundante presencia de los entes colectivos en las diferentes áreas transaccionales de bienes y servicios de la sociedad. En la actualidad solamente se aborda desde estrategias vigentes como el compliance, y propositivamente se busca establecer que, instaurar taxativamente la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia es una necesidad, y que, bajo este modelo, será más fácil evitar escenarios delictivos en la persona jurídica. Esta consideración tiene su asidero en una de las funciones de la pena establecidas por el legislador: la prevención general del delito.

Además, la responsabilidad penal de la persona jurídica robustecería estrategias ya vigentes como el compliance, estimulando su establecimiento universal en el plano corporativo. Este estímulo se consigue viabilizando la imputación de cargos en contra de la persona jurídica; ya que, en dicho escenario, el contar con un programa de cumplimiento, se erige como una estrategia de defensa para la persona jurídica procesada.

ABSTRACT

Crime prevention is constituted today as an imperative duty of the entrepreneurs. This objective, which is becoming more and more relevant given the presence of corporations in the different transactional areas of goods and services among society, is approached currently only from strategies such as compliance. This text seeks to establish that the establishment of the corporate criminal liability in Colombia is a necessity. Under this model will be easier to avoid criminal scenarios in the enterprises, since one of the functions of the penalty, is the general prevention of crime.

In addition, the criminal liability of the enterprises would strengthen the existing strategies such as compliance, stimulating its universal establishment at the corporate level. This stimulus is achieved by making possible the formulation of indictments noun against the corporations. In this scenario, having a compliance program stands as a defense strategy for the processed company.

INDICE

1) Introducción.....	Página 5
2) Análisis Conceptual	Página 10
3) Planteamiento del problema.....	Página 20
4) Desarrollo	
• Modelos de responsabilidad de las Personas Jurídicas.....	Página 25
• Derecho Comparado.....	Página 31
• Estado del Arte en Colombia.....	Página 44
• Compliance.....	Página 59
5) Desarrollo complementario	
• Análisis de casuística relevante.....	Página 66
6. Propuesta para el modelo colombiano	Página 83
7. Conclusiones.....	Página 86
8. Bibliografía.....	Página 91

INTRODUCCIÓN

El derecho penal se estructuró inicialmente con el fin de adjudicar responsabilidad a la persona natural. No obstante, recientemente se ha estudiado en las diferentes latitudes, la necesidad de hacer extensiva esta responsabilidad a las personas jurídicas. Así, éstas podrán ser responsables de la comisión por acción u omisión, de las conductas típicas, antijurídicas y culpables, establecidas en la legislación, tal y como las personas naturales.

Societas delinquere non potest, es el principio atribuido al doctrinante alemán Franz von Liszt en 1881, según el cual, una sociedad no está en capacidad de incurrir en la comisión de delitos, dada su incapacidad para desplegar acciones por sí misma, y la incierta e imposible aplicación del concepto clásico de culpabilidad, centrado en la existencia de una consciencia de estar actuando conforme o en contra a derecho.

Por consiguiente, la concepción de responsabilidad de las personas jurídicas es un desarrollo relativamente moderno, si se tiene en cuenta que su establecimiento tiene poco más de un siglo en aquellas locaciones donde se originó, una década en otras regiones, y es aún inexistente en regímenes como el colombiano. Su establecimiento implica replantear algunos conceptos básicos del derecho penal, como el concepto de acción y culpabilidad, lo cual, sin duda ha retrasado su implementación universal.

Incluso en la actualidad, no son muchos los estados que contemplan la responsabilidad penal de los entes colectivos.² Verbigracia, en el sistema jurídico colombiano, actualmente no existe consagración legal vigente de dicha responsabilidad. No obstante, hace poco más de dos décadas, la ley 491 de 1999, estableció esta responsabilidad en materia de derecho ambiental; pero su vigencia fue bastante corta, ya que, en el año 2000, la disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.³

Esta declaratoria de inexecutable del alto tribunal, se funda en la ausencia de un régimen procesal específico, bajo el cual adelantar procesos penales en contra de las personas jurídicas. En dicha oportunidad se instó al legislador, infructuosamente, a consagrar dicha responsabilidad en el proyecto de reforma del Código Penal, que terminó con la expedición de la ley 599, nuestro código penal vigente.

En un mundo globalizado como el actual, en donde además, la mayor parte de las transacciones relativas a las distintas áreas de bienes y servicios se ejercen y desarrollan a través de entes colectivos, y excepcionalmente por personas naturales, y donde además gran parte de estas personas jurídicas tienen presencia simultánea en decenas de países, a través del establecimiento de franquicias, o incluso a través de filiales, configurando monopolios transnacionales de importante envergadura, la utilidad de vincular a la persona jurídica al proceso penal salta a la vista.

² Algunos de los sistemas jurídicos que contemplan este tipo de responsabilidad son, entre otros, los Estados Unidos de América, El Reino Unido, España y Francia.

³ Bernate Ochoa, Francisco. “Responsabilidad de las personas jurídicas”. *Asuntos legales*, 18 de noviembre de 2012. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-2025828>

La responsabilidad penal de los entes colectivos en el estado actual del mundo es de gran utilidad, no solamente para facilitar la reparación de perjuicios sufridos por los sujetos pasivos de los ilícitos, sino para que, en primer lugar, la persona jurídica asuma la labor de evitar la comisión de delitos a través de su organigrama. Un objetivo desarrollado exitosamente por el *compliance*, que podría fortalecerse estableciendo esta responsabilidad.

Si bien la existencia del *compliance*, como mecanismo de prevención en la comisión de delitos, ha tenido un desarrollo autónomo en el país, y persigue otros objetivos además de la mera prevención de los ilícitos, el establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los regímenes tiene el indiscutible efecto de robustecer los programas de cumplimiento, como se les denomina en nuestra esfera local.

Resulta sencillo probar dicha afirmación, toda vez que es evidente que resulta menos oneroso para la persona jurídica establecer controles internos que permitan evitar la comisión de delitos en su organigrama, y así evitar por todos los mecanismos posibles, ser sujeto pasivo de las gravosas penas que se han contemplado en el ejercicio de esta responsabilidad en estados como el español. Así lo concibe también nuestro legislador en el código penal vigente, al establecer como funciones de la pena, (susceptibles de imposición a personas naturales): Prevención general de la comisión de delitos.⁴

⁴ Ley 599 de 2000 Artículo 4

Retomando el citado régimen penal español, es relevante mencionar, que allí, entre otras, se han contemplado como penas susceptibles de imposición a los entes colectivos: la suspensión de sus actividades hasta por cinco años, e incluso la disolución de la persona jurídica.⁵ De esta forma, la prevención general como objetivo de la pena, se materializa con creces, a través de la inclusión de estas sanciones de potencial lesividad.

A su vez, es adecuado inferir el consecuencial establecimiento universal del *compliance* en los entes colectivos. En este escenario, los programas de cumplimiento adquieren mayor relevancia, al constituirse como un mecanismo de defensa ante la eventual imputación de cargos en contra de la persona jurídica, e inclusive se erigen como una herramienta para evitar la comisión de delitos que den lugar al proceso penal.

En definitiva, el *compliance*, además de prevenir y desestimular eficazmente la comisión de delitos a través del organigrama del ente colectivo, se constituye como garantía de la persona jurídica: La prueba de su obrar diligente en la prevención de los ilícitos. Algo que como se dijo anteriormente, sin duda adquirirá especial relevancia al momento de fijar la estrategia de defensa en un eventual juicio adelantado en su contra.

Así, con el fin de mejorar estas herramientas de prevención, pero también de resarcir exitosamente los perjuicios sufridos por los sujetos pasivos de los delitos, este tipo de responsabilidad ha ido permeando la esfera del derecho continental, que es el más ajeno a este tipo de responsabilidad en personas jurídicas. En la escena latinoamericana,

⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal Español, Artículo 33.

únicamente el Estado argentino y el chileno han sancionado leyes que modifican el código penal y hacen viable este tipo de persecución estatal.

Este texto pretende aportar al álgido debate de la necesidad de implantar la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia, demostrando su utilidad, y la forma en que opera en los Estados que ya la contemplan. Es perentorio recordar que, de acuerdo con Hart, *“Un sistema jurídico moderno se caracterizaría por la existencia de un cierto tipo de reglas cuyo fin es establecer qué órganos y mediante qué procedimientos se debe determinar si una persona ha violado una norma de ese sistema y, en su caso, cuál es la sanción que cupiere.”*

Por consiguiente, la modificación del régimen penal sustancial y procesal vigente que se sugiere en este texto, tiene como intención dar cumplimiento a la premisa del teórico inglés, según la cual, la modernidad que se predica respecto de un sistema jurídico dependerá de su efectividad en la fijación de la responsabilidad de las personas. En el caso concreto, bajo el estado del arte actual, Colombia no cuenta con una norma que permite vincular a la persona jurídica al proceso penal, algo que quizás en el pasado no adquiriría tanta relevancia, pero que hoy día es una de las discusiones más álgidas del mundo corporativo.

ANÁLISIS CONCEPTUAL

Uno de los elementos teóricos que se debe estudiar a la hora de fijar esta responsabilidad, es el de la culpabilidad. De acuerdo con la Corte Constitucional, es “aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica.”⁶ Esta definición riñe totalmente con la moción de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, puesto que las ‘conductas’ son propias de las personas naturales.

La definición oficial de conducta es: “1. f. *Manera con que las personas se comportan en su vida y acciones; y (...) 8. f. Psicol. Conjunto de las acciones con que un ser vivo responde a una situación.*”⁷ De esta forma, es claro que esta definición implica la existencia de una conciencia, propia de la persona natural, y que podrá ser ajustada o ajena a derecho, a su arbitrio.

Como quiera que, en Colombia se proscribe toda forma de responsabilidad objetiva en materia penal⁸, es necesario, al menos bajo la definición presentada, que exista esta conducta psicológica cuestionable, ajena a derecho, para que se produzca la responsabilidad. Esto en términos prácticos es imposible en el escenario de los entes colectivos. Por consiguiente, una solución más viable es redefinir el concepto de

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C 181 de 2016.

⁷ Definición de la Real Academia de la lengua a la palabra consultada: Conducta. <https://dle.rae.es/conducta?m=form>

⁸ Artículo 12, Ley 599 de 2000.

culpabilidad y su alcance. Así, una de las discusiones álgidas al momento de concebir la responsabilidad de los entes colectivos es: ¿De qué forma atribuir culpabilidad a la persona jurídica?

Con el fin de abordar esta discusión, algunos proponen la clasificación de “teorías sobre la culpabilidad”. A saber: i) Teoría psicológica; ii) teoría psicológica normativa y iii) teoría normativa. La ya citada definición de la Corte Constitucional atiende a la teoría psicológica, que corresponde a un esquema clásico o tradicional de la estructuración del delito. Bajo este modelo el individuo incurre en la comisión de un delito a título de dolo o culpa, y así se fija su culpabilidad.

Esta teoría fue la primera en dejar atrás la responsabilidad objetiva, lo cual, si bien es un gran logro, no implica que, para la realidad social actual, y sobre todo para la discusión abordada en este texto, sea adecuada y demuestre suficiencia para el desarrollo del concepto. Si se interpreta la culpabilidad haciendo uso de esta teoría, se pone en vilo la existencia de la culpa sin representación, y la culpa inconsciente, ya que en estas dos figuras no existe nexo consciente, y por ende no habría lugar a la culpabilidad. No se configuraría el delito.⁹

La segunda de las teorías de la culpabilidad corresponde a la normativa psicológica, que lejos de estar inspirada en la categoría ya descrita, se erige como una crítica a sus

⁹ Córdoba Angulo, Miguel. “Lección 21: Culpabilidad”. En *Lecciones de derecho penal: Parte General*, pg. 360-368. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011

vacíos normativos. Aquí el dolo y la culpa ya no son elementos de la culpabilidad, si no especies, con lo cual, su ausencia no redundará en la inexistencia del ilícito, su configuración será viable. De esta corriente doctrinal nace el concepto de preterintención.¹⁰

Por último, está la teoría normativa de la culpabilidad, bajo la cual, los elementos subjetivos del ilícito, es decir, la culpa y el dolo, son separados del concepto de la culpabilidad, y se le da un alcance meramente reglamentario a la culpabilidad. En este concepto doctrinal de la culpabilidad, los elementos que la integran son: i) La imputabilidad; ii) el conocimiento de la antijuridicidad y iii) la exigibilidad de otra conducta, es decir, el incumplimiento de alguno de los deberes y obligaciones de que es titular la persona en vigencia de su rol dentro de la sociedad.¹¹

Como quiera que la teoría que más se aleja de la necesidad de contar con una conciencia propia de la persona natural, es la última de estas, los sectores de la doctrina que apuntalan la necesidad de una responsabilidad penal de la empresa fundan su estudio en la teoría normativa de la culpabilidad.

Por consiguiente, se afirma que es necesario replantear el concepto de acción con el fin de redefinir el alcance de la culpabilidad, dada la estrecha relación de estos conceptos. Reyes manifiesta que, “Con un concepto de acción en el que juegan un papel importante tanto la relación de causalidad como la orientación final de la conducta, extender el ámbito

¹⁰ Córdoba Angulo, Miguel. “Lección 21: Culpabilidad”. En *Lecciones de derecho penal: Parte General*, pg. 360-368. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011

¹¹ *Ibidem*, página 363.

de aplicación del derecho penal a las personas jurídicas es prácticamente imposible, porque desde una perspectiva ontológica una empresa no puede impulsar por sí misma cadenas causales, tampoco puede producir resultados entendidos como modificaciones del mundo exterior atribuibles a su propio comportamiento y por último, tampoco puede sostenerse que puedan orientar finalmente su conducta, precisamente porque carecen de la capacidad natural de actuar”¹²

Según este autor, no es suficiente para que se fragüe el delito, la existencia de una relación de causalidad y del daño al bien jurídico tutelado por el derecho penal, ya que habrá casos en que, aun existiendo el daño y la relación causal, los hechos no devengan necesariamente en

la comisión del injusto. De acuerdo con el texto, un claro ejemplo es cuando en medio de un procedimiento quirúrgico, el paciente fallece, pero su muerte no ha sido producto de la inobservancia de la *lex artis* médica. Por consiguiente, lo que acaba siendo relevante a la hora de fijar la culpabilidad, es la inobservancia de los deberes positivos y negativos exigibles a las personas en general por el mero hecho de pertenecer a una sociedad y tener determinado rol dentro de la misma.

La noción que debe tenerse en cuenta a la hora de fijar la culpabilidad de la persona jurídica es la de la persona como titular de derechos, obligaciones y deberes; como elementos susceptibles de cumplimiento, (redundante en la ausencia de responsabilidad

¹² Reyes Alvarado, Yesid. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” *Revista General de Derecho Penal* Volumen No. 11 (2009), pg. 1-18

penal), e incumplimiento, (que da lugar a la configuración del delito). La concepción atinente a la conducta psicológica cuestionable resulta improcedente, ya que únicamente es atribuible a las personas naturales, como sujetos poseedores de conciencia, y capacidad de decisión para obrar conforme a derecho. En términos técnicos, y de acuerdo con Reyes, y la clasificación de teorías de la culpabilidad, habrá que darle un alcance normativo y no ontológico, o psicológico al concepto.

En últimas, el análisis de la conducta debe ser objetivo. Concibiendo como objetivo, y según la definición oficial: “1. adj. (...) con independencia de la propia manera de pensar o de sentir.”¹³ Solo de esta forma será viable atribuir culpabilidad a la persona jurídica, simplificando su fijación al establecer si el ente colectivo faltó a alguno de los deberes objetivos de que es titular por su rol en la sociedad, es decir, si incumplió alguna de las obligaciones a su cargo.

Es perentorio aclarar que lo anteriormente establecido no constituye la materialización o proposición de la imputación objetiva, proscrita en materia penal, en contra de la persona jurídica. Lo que debe ocurrir para viabilizar la imputación sin incumplir con la proscripción de la imputación objetiva con la que cuenta nuestro sistema de responsabilidad penal, es presentado por Reyes así: “(...) 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

¹³ Definición de la Real Academia de la lengua a la palabra consultada: Objetivo. <https://dle.rae.es/objetivo>

“acciones complejas”¹⁴ en las hipótesis de participación delictiva. Es importante tener en cuenta que las actuaciones ontológicas que de manera individual despliegan las personas naturales pertenecientes a una empresa, sólo tienen la potencialidad de generar una “acción compleja” atribuible a la persona jurídica, en cuanto aquellas tengan la potestad legal o estatutaria de comprometer a la empresa, es decir, de actuar en representación de ella.”¹⁵

Las discusiones que se suscitan alrededor de estos elementos del delito revelan la necesidad de reformar ciertos elementos básicos del derecho penal, o de delimitar su alcance para lograr la extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica. Estos debates, además de que no son recientes ni anómalos, han sido y están llamados a ser, la base de la evolución de nuestras normas. La realidad social cambia constantemente y el derecho debe adaptarse a esta con el fin de permanecer vigente y cumplir su propósito de reglar adecuadamente todas y cada una de las áreas de la sociedad, sobre todo en aspectos tan importantes como la fijación de la responsabilidad civil y penal de las personas en general.

De manera que, deberá evitarse la interpretación literal de las normas existentes al momento de celebrar estos debates sobre la fijación de culpabilidad en personas jurídicas. Para redefinir el concepto, la exégesis se constituye como la técnica menos adecuada para

¹⁴ Las acciones complejas son entendidas por el autor como aquellas que emanan del ‘acuerdo de voluntades’ entre dos o más sujetos para delinquir. Bajo este escenario todos los sujetos realizan acciones, que, aunque separadamente no sean per se ilícitas, en conjunto permiten que se fragüen determinados delitos, dando lugar a la responsabilidad penal de todos los sujetos involucrados. En nuestra legislación a esta figura se le tipifica como concierto para delinquir.

¹⁵ Reyes Alvarado, Yesid. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” *Revista General de Derecho Penal* Volumen No. 11 (2009), pg. 1-18

abordar esta discusión. En oposición, debe procurarse el uso de la interpretación que permite la adaptación de la norma a la realidad social. A este tipo de apreciación de las normas, se le nomina, por la doctrina, como “hermenéutica sensata”.¹⁶

En cualquier caso, a pesar de que, en términos académicos el tema pueda debatirse y resolverse e incluso alcanzar la consolidación de una posición unificada en cuanto a su necesaria implementación en Colombia, es necesario que el Congreso de la República consagre este tipo de responsabilidad de manera taxativa, a través de la promulgación de una norma que modifique los códigos penales vigentes, tanto el sustantivo como el procesal.

Las normas penales cuentan con reserva legal, con lo cual debe existir “Determinación cierta, previa y escrita de la conducta punible, del proceso y de la pena”¹⁷. De igual forma, el principio de legalidad que rige toda actuación penal implica que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)”¹⁸

Por consiguiente, la interpretación adaptativa de las normas a la realidad social no puede de forma alguna, reemplazar la voluntad del legislador, ni su competencia y

¹⁶ Rodríguez-Puerto, M. J. (2018). La interpretación de las normas jurídicas como problema constitucional. *Dikaion*, 27(2), 175–204. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.2.1>

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-820/05.

¹⁸ Ley 599 de 2000, artículo 6.

legitimidad constitucional en la iniciativa legislativa (compartida con otros poderes como el ejecutivo), y sobre todo la exclusiva competencia para promulgar la legislación penal que por mandato del constituyente posee. Es necesaria e inevitable la reforma de los códigos penales vigentes para dar vía libre a esta responsabilidad.

Como se expresó antes, en el sistema del derecho continental, varias naciones como Colombia aún no cuentan con un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta ausencia de desarrollo de la materia en los sistemas de derecho continentales se debe principalmente al origen de la figura de la responsabilidad penal del ente colectivo, que nace en otro sistema abiertamente opuesto: El common law. Esta responsabilidad ha ido migrando paulatinamente al sistema del derecho continental, pero ha requerido esfuerzos en su adopción en aquellas naciones de corte continental donde ya existe. Deben replantearse conceptos teóricos para que sea viable su instauración.

En ese sentido, un importante sector de la doctrina española manifestó que: “Históricamente, el sistema de responsabilidad por transferencia es el primero que surge, concretamente, en el ámbito del Derecho anglosajón, y está basado en una ancestral doctrina del Common law según la cual los señores son absolutamente responsables de todas las acciones ilícitas y dañinas de sus sirvientes. A renglón seguido, manifiesta que “Para cuando las corporaciones hicieron su aparición como entidades relevantes en el panorama social y económico, este principio de responder al superior había sido superado,

excepto para aquellos casos en los que el señor, el superior, había dado su consentimiento o había ordenado la acción del dependiente”¹⁹

Así, en el sistema jurídico del Common Law, tanto Estados Unidos como Gran Bretaña, han establecido la responsabilidad de la persona jurídica en sus regímenes locales desde hace un tiempo considerable. En el caso de Estados Unidos, la responsabilidad penal corporativa para delitos de responsabilidad objetiva existe desde inicios del siglo XIX, y tiene sus orígenes en el sistema de responsabilidad por transferencia previamente comentado. No obstante, fue hasta el año 1890, una década antes de que finalizara el siglo, que la ley Antitrust Sherman estableció taxativamente la responsabilidad penal corporativa.

Por otra parte, en el Reino Unido, el desarrollo de la responsabilidad penal corporativa tardó un poco más en establecerse formalmente. Su materialización data de 1978, casi un siglo después de su instauración en los Estados Unidos, cuando a través del Interpretation Act, se equiparó la responsabilidad penal de las personas naturales a las personas jurídicas, desde el punto de vista teórico, es decir, se estableció la posibilidad de que sobre estas recayera responsabilidad penal.²⁰ Mas recientemente, es de especial relevancia que en esta latitud se haya tipificado el delito de homicidio involuntario corporativo, en 2007.²¹

¹⁹ Del Rosal Blasco, Bernardo. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (2016)

²⁰ UK Public General Acts “Interpretation Act 1978”.

²¹ Cavada Herrera, Juan Pablo “Responsabilidad penal de personas jurídicas. Legislación de EE. UU. y países de Europa” (2017).

De igual forma, en Europa, Francia, Alemania y más recientemente España en 2010, se han promulgado leyes que establecen la viabilidad de esta responsabilidad penal en entes colectivos, con lo cual, no cabe duda de que paulatinamente el derecho penal en las legislaciones continentales latinoamericanas como la nuestra, deberá implementar idealmente en el corto o mediano plazo, la responsabilidad penal corporativa. Esto con el fin de garantizar una tutela efectiva de los bienes jurídicos protegidos por la legislación penal.

Si es cada vez más común que todas las áreas de bienes y servicios sean ejercidas o permeadas en algún momento de la cadena transaccional por personas jurídicas, que pueden causar daños antijurídicos, es apenas lógico que la responsabilidad penal corporativa sea implementada. En este escenario, al que tarde que temprano llegará nuestra legislación, modificando drásticamente el estado del arte, deberá analizarse la diligencia de la persona jurídica en la prevención de los ilícitos, y si incurrió en la inobservancia de alguna de las fuentes de derecho vinculantes en el desarrollo de su objeto social, con el fin de fijar correctamente su culpabilidad.

En todo caso, como se estudiará más adelante, dependerá del sistema de responsabilidad que se adopte en nuestro régimen: (de tipo vicarial o de autorresponsabilidad), el exonerar a la persona jurídica de responsabilidad, por contar con elementos probatorios que permitan establecer que a pesar de que el delito se hubiere consumado, ésta utilizó todos y cada uno de los recursos a su alcance, con el fin de evitar que se perfeccionara el injusto. Allí es donde adquieren especial relevancia los programas

de cumplimiento y su establecimiento como una garantía de defensa para la persona jurídica, ante un eventual juicio en su contra.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Este texto académico procurará demostrar la necesidad de instaurar la responsabilidad penal corporativa en el régimen penal colombiano. Una pretensión que tiene como fundamento la realidad social actual, en la que las personas jurídicas tienen especial protagonismo en la comunidad. Su relevancia no discrimina entre sistemas de derecho, ya que responde más a razones económicas que legales. Tanto en el sistema continental, como en el sistema del common law, las personas jurídicas abundan en todas las áreas de la sociedad.

Por consiguiente, reglar su responsabilidad penal se constituye en un imperativo, para lograr el objetivo de tutelar los bienes jurídicos relevantes; que se erige como uno de los pilares del derecho penal. Las normas deben adaptarse constantemente a las necesidades de la sociedad y no pueden ser estáticas. Por el contrario, deberán evolucionar constantemente para mantenerse vigentes. Por ello, cada vez hay más estados que promulgan leyes que dan vía libre a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su territorio, reglándola sustancial y procesalmente.

Desde el plano teórico, de acuerdo con Claus Roxin, el concepto de bien jurídico es relevante al momento de establecer la legitimidad de una norma. Se proscribe bajo este

concepto, coartar el libre desarrollo del individuo y sus presupuestos sociales, es decir, sus garantías o derechos irrenunciables.²² Es válido y resulta relevante tutelar un bien jurídico, únicamente si con su protección no se coarta injustificadamente el libre desarrollo del individuo, ni se afectan sus derechos y garantías.

La responsabilidad penal de la persona jurídica desarrolla con eficacia este concepto presentado por Roxin, puesto que con su imposición no se pretende coartar la libertad del individuo ni tampoco cercenar o impedir el ejercicio de sus derechos y garantías. Por el contrario, se pretende tutelar los derechos de las personas naturales que pueden llegar a ser víctimas de la persona jurídica a través de la cual se ejerce cierta actividad económica en la sociedad.

Por otro lado, se garantiza el ejercicio de diversos derechos fundamentales a la persona jurídica, al permitirle fungir como parte dentro del proceso penal y participar activamente en el mismo, a través de un apoderado. En consecuencia, tendrá la facultad de ejercer su derecho de defensa, proponiendo excepciones, solicitando la práctica de pruebas, y realizando otro

tipo de actuaciones, de acuerdo con los postulados del debido proceso que rige cualquier proceso penal.

²² Roxin, Claus “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” (2013).

Esta posibilidad es inexistente en Colombia, al menos con el estado del arte actual. En este momento, la persona jurídica puede ser sujeto pasivo de sanciones, (copiadas, o semejantes si se quiere, a las contempladas en la responsabilidad penal); que se imponen sin contar con su participación o derecho a la defensa, y, por tanto, no hay cabida para que ejerza el derecho a la contradicción dentro del proceso.

Así las cosas, el problema a resolver en esta monografía, consiste en establecer ¿Por qué razones es necesario establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia? Tal y como se deduce fácilmente por la nominación de la monografía, se considera desde este extremo de la doctrina que su implementación es necesaria y urgente. Para demostrarlo, deberá analizarse el estado del arte de la legislación local, los elementos que tendrían que modificarse para dar cabida a esta responsabilidad, y, a lo largo del texto, establecer con precisión sus objetivos, y finalidades.

En este capítulo, se detalla la forma en que se abordará el problema previamente consignado y que da lugar a la elaboración de la monografía. El mecanismo consistirá en el estudio del marco teórico básico del derecho penal, partiendo de la concepción de los elementos del delito que revisten especial relevancia a la hora de fijar la responsabilidad de los entes colectivos. Este acápite estará acompañado de la necesaria revisión del estado del arte en Colombia.

Con posterioridad, se realizará un estudio de derecho comparado y un examen de la casuística de los regímenes que ya contemplan la responsabilidad penal de las personas

jurídicas, y así, establecer la forma en la que opera la responsabilidad penal corporativa en el plano práctico. Se estudiará: ¿a) Qué requisitos deben concurrir para que sea viable adelantar un proceso penal en contra de la persona jurídica? b) ¿Cuáles son las penas existentes y de qué forma se imponen? y c) ¿De qué forma se han aplicado las penas a los entes colectivos en los distintos casos?

La escogencia de este tema para el desarrollo de la monografía se funda en la convicción de la utilidad que habría representado para el régimen penal colombiano, haber contado con una noción taxativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que hubiese permitido realizar imputación de cargos en contra de personas jurídicas de reconocimiento nacional, en casos ya concluidos y que fueron de importante relevancia para la sociedad.

Quizás casos como el de DMG, en el que miles de ciudadanos resultaron implicados en la lesión de su patrimonio, a través de las estrategias delictivas de su gerente para captar dinero masivamente, se hubiesen podido evitar, o al menos hubiese sido más factible indemnizar integralmente a las víctimas.

No obstante, como es de público conocimiento, a los sujetos pasivos de los ilícitos, se les entregó una suma que en muchos casos no correspondía ni siquiera al diez por ciento de lo adeudado por la persona jurídica. Además de ello, hoy en día, tras once años de los

desafortunados sucesos en los que incurrió dicha persona jurídica, esta sigue activa y en liquidación, tal y como se informa en su página web.²³

Por ello, a través del establecimiento de la responsabilidad penal corporativa, este tipo de casos se podrían inclusive evitar, y a su vez el aparato estatal respondería con mayor firmeza en la protección de los bienes jurídicos. Al causarse el daño, podría vincularse directamente a la persona jurídica al proceso penal, con el fin de intervenir, de forma inmediata, la totalidad de sus activos y garantizar indemnizaciones integrales a sus víctimas.

En este mismo sentido, un sector de la doctrina manifiesta que las sanciones administrativas que hoy se imponen a las personas jurídicas involucradas en su organigrama en la comisión de delitos, resultan ser ineficaces, y que en casos como el de la intervención de SaludCoop y Odebrecht, el establecimiento de este tipo de responsabilidad permitiría que las sanciones económicas y fiscales realmente se ejecutasen.²⁴

Dicho sector de la doctrina comparte las posturas y conceptos que aquí se esbozan, consistentes en la noción de responsabilidad penal de las personas jurídicas como elemento desestimulante del delito; y en su constitución como elemento facilitador de la promoción e implementación de los programas de cumplimiento. Las penas susceptibles de imposición a

²³ Información sobre DMG, recuperada de: <https://www.dmgholdingintervenida.com.co/>

²⁴ Guerrero Sabogal, Santiago; De Martino Carreño, Sebastián. “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.” (2018).

la persona jurídica cumplirían la función de prevención general de la que habla nuestro legislador en el artículo 4 del código penal vigente.

Es inevitable que la responsabilidad penal de la persona jurídica se consagre en nuestra legislación, puesto que las personas jurídicas no perderán relevancia dentro de la sociedad, y por el contrario irán permeando con mayor intensidad todos los sectores económicos haciendo necesaria la implementación y fijación de su responsabilidad penal. Por ello, es importante promover espacios y documentos académicos en donde se discuta y establezca su irrefutable utilidad y necesidad.

MODELOS DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

De forma preliminar, con el fin de abordar con mayor detalle el avance que ha tenido en nuestro país la temática que se discute, es necesario establecer a través de la doctrina, las formas o tipos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, su nominación y el marco teórico sobre el cual reposa cada uno de los modelos.

La primera y más lógica distinción tras establecer que el sistema de responsabilidad aún no es universal, es distinguir entre los regímenes en los que existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los que no. Dentro de aquellos regímenes donde dicha responsabilidad se encuentra consagrada y es plenamente aplicable, las subcategorías son:

a) Los sistemas vicariales; b) Los sistemas de autorresponsabilidad.

Los sistemas vicariales o de traslado de responsabilidad, consisten en la adjudicación de responsabilidad de la persona natural a la persona jurídica, por el solo hecho de verificar que la persona natural benefició o actuó en interés de la persona jurídica en la comisión del ilícito. Se trata de un traslado de responsabilidad de la persona natural a la persona jurídica tras la verificación de un hecho independiente y que no requiere mayor revisión de aspectos teóricos importantes como la culpabilidad de la persona jurídica. De acuerdo con la doctrina, este es el sistema más básico de responsabilidad penal de la persona jurídica.²⁵

Además de los sistemas vicariales, en otros sistemas donde se consagra la responsabilidad de la persona jurídica, se han establecido modelos de auto responsabilidad, en los cuales se examina el elemento subjetivo del ilícito con mayor rigor. En este modelo lo que se exige para atribuir responsabilidad a la persona jurídica, es que esta haya desplegado una conducta tendiente a facilitar la comisión del ilícito, o que sin haber desplegado un actuar, hubiese faltado a su carga de prevenir la comisión del ilícito a través del establecimiento de programas de cumplimiento y otras herramientas.

La prevención de los ilícitos, a través de los programas de cumplimiento, tiene su fundamento en el deber de no causar daños a otro semejante, que tiene cualquier persona natural o jurídica, por el mero hecho de pertenecer a la sociedad. Algunos de estos deberes serán negativos, es decir similares a las obligaciones de no hacer, donde no se requiere otra

²⁵ Chanjan Documet, Rafael, “la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un olvido o reinterpretación de los principios del derecho penal?” (2017).

materialización de conducta distinta a la no realización de determinada acción, con el fin de que se entienda cumplido.

Además de estos, existen los deberes positivos, semejantes a las obligaciones de hacer y conexos en ciertos casos al deber de garante respecto de un bien jurídico tutelado por el derecho penal. Un ejemplo perfecto para este tipo de deberes positivos es la crianza que recae sobre los padres para con sus hijos. El empresario a su turno tiene el deber de constituir una persona jurídica que cuente con normativas internas para evitar dañar a la sociedad en todos sus campos. Así lo sostiene un importante sector de la doctrina.²⁶

El sistema de auto responsabilidad es el más complejo, puesto que exige el análisis de elementos teóricos como la culpabilidad y su fijación en las actuaciones de la persona jurídica. Algo que se concibe como revolucionario e incluso errado, por parte de la doctrina que niega la responsabilidad penal de los entes colectivos, por considerar imposible la atribución de conductas psicológicas a los entes incorpóreos.

De acuerdo con la doctrina, la instauración de un sistema de autorresponsabilidad de la persona jurídica comprende la complejidad de adaptar conceptos teóricos de la responsabilidad penal aplicable a personas naturales. Fundamentalmente este modelo es el más complejo desde un punto de vista teórico, porque constituye una extensión de aplicación de las normas, de la persona natural a la persona jurídica. “Es así como, a partir de esos postulados se hace la construcción del modelo, haciendo referencia a instituciones

²⁶ Bernate Ochoa, Francisco, “Las personas jurídicas frente al derecho penal: El caso colombiano” (2020)

como lo son la imputabilidad, la culpabilidad y la pena. Elementos desarrollados para el Derecho penal individual, pero que fundamentan también la responsabilidad penal de personas jurídicas.”²⁷

Así, el alcance conceptual de los elementos teóricos que dan lugar a la responsabilidad penal de la persona natural, se redefinen y su alcance es determinado de tal forma que sean susceptibles de aplicación a la persona jurídica. El proceso concluye con elementos teóricos semejantes en funcionalidad, sin ser inequívocamente semejantes a los aplicables a la persona natural.²⁸ Esta redefinición de los conceptos y su alcance, es que viabiliza el sistema de autorresponsabilidad de la persona jurídica.

Por otro lado, a pesar de que el sistema de autorresponsabilidad podría parecer más exigente a simple vista, también constituye una garantía para la persona jurídica, ya que le ofrece la posibilidad de establecer o fortalecer los programas de cumplimiento “compliance”, y de esta forma evitar ser objeto de acciones penales en su contra ante la eventual comisión de delitos a través de su organigrama. En el sistema vicarial esto no es posible, ya que la persona jurídica, por transferencia de responsabilidad, es *per se* responsable.

²⁷ Amador Perilla, Javier C, “Aproximación a los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.” (2012)

²⁸ Gómez Jara Diez, Carlos. “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.” (2010)

No obstante, como se expresó anteriormente, hay quienes formulan críticas a este modelo de atribución de responsabilidad penal al ente colectivo. Schunemann, un importante teórico alemán, manifiesta que los conceptos aplicables a la persona natural difícilmente pueden llegar a ser atribuidos a la persona jurídica. En su concepto, sistemas de control como el *compliance* son los llamados a triunfar de forma autónoma en la prevención del delito en el plano corporativo.²⁹

Desde extremo, consideramos que el *compliance* se robustecería de aplicarse un modelo de autorresponsabilidad en el plano local, con lo cual, su coexistencia devendría en una estrategia integral de prevención del delito. En todo caso nada obsta para que el empresario instituya programas de cumplimiento en regímenes de tipo vicarial, aunque en este caso, no será factible interponer una excepción de mérito con fundamento en el programa de cumplimiento.

También existen aquellos sistemas donde la responsabilidad penal de la persona jurídica no es viable en lo absoluto, y aquellos donde se contemplan sanciones administrativas, accesorias al proceso penal en contra de los administradores o cualesquiera otros miembros de la persona jurídica, (que hayan buscado u obtenido beneficios para esta). Estas sanciones se asemejan a las penas contempladas en los regímenes donde se contempla la responsabilidad penal corporativa. A este tipo de modelos se les denomina mixtos.³⁰

²⁹ Schünemann, Bernd. Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas. (2003)

³⁰ Bernate Ochoa, Francisco, “Las personas jurídicas frente al derecho penal: El caso colombiano” (2020)

Colombia es uno de los países que se adhieren a este modelo de responsabilidad, al menos en el estado del arte actual, ya que se niega la posibilidad de que la persona jurídica se vincule como parte dentro del proceso penal, pero se faculta al juez a imponer medidas administrativas que tienen como origen el proceso penal en contra de sus miembros, directivos o administradores.

Este modelo mixto de responsabilidad de las personas jurídicas, que más que ser un modelo de responsabilidad penal, es en realidad un sistema de responsabilidad administrativa con sanciones propias del derecho penal, resulta muy poco garantista para la persona jurídica. Puesto que, aunque no se le permite fungir como parte dentro del proceso, y en consecuencia se le niega la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa y otros derechos fundamentales de que es titular; si se le imponen sanciones administrativas derivadas de los procesos penales adelantados sin su intervención; y que además son tan significativas como más adelante se detallará, contemplando incluso la cancelación de la personería jurídica.

Resulta evidente entonces que el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, además de representar un avance para la prevención de los ilícitos cometidos a través del organigrama del ente colectivo, o en su beneficio, y de ayudar a fortalecer y generalizar los programas de compliance en las diferentes sociedades, también es una necesidad desde el punto de vista de garantización del ejercicio de los derechos fundamentales de que es titular la persona jurídica.

Actualmente, y de acuerdo con la doctrina, “En el caso colombiano encontramos que no hay consagrado un modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas, sino que se ha intentado responder a este tipo de criminalidad mediante otras instituciones como lo son la doctrina del actuar por otro y la medida de consecuencias accesorias en materia procesal penal. Estas medidas si bien no corresponden a un verdadero sistema de atribución penal a la propia persona jurídica, si intenta disminuir la impunidad en casos en los cuales una empresa pueda verse involucrada como autora de conductas que lesionen bienes jurídicos.”³¹

De llegarse a instaurar en el corto plazo, un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica en el plano local, desde la concepción aquí presentada, debería ser idealmente de autorresponsabilidad y no de tipo vicarial. En ese mismo sentido, la doctrina ha establecido que “los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial estimulan que las empresas cumplan con su rol de ciudadanos corporativos fieles al Derecho y que, en general, se produzca un reforzamiento de la vigencia de las normas de la sociedad moderna.”³²

DERECHO COMPARADO

Con el fin de establecer idóneamente la manera en que se regla la responsabilidad penal corporativa, y su funcionamiento en el plano práctico, en este acápite se procederá a hacer un estudio de derecho comparado sobre la materia. Se analizará la manera en que se

³¹ Amador Perilla, Javier C, “Aproximación a los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.” (2012)

³² Montes Castro, Claudia, “Responsabilidad penal de la Persona Jurídica” (2013).

ha reglado esta responsabilidad alrededor del globo. Principalmente resultan de importante observancia los modelos europeos, dado su avance, y relativa equivalencia del sistema continental de derecho.

- El modelo español

En este sistema jurídico, tuvo lugar una lenta progresión de un régimen en el cual se proscribía totalmente la existencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica, hacía uno que contempla de forma clara, específica y taxativa, la posibilidad de procesar al ente colectivo, vinculándolo como parte dentro del proceso penal, y viabilizando la imposición de penas en su contra.

En 1983, el reino contaba con un sistema basado en el principio de *societas delinquere non potest*, según el cual la sociedad no puede incurrir en la comisión de conductas típicas, antijurídicas y culpables, dada su incapacidad para desplegar conductas y la inexistencia de una conciencia, elemento de vital preeminencia al momento de estudiar la culpabilidad desde el punto de vista más tradicionalista, ya explicado en acápites anteriores.

Posteriormente, en el año 1995, con la promulgación de la ley orgánica 10, se inicia la transición, puesto que se adoptaron sanciones de índole administrativa a toda persona jurídica que se viera inmersa en la comisión de delitos. En todo caso, esto no implicaba que el ente colectivo pudiera ser investigado ni procesado directamente a título de autor de la conducta antijurídica.

Desde extremo consideramos que el estado del arte actual en Colombia es justamente el de España hace 26 años, ya que actualmente nuestro sistema legal impide que la persona jurídica sea vinculada como parte dentro del proceso penal. A pesar de que existe una amplia gama de sanciones administrativas plausibles de aplicar en caso de que se pruebe que con la comisión del delito la persona jurídica resultó beneficiada, no existe taxativamente posibilidad de atribución de responsabilidad penal al ente colectivo.

En España ha terminado la transición que comenzó hace más de dos décadas. Actualmente el reino reconoce la imputabilidad de la persona jurídica, y se faculta al ente acusador a adelantar investigaciones y formular cargos en contra de los entes colectivos. Así culmina la lenta transición del sistema penal en la materia en España. Este desarrollo se materializa a través de la ley orgánica 5 de 2010, y la ley orgánica 3 de 2011.³³

Como elementos destacables de la legislación vigente que consagró dicha responsabilidad en el reino español, encontramos los siguientes: i) La existencia de un modelo de responsabilidad de autorresponsabilidad, que concurre con un modelo de traslado de responsabilidad³⁴, ya que el legislador considera que la persona jurídica es responsable penalmente no solo por los delitos en los que incurra a título personal, sino también por los injustos cometidos por sus administradores. ii) la tipificación del programa

³³ De la Cuesta, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”. Asociación Internacional de Derecho Penal, 2012.

³⁴ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

de cumplimiento como circunstancia de atenuación de la pena, aún cuando este sea instaurado con posterioridad a la comisión del delito. iii) Para la imposición de la pena se tiene en cuenta las consecuencias económicas para los trabajadores adscritos a la persona jurídica.

Es de particular preeminencia que el compliance se considere por el legislador español como un atenuante de la conducta, incluso aún cuando el mismo es instaurado en vigencia del proceso penal, es decir con posterioridad a la comisión del delito. El mensaje inequívoco del legislador es que el programa de cumplimiento se consagra como una garantía incluso ulterior para la persona jurídica al momento de enfrentar el proceso penal.

- El modelo francés

En este país del viejo continente, se cuenta con una legislación que viabiliza y tipifica expresamente la responsabilidad penal de la persona jurídica desde 1992, con la expedición de la ley 92-683, expedida el 22 de Julio de ese año.³⁵ A pesar de que su vigencia iniciaría el 1 de marzo de 1994, sin duda su experiencia en el modelo de responsabilidad penal corporativa con respecto a España es mucho mayor.

Del modelo galo, resulta destacable el hecho de que se hace viable la responsabilidad penal de la persona jurídica, aún si con la comisión del ilícito esta no se

³⁵Organización Internacional del trabajo, Artículo web. http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=30413&p_country=FRA&p_count=6725

benefició directa o indirectamente. Incluso es viable su imputación habiendo percibido perjuicios tras su comisión, ya que lo único que se tiene en cuenta es si se incurrió en el ilícito en el desarrollo de su actividad económica.³⁶ Este criterio objetivo aunque ideal a priori podría llegar a ser conflictivo en otras latitudes que permiten la concurrencia de actividades económicas en una misma persona jurídica, ya que crea incertidumbre respecto de su aplicación e interpretación.

Justamente en el caso colombiano, si hipotéticamente nuestro sistema contase con dicha disposición legal, su aplicación sería bastante compleja. En nuestro régimen, la ley 1258 establece que el objeto social de las sociedades por acciones simplificadas S.A.S, cada vez más abundantes en nuestra esfera, podrá consistir en cualquier actividad. Así lo establece la citada ley colombiana en el artículo 5, numeral quinto: “(...) a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.”³⁷ Como es de clara observancia, dicha distinción no resultaría tan útil en el plano local.

Otro aspecto de importante mención en el modelo francés es la exención del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica a las entidades públicas, y exclusivamente a los entes territoriales que dentro de su objeto hacen uso necesario e

³⁶ Sánchez de Lamadrid, Rocío, “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. Posibles mejoras del modelo español.” (2018)

³⁷ Artículo 5 inciso No. 5, Ley 1258 de 2008.

imprescindible de la contratación. El 'beneficio' tiene su fundamento en la eventual imposibilidad de llevar a cabo obras públicas por parte de la administración.

Esta imposibilidad se haría patente en el momento en que dichas entidades funjan como sujetos pasivos de las penas contempladas en dichos regímenes de responsabilidad. A saber: Inhabilidades e impedimentos para contratar con determinadas entidades, la cancelación de su personería jurídica, entre otras. Para evitar el acaecimiento de estas complicaciones en la consecución de los fines estatales del orden nacional o territorial, se impide que las personas jurídicas adscritas a este orden sean perseguidas penalmente.

No obstante, dicha exención es cuestionable para un determinado sector de la doctrina que considera que en el eventual caso de que la administración fuese sujeto pasivo de estas sanciones, podrían viabilizar y ejecutar la contratación requerida para la consecución de su objeto, a través de la tercerización de sus competencias, fenómeno técnicamente nominado como descentralización de la administración. En todo caso, se ignora que este traslado de competencias tiene fuente constitucional, por lo cual la exención estaría justificada.

Otro de los aspectos destacables del modelo francés, es que inicialmente, tras la promulgación de la ley que dio viabilidad al modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica y que entró en vigor en 1994, se estableció que la persona jurídica, solo podía

incurrir en la comisión de un listado taxativo de delitos³⁸, situación que de acuerdo con Sánchez, implicaba que había ocasiones en que no era viable investigar o imputar al ente colectivo por un determinado delito, a pesar de que en efecto hubiese incurrido en su comisión, por el solo hecho de que no se encontraba en dicho listado taxativo.

Así, con posterioridad a una sentencia de la Corte de Casación francesa, que ponía de presente la existencia de dicho yerro, en 2004 el legislador estableció que la persona jurídica, era susceptible de ser investigada e imputada por cualquiera de los delitos tipificados en la legislación penal.

Un último aspecto relevante de este modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica es el hecho de que la existencia de un modelo de cumplimiento no se constituye como una garantía para la persona jurídica, con lo cual, no se concibe como una circunstancia de atenuación. Algo que riñe con la concepción del compliance, que se presentó en el acápite anterior, según la cual, indiscutiblemente el programa de cumplimiento se erige como una garantía para la persona jurídica, al demostrar el cumplimiento de los deberes de que es titular. Así se concibe en el modelo español, pero no en el modelo francés.

- El modelo alemán

³⁸ Sánchez de Lamadrid, Rocío, “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. Posibles mejoras del modelo español.” (2018)

Los germanos rechazan de plano la modificación del principio de *societas delinquere non potest*, atribuido justamente al alemán Franz Von Litz. Bajo este mandato de optimización la imputación de cargos en contra de la persona jurídica y su consecuencial vinculación como parte dentro del proceso penal es inviable. Esta situación naturalmente impide que exista cualquier imposición de penas en contra de la persona jurídica.

El régimen alemán solo contempla sanciones de índole administrativa como la imposición de multas. No obstante, la discusión sobre la necesidad de instaurar la responsabilidad penal corporativa en dicho país está más vigente que nunca, sobre todo tras el caso del ‘dieselgate’, en el cual Volkswagen fue hallado responsable penalmente en otras legislaciones que contemplan dicha posibilidad, y no pudo ser condenado penalmente en su casa matriz alemana, por carecer de un modelo de responsabilidad penal del ente colectivo.

39

En ese mismo sentido, de acuerdo con la doctrina, y tal y como se pretende establecer en esta monografía, la importancia del establecimiento taxativo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que viabiliza la vinculación como parte de la persona jurídica en el proceso, radica entre otros motivos, en que es más gravoso para las personas jurídicas verse inmersas en procesos de carácter penal, que por demás son públicos y pueden llegar a dañar las marcas, que en procesos de carácter civil, que aunque lleven inmersas multas cuantiosas, son totalmente privados e incluso ser sujetos de

³⁹ Sánchez de Lamadrid, Rocío, “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. Posibles mejoras del modelo español.” (2018)

acuerdos de confidencialidad.⁴⁰ Así la responsabilidad penal de la persona jurídica contemplada taxativamente, desestimula la comisión de delito por parte de estos agentes, o en beneficio de los mismos.

- El modelo británico

Este sistema de derecho del common law, se estudiará porque a pesar de ser poco equiparable a nuestro régimen legal de corte continental, estructuró la responsabilidad penal de la persona corporativa, haciendo uso de una figura bastante sencilla y que pudiese ser aplicada con facilidad en cualquier sistema de derecho, logrando eficazmente hacer extensiva la aplicación de la legislación penal a las personas jurídicas en general.

En 1978 la Interpretation Act viabilizó la existencia de la responsabilidad de la persona jurídica, únicamente modificando el alcance del concepto de persona, incluyendo en este, tanto a las naturales como a las jurídicas, con lo cual hizo extensiva, de la manera mas sencilla posible la aplicación de las normativas penales sustanciales y procesales a los entes colectivos, equiparando su carácter de persona al de las personas naturales.

Justamente esa equivalencia es la que debe erigirse como posición unificada alrededor del globo. Específicamente si el concepto de culpabilidad ha evolucionado simplificando su análisis a la verificación del cumplimiento de unos determinados deberes

⁴⁰ Sánchez de Lamadrid, Rocío, “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. Posibles mejoras del modelo español.” (2018)

de que es titular cualquier agente económico, y cualquier persona en general, por el mero hecho de pertenecer a la sociedad y desarrollar en esta un determinado rol.

En el sistema inglés se establece que, en todo caso la imputabilidad de la persona jurídica dependerá de la verificación de la obtención de un beneficio para la persona jurídica, con lo cual, en los escenarios en que la persona jurídica haya incurrido en la comisión del ilícito, pero no haya percibido un beneficio con su comisión, no habrá lugar a la responsabilidad penal del ente colectivo. Algo discutible pero recurrente en las legislaciones ya estudiadas en este acápite, salvo la legislación francesa.

En cuanto a los delitos atribuibles a la persona jurídica, este régimen, como el francés, establecen que el ente colectivo podrá ser perseguido por todos y cada uno de los delitos que se tipifican en la legislación penal. La diferencia radica en que se excluyen del listado, aquellos que materialmente no son susceptibles de ser cometidos por la persona jurídica, como el acceso carnal violento.⁴¹

Por último, de este modelo se destaca que existe una reducción de la pena, en los casos en los que la persona jurídica cuente dentro de sus normativas internas, con programas de cumplimiento, orientados a la minimización del riesgo de acaecimiento de conductas delictivas dentro de su organigrama.⁴²

- El modelo norteamericano

⁴¹ Sánchez de Lamadrid, Rocío, “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. Posibles mejoras del modelo español.” (2018)

⁴² Artículo 7 Bribery Act, 2010

Este sistema de persecución del ente colectivo resulta de obligatoria observancia, ya que como se manifestó en acápites anteriores, el norteamericano fue el primero de los modelos de responsabilidad penal corporativa. Allí la responsabilidad del ente colectivo se hizo tangible desde inicios del siglo XX.

Su aplicación no resultó tan discutida como en el resto de las legislaciones alrededor del globo, puesto que por características sociales concretas como la esclavitud, cuando las corporaciones adquirieron relevancia en la sociedad y se comenzó a fijar su responsabilidad civil y penal, ya se contemplaba que los actos desarrollados por terceras personas podían en efecto generar obligaciones y generar responsabilidad para su patrono. Así, el modelo de responsabilidad vicarial de la persona jurídica, en el que se traslada la responsabilidad de la persona natural a la persona jurídica, fue aceptado sin mayores disputas.

De este modelo se destaca el hecho de que la persona jurídica puede responder por alrededor de 300.000 delitos, dado el amplísimo catálogo de normas federales y estatales que rigen en el vasto territorio. De acuerdo con la doctrina americana, el hecho de que las personas jurídicas puedan ser procesadas desincentiva el delito, ya que el ser halladas culpables de cualquier ilícito, puede llegar a causar daños reputacionales de importante envergadura, y la situación es aun mas crítica en aquellas compañías que se cotizan sus acciones en la bolsa de valores, algo cada vez mas común en el mundo financiero.⁴³

⁴³ Diskant, Edward, "Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure" YALE L.J. (2008).

Otro aspecto no menos importante, es el hecho de que, en este sistema, cualquiera de los integrantes de la compañía puede llegar a incidir en que la persona jurídica sea condenada, ya que la responsabilidad penal de la persona jurídica se hace extensiva en cuanto a su fijación a todos y cada uno de los trabajadores de la compañía, sin importar su rango. Tampoco es considerado durante la vigencia del proceso penal, si los órganos de administración tenían conocimiento de los hechos investigados o no. Así, la fijación de responsabilidad a la persona jurídica es bastante sencilla y poco garantista para la persona jurídica, ya que constantemente son procesadas por las actuaciones de trabajadores de cualquier nivel.⁴⁴

A manera de conclusión y de acuerdo con la propia doctrina de dicho país, un hecho que no deja de ser preocupante, es que hoy día la responsabilidad penal de la persona jurídica en Estados Unidos, es tan solo un arma con la cual presionar a las corporaciones para que cooperen, esclareciendo los fundamentos de la investigaciones y finalmente imputando a la persona natural responsable del ilícito, y no a la propia corporación, que al final solo es sujeto pasivo de multas de importante envergadura, pero no de las penas propias de un sistema de responsabilidad penal corporativa como la suspensión de sus actividades, o la inhabilidad para contratar con el estado, entre otras, que buscan que los ilícitos no se cometan de nuevo a través del mismo organigrama, y que los controles

⁴⁴ Diskant, Edward, "Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure" YALE L.J. (2008).

internos se fortalezcan.⁴⁵ Así, el que fue el primero de los modelos de responsabilidad penal corporativa, hoy es solo un sistema administrativo sancionatorio de facto.

- Conclusiones de la comparación de los modelos

Tras la culminación del ejercicio de derecho comparado anteriormente efectuado se puede concluir que i) En efecto, como se afirmó en acápites anteriores, los programas de compliance se constituyen como una garantía para la persona jurídica al momento de ser procesada, ya que es a través de estos mecanismos, donde en la mayoría de las legislaciones se logra atenuar o reducir la pena impuesta al ente colectivo. ii) La responsabilidad penal de la persona jurídica como figura taxativa se ha ido extendiendo como una verdadera necesidad alrededor del globo y iii) Su establecimiento en el régimen penal de las legislaciones tiene el efecto indiscutible de prevenir la comisión de delitos puesto que las personas jurídicas procesadas perciben daños de importante envergadura al momento de ser condenadas, con lo cual, como es apenas lógico, el propósito de prevenir por todos los medios disponibles el perfeccionamiento de los injustos a través de su organigrama se robustece.

De esta forma, el establecimiento taxativo de la responsabilidad de la persona jurídica, al viabilizar la imputación de cargos en contra de la persona jurídica, se erige como una herramienta para universalizar el compliance, que además de su ya conocida

⁴⁵ Diskant, Edward, "Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure" YALE L.J. (2008).

función de prevención general del delito en el plano corporativo, se erige como una estrategia de defensa de vital preeminencia para el ente colectivo.

Este ejercicio de derecho comparado es el que idealmente deberá hacer el legislador colombiano al momento de establecer de forma taxativa la responsabilidad penal de la persona jurídica, un hecho que también se concluye tras el estudio de los sistemas continentales y de common law, es inevitable. La responsabilidad penal corporativa es un desarrollo que ha ido permeando todos los sistemas de derecho y que cada vez adquiere mayor relevancia, dada su indiscutible y probada necesidad y funcionalidad.

ESTADO DEL ARTE EN COLOMBIA

En este capítulo se hará un examen de la legislación para establecer las formas que se asemejan o que han reglado infructuosamente la responsabilidad penal corporativa en Colombia, como por ejemplo la ley 491 de 1999, que regló el tema en una regulación de derecho ambiental. También se analiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

A la fecha la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha consagrado expresamente en la legislación colombiana. Si se han radicado proyectos para reglarla en el senado, e incluso se profirió una ley, que careció del rigor procesal que amerita la materia: La ley 491 de 1999, que fue declarada inexecutable a causa de especificar vagamente el procedimiento para enjuiciar a los entes colectivos.

En la providencia que declara su inexecutableidad, la Corte Constitucional instó a legislar adecuadamente sobre esta materia. Después de este suceso, el legislador perdió una gran oportunidad. Ya que hubiese sido posible, la consagración de este tipo de responsabilidad de las personas jurídicas, en el proyecto de reforma del código penal, que determinó la expedición de la ley 599, nuestro código penal vigente, y la ley 600 de 2000, el Código de procedimiento que rigió hasta el 31 de diciembre de 2004, y que en todo caso aún es vinculante para los aforados.⁴⁶

Al determinar que el derecho procesal penal, es una garantía de los sujetos involucrados en el proceso, que inexorablemente debe cumplir el juez, y que desarrolla el principio de legalidad, es apenas lógico, que, ante los vacíos procesales de una norma para perseguir penalmente a las personas jurídicas, esta sea declarada inexecutable.

En ese mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha recalcado la importancia del derecho procesal penal, al abstenerse, en varias oportunidades, de vincular a un ente colectivo como parte dentro del proceso. Al no estar consagrado en el Código de Procedimiento la posibilidad de imputar a la persona jurídica, el juez, en este caso el supremo órgano de cierre de la jurisdicción no puede inaplicar la ley o extender su aplicación. Por ello, el alto tribunal manifestó en 1995, que “...se debe descartar la imputación por calumnia, ya que las personas jurídicas no son sujetos pasivos de este

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-846 de 1999

*delito, en la medida en que no se les puede imputar a ellas la comisión de hechos punibles... ”.*⁴⁷

Con posterioridad a la decisión anteriormente comentada, la ley 600 de 2000, en el artículo 65 estableció la posibilidad de que, dentro del proceso penal, se ordene “*la suspensión de la personería jurídica y/o el cierre de sus establecimientos abiertos al público*”. Además, el legislador dispuso que en la sentencia que dé fin al proceso, el juez podrá decidir sobre la suspensión de la personería y ordenar la cancelación definitiva. Es decir, la medida cautelar podrá mutar a sanción definitiva.

El presupuesto fáctico que se estableció en el citado artículo de la ley 600, para dar viabilidad a la imposición de la medida cautelar, es probar que la persona jurídica haya incurrido en el desarrollo de actividades ilícitas. Esto se deberá probar según la ley a través de ‘inferencias razonables’. Como es de fácil observancia, tras la lectura de la disposición legal, el término que utiliza el legislador no brinda seguridad respecto de su interpretación, y le otorga demasiada discrecionalidad al juez, ya que podría pensarse a priori, verbigracia, que se trata del establecimiento de la tarifa legal: de la fijación del indicio como medio de prueba. Al final, no resulta claro del todo a través de que medios de prueba se llega a esas inferencias razonables, ni tampoco se define que se entiende por el término.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto 7379. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Bogotá D.C., (22 de febrero de 1995).

Por consiguiente, una interpretación inequívoca se dificulta. En cualquier caso, la suspensión de la personería jurídica y su eventual cancelación al finalizar el proceso es una de las sanciones que se ha contemplado en los ordenamientos que taxativamente contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que se incluyó, aún con el vicio de redacción ya comentado, en la hoy derogada ley 600.

Posteriormente, la ley 906 de 2004, establece esta misma sanción que previamente había contemplado la hoy derogada ley 600, en el artículo 91. Allí se establece en qué momento procesal puede solicitarse esta medida cautelar, que como ya se estableció, podrá mutar a sanción definitiva en la sentencia; quién es competente para solicitarla; y cuál juez, es el encargado de decidir sobre su establecimiento. Cómo es común en este ordenamiento procesal: la ley 906, será el juez de control de garantías quien deberá decidir sobre la solicitud de esta medida cautelar de suspensión de la personería jurídica.

No obstante, dicha consagración legal no debe confundirse con el establecimiento de la responsabilidad penal corporativa, puesto que, aunque esta sea una de las sanciones que contemplan los regímenes donde esta persecución está permitida, no por ello, a través de su establecimiento se vuelve posible vincular a la persona jurídica a través de la imputación de cargos en Colombia. Su vinculación como parte dentro del proceso no es posible, ya que no se cuenta con un procedimiento para enjuiciarla.

Así, la suspensión de la personería jurídica se trata tan solo de una medida cautelar quizás cuestionable por demás, puesto que se decreta sin que se le otorgue el derecho a la

defensa a la persona jurídica, que es sobre quien recae la medida y los eventuales perjuicios que se causen tras la adopción de esta. Además, la medida cautelar es decretada por el juez de control de garantías y puede llegar a mutar a sanción definitiva si así lo decide el juez de conocimiento, lo cual, se considera que tampoco genera mucha certeza.

Quizás por su ambigüedad, que deja mucho a la discrecionalidad del juez, dificultando su aplicación y generando un panorama de incertidumbre para el ente acusador, el facultado para solicitarla, y para la persona jurídica, sobre quien recae, el legislador aprovechó la promulgación del Estatuto Anticorrupción, la ley 1474 de 2011 para modificarla.

El estatuto modifica este supuesto fáctico contenido en la ley 906, ‘heredado’ de su predecesora la ley 600, y establece que para que el juez de control de garantías adopte la medida cautelar de suspensión de la personería jurídica, bastará con que se pruebe que la persona jurídica, “hubiese buscado un beneficio” con la realización de las conductas que dan lugar al proceso penal.

Así, la ley 1474 acaba con la incertidumbre respecto de esta expresión legal ambigua previamente comentada, modificando el artículo. Ahora resulta claro que deberá probarse que el delito favoreció (o buscó hacerlo) a la persona jurídica. Por otro lado, tras el estudio de la norma, no resulta descabellado pensar que la nueva disposición, aún vigente, da cabida a la adopción de esta medida cautelar, aun cuando el proceso se adelante por la comisión de un delito a título de tentativa.

Si no es necesario que el ilícito se hubiere consumado y conseguido un beneficio para la persona jurídica, si no que bastará con que se pruebe que se buscó la obtención del beneficio, se considera que, con la modificación de la norma se amplía su espectro siendo posible su adopción en el caso de procesos adelantados por la comisión de delitos, (por acción u omisión), a título de tentativa. Así, se esclarece como solicitar la adopción de la medida cautelar, y se amplía su espectro.

Tras analizar la progresión legislativa a lo largo de los años, se observa claramente la intención inequívoca del legislador de desestimular la comisión de delitos a través del organigrama de la persona jurídica. A pesar de ello, es necesario que se sigan promulgando normas que clarifiquen y complementen las actualmente vigentes, pues solo de esta forma, se conseguirá migrar paulatinamente de un modelo mixto de responsabilidad penal de la persona jurídica, a un modelo de responsabilidad vicarial o de autorresponsabilidad en el mejor de los escenarios.

En ese mismo sentido, la legislación ha venido integrando otras sanciones que contemplan los regímenes donde ya se estableció la responsabilidad penal corporativa. Uno de los ejemplos más contemporáneos de esta adopción normativa de sanciones aplicables a los entes colectivos, es el de la ley 1778 de 2016.

La citada ley, consagra un paquete de medidas de importante consideración, al establecer en su artículo 35 de medidas contra personas jurídicas que:

“Cuando exista sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada contra el representante legal o los administradores de una sociedad domiciliada en Colombia o de una sucursal de sociedad extranjera, por el delito de cohecho por dar u ofrecer, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes si, con el consentimiento de la persona condenada o con la tolerancia de la misma, dicha sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera se benefició de la comisión de ese delito.

Igualmente, podrá imponer la sanción de publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. También podrá disponer la prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años.”⁴⁸

Es simple observar, que el legislador ha optado por consagrar como sanciones, las penas que han contemplado los regímenes donde existe la responsabilidad penal corporativa, en los estatutos anticorrupción que han sido impulsados a lo largo de los últimos años y en otras leyes que adicionaron o modificaron el código penal vigente. No obstante, aún no existe una debida integración de la persona jurídica como parte en el proceso.

⁴⁸ Artículo 35, Ley 1778 de 2016.

Por ello, se concibe que, en el estado del arte actual, Colombia es el ejemplo del desarrollo de un modelo mixto de responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que se adoptan sanciones administrativas decretadas tras probar que se obró en beneficio de la persona jurídica, en el proceso penal adelantado en contra de los miembros de esta, sin contar con su vinculación como parte.

Para viabilizar otro modelo de responsabilidad penal en el país, que como se estudió en el acápite previo dedicado a los modelos de responsabilidad penal corporativa, resultan más eficaces en la tutela de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, y además brindan la posibilidad de ejercer derechos fundamentales de que es titular la persona jurídica, deberán hacerse cambios estructurales o incluso derogar el código penal, ley 599 de 2000, y el código de procedimiento, la ley 906.

Es necesario que se replantee el concepto de culpabilidad, entre otros, para que se viabilice la imputación de cargos en contra de la persona jurídica desde el plano teórico.

Además, procesalmente, es necesario diseñar un mecanismo exclusivo para el ejercicio de defensa de la persona jurídica: Unas reglas que le permitan ejercer sus derechos como parte dentro del proceso. Esta labor deberá adelantarse una vez que la modificación de los principios teóricos sobre los que reposa la responsabilidad penal sea modificada en la legislación sustancial.

Esta empresa de modificar el régimen penal colombiano deberá ser adelantada por el legislador, y no por el ejecutivo aun cuando esté investido de facultades extraordinarias, ya que existe una prohibición constitucional de expedir códigos en el ejercicio de dichas funciones.⁴⁹ Así las cosas, la labor de reglar esta responsabilidad recae única y exclusivamente sobre el congreso.

A su vez, para establecer que no solamente la doctrina ha estudiado y discutido la necesidad de la implementación de esta responsabilidad en el país, es necesario recordar que, en el pasado, la Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad de la ley 491 de 1999, avaló la existencia de la responsabilidad penal corporativa desde el punto de vista sustancial. Esta ley es el primer antecedente taxativo de la materia en Colombia y fue declarada inexecutable únicamente por carecer de un régimen procesal adecuado, puesto que el enjuiciamiento de los entes colectivos carecía de la especificidad requerida para garantizar sus derechos dentro del curso del proceso.⁵⁰

A partir de este primer antecedente legal, se comenzó a gestar desde el punto de vista normativo la responsabilidad penal corporativa en nuestro suelo, entendida como la adjudicación de la comisión por acción u omisión, de conductas típicas, antijurídicas y culpables a los entes colectivos. Aunque aún no es posible vincular en el proceso penal a la persona jurídica como parte, sí es posible, que, tras la verificación de unos supuestos fácticos concretos contenidos en la ley, sea sujeto pasivo de distintas sanciones.

⁴⁹ Constitución Política de Colombia, Artículo 150 Numeral 10.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C 320 de 1998.

Así, con el establecimiento paulatino de esas sanciones, desde el punto de vista de la tutela efectiva de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, debe concluirse inequívocamente, que se ha avanzado, ya que el legislador ha establecido una amplia gama de sanciones a los entes jurídicos que se vean involucrados o sean utilizados para la realización de los injustos, u obtengan provecho alguno.

Si se estudiasen estas sanciones, haciendo un parangón con la responsabilidad penal de las personas naturales, desde el punto de vista de las funciones de la pena, contenidas en el Código penal vigente, se estaría dando cumplimiento a dos de sus elementos: la prevención general, al tipificar las sanciones susceptibles de aplicación, y la prevención especial al momento de imponerle la sanción a un ente colectivo determinado.⁵¹

Aun así, a pesar de que se haya avanzado en el establecimiento de sanciones a los entes colectivos, el hecho de que no exista la posibilidad de vincular a la persona jurídica al proceso penal, implica dificultades operativas para la fijación de sanciones, ya que en muchos casos, si no en la mayoría, las sanciones que se contemplan deberán ser decretadas por entes externos, con funciones jurisdiccionales o de vigilancia, como la Superintendencia de Sociedades, y no podrán ser directamente ordenadas o ejecutadas por el juez penal de conocimiento del caso. Esto representa un desgaste operativo innecesario y le resta efectividad al propósito de tutelar los bienes jurídicos, que persigue el derecho penal en general.

⁵¹ Ley 599 de 2000. Artículo 4.

Además, el hecho de que la persona jurídica en Colombia aún no pueda fungir como parte, implica que las sanciones que se contemplan en el ordenamiento jurídico, a pesar de que logren ser decretadas, serán menos inmediatas y por ende quizás menos eficaces en cuanto a la protección de terceros, y a la garantía de indemnización de perjuicios a las víctimas, ya que el lapso en que tardarán en ser decretadas será mucho mayor con el modelo actual de responsabilidad, que si se pudieran vincular efectivamente al proceso penal.

Durante dicho lapso, gran parte de los activos que se pretendieren, verbigracia embargar o secuestrar para posteriormente reparar los perjuicios sufridos por las víctimas, ya podrán haber sido trasferidos del patrimonio de la persona jurídica al de un tercero, lo cual, si bien no implica, al menos inequívocamente, que no puedan ser perseguidos a través de distintas figuras que contempla el ordenamiento, como la acción de simulación, si requiere un mayor desgaste del aparato jurisdiccional, y representa un peligro para eventuales terceros de buena fe, a quienes pueden transferir el dominio de sus bienes estas personas jurídicas.

El procesamiento de los entes colectivos, entre otros propósitos pretende y facilita la persecución efectiva de sus activos tangibles e intangibles, ya que se busca que exista una indemnización integral del daño causado. Esto se ha dificultado en casos de especial relevancia nacional como el de Interbolsa y DMG, donde las víctimas no obtuvieron montos de dinero que realmente permitieran reparar los daños sufridos.

Por otro lado, tampoco debe ignorarse que, desde el punto de vista de la persona jurídica, como titular de obligaciones, pero también de derechos, entre ellos, (como titular del derecho de dominio) sobre los activos tangibles o intangibles sobre los que recaen las medidas cautelares, actualmente hay un escenario de indefensión; ya que la persona jurídica no cuenta con un apoderado que represente adecuada y legalmente sus intereses dentro del proceso penal. Ello impide que ejerza su derecho a la defensa y el derecho de contradicción sobre el objeto que da lugar al proceso, y sobre la razón que se esboce para decretar la medida cautelar.

Por consiguiente, una medida cautelar puede llegar a ser arbitraria bajo las reglas procesales vigentes, si se considera, que además de ser posible que haya fungido dentro de la comisión del ilícito como un ente facilitador, o se haya beneficiado con ocasión de su comisión, escenario que por supuesto es viable, y quizás más común de lo que se anhela en nuestra realidad social; también resulta perfectamente factible que se llegase a constituir como víctima, al no haber propiciado el ilícito, ni haber obtenido un beneficio con su comisión.

En dicho escenario, la persona jurídica percibirá menguados sus activos y ser sujeto pasivo de sanciones administrativas decretadas sin tener participación en la comisión de los delitos, e incluso habiendo hecho uso de todas las herramientas a su alcance para evitarlo. El ente colectivo tendría la posibilidad de probar esta situación en el curso del proceso, a través de su defensa, si pudiere ser imputada, y así, solicitar su posterior constitución como

víctima. Esto la facultaría y viabilizaría la repetición de perjuicios en contra de la persona natural que fuere hallada culpable, a través del incidente de liquidación de perjuicios.

Es claro que, bajo las normas procesales vigentes, se facilita la imposición de medidas cautelares, (susceptibles de carecer de mérito), y que además tienen la gravedad de posteriormente mutar a sanciones definitivas en la sentencia, una vez que esta sea proferida y se encuentre debidamente ejecutoriada.

Si la persona jurídica no puede fungir como parte, tampoco podrá recurrir la sentencia, con lo cual, la ejecutoriedad de la sentencia no dependerá de su actuar, si no del de la persona natural que se condenó, y que en todo caso puede tener intereses heterogéneos a los de la persona jurídica. Al condenado le importará en mayor medida obtener, verbigracia, una reducción de la pena privativa impuesta, y no tanto buscar la menor afectación del ente colectivo, con lo cual, este se encuentra en un escenario de total indefensión.

El hecho de que no se le permita a la persona jurídica vincularse como parte dentro del proceso penal, y en consecuencia se le niegue la posibilidad de ejercer una defensa, de solicitar la práctica de pruebas, entre otros derechos procesales, pero en todo caso si se faculte al juez a adoptar medidas administrativas de importante lesividad para el ente colectivo, o a ordenar o remitir el expediente a quienes fueren competentes para hacerlo, resulta quizás arbitrario e indiscutiblemente poco garantista para los derechos de la persona jurídica y para la continuidad del desarrollo del objeto social.

Por ello, es de vital importancia que se avance hacia el establecimiento de la persona jurídica como sujeto imputable dentro del proceso penal, con el fin de investir de mayores poderes al juez de conocimiento de caso, y facultar al ente acusador a solicitar medidas más intrusivas y oportunas en contra de las personas jurídicas, pero también para garantizar los derechos de las personas jurídicas y su defensa.

Tampoco hay que olvidar, el importante hecho de que Colombia se haya adherido a la OCDE formalmente el 28 de abril de 2020.⁵² Este suceso hace patente la obligación de Colombia de seguir avanzando en la consecución de la persecución eficaz de la prevención del delito perpetrado en beneficio o a través de los entes colectivos, y de fijar su responsabilidad celeremente.

Es de particular trascendencia, la obligación adquirida por los Estados miembros como Colombia, al ratificar la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales”. Allí se estatuye en el artículo 26 que los *“Estados signatarios se comprometen a adoptar, las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho de un funcionario público extranjero y otros delitos de corrupción.”*

⁵² Comunicado de la OCDE, Artículo web, recuperado de: Comunicado de la OCDE, Artículo web, recuperado de: <https://n9.cl/h847r>

Además del instrumento internacional que ya se mencionó, en general uno de los objetivos de la OCDE, es el fomento del bienestar de las personas y el crecimiento económico, algo que sin duda va de la mano con la correcta y ágil fijación de la responsabilidad penal en el plano nacional. Así, Colombia hace patente su obligación de consagrar la responsabilidad penal de la persona jurídica en el corto plazo.

Hay quienes afirman que en efecto este es el escenario que se espera que acaezca con prontitud, ya que “ante los compromisos adquiridos por Colombia para ingresar a la OCDE y las obligaciones contenidas en tratados internacionales sobre la materia, podemos afirmar que estamos muy cerca de un escenario de responsabilidad penal de las personas jurídicas.”⁵³

Entretanto, el tema continúa siendo tan solo un anhelo de la comunidad académica, que como el profesor Francisco Bernate, han planteado, incluso la eventual constitución de la persona jurídica como víctima dentro del proceso penal, carácter que tendrá como requisito principal, su diligencia en el cumplimiento de los programas de compliance que diseñe e implemente.

⁵³ Bernate Ochoa, Francisco, “Las personas jurídicas frente al derecho penal: El caso colombiano” (2020)

COMPLIANCE

En este acápite se procederá a examinar los programas de cumplimiento en el plano nacional e internacional, con el fin de determinar sus objetivos, la fuente normativa sobre la que se desarrollan y la aplicación de su modelo en el campo práctico. Esto con el fin de estudiar la estrecha relación de esta figura, con la responsabilidad penal de la persona jurídica. Dos conceptos heterogéneos y autónomos pero ligados indiscutiblemente.

Su conexidad se reputa respecto de su propósito en común: la prevención del delito en el plano corporativo. La responsabilidad penal corporativa consagrada de forma taxativa, al fijar sanciones o penas susceptibles de ser impuestas al ente colectivo, lleva a cabo la prevención general, a través de la mera tipicidad de la conducta, y, la prevención especial a través del establecimiento de la pena susceptible de aplicación si se fragua el delito.

Por su parte, el compliance definido como: *“el cumplimiento de la normatividad administrativa, financiera, y comercial específica por parte de un agente económico en procura de prevenir la comisión de hechos delictivos con ocasión de su participación en los procesos económicos”*⁵⁴; busca evitar la comisión del delito a través de la persona jurídica, en cualquiera de sus distintos modelos.

⁵⁴ Bernate Ochoa, Francisco, “El compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia”, (2018).

Dentro de la escena local, de acuerdo con la doctrina existen dos modelos de compliance: El primero de ellos es nominado como *'skateholder democracy'*, y se basa en la promoción de valores éticos dentro de la empresa, que redundan en el respeto a la legalidad como política empresarial, que generalmente concurrirá con la formación y capacitación específica de los directivos y funcionarios de la empresa, en la cultura de la legalidad, la ética profesional y como es lógico, el cumplimiento de las obligaciones de que es titular la empresa por desempeñar determinada actividad, y cumplir un rol dentro de la sociedad.

Un segundo modelo, más invasivo y criticado, es aquel denominado por la doctrina como esquema *'panóptico empresarial'*. Este se basa en la imposición de controles internos bastante rigurosos, a todos los procesos desarrollados por la persona jurídica. Sus detractores fundan las críticas en la grave afectación de la esfera privada de los trabajadores, que incluso puede llegar a reñir con las normativas de carácter laboral, con que fueron vinculados.⁵⁵

En vigencia del modelo de *'skateholder democracy'*, aunque existirán controles, la supervisión de la actividad empresarial no será mucho más minuciosa que la que podría tener una empresa equivalente, que no cuente con un programa de cumplimiento dentro de sus normativas internas, ya que *"el elemento central de un programa de cumplimiento*

⁵⁵ Bernate Ochoa, Francisco, "El compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia", (2018).

*orientado a los valores es el código ético.”*⁵⁶ Este modelo no se basa en la vigilancia rigurosa, por lo cual, parte de los ‘procesos genéricos’ de control que lleve a cabo, pueden tener incluso fuente legal, como el deber de que trata el artículo 19, numeral 3 del Código de comercio, consistente en “*Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales.*”

En oposición, en vigencia de un programa de cumplimiento basado en la vigilancia activa, o como se nomina por la doctrina: ‘panóptico empresarial’, el establecimiento de controles rigurosos si serán su elemento central y característico. Esta vigilancia no tendrá fuente legal, e incluso puede llegar a invadir la esfera de la privacidad de los trabajadores adscritos a la empresa en la que se consagren. Estas intervenciones podrán consistir, entre otras que incluso provienen del *know how* de los servicios de inteligencia, en la vigilancia de correos electrónicos, el registro de llamadas telefónicas, e incluso el perfilamiento criminal o ‘risk profiling’.⁵⁷

Como es de clara e indiscutible observancia, las técnicas propias del sistema panóptico pueden fácilmente llegar a afectar derechos fundamentales de los trabajadores de la empresa que las implemente, por lo cual, podría afirmarse que existe consenso en que el modelo que deberá prevalecer es el de la promoción de valores éticos, resultantes en el cumplimiento estricto de los deberes legales inmersos en el desarrollo del objeto empresarial. Solo de esta forma se garantizará exitosamente que concurren: i) La

⁵⁶ Nieto Martín, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, (2013)

⁵⁷ Ibid.

prevención de los ilícitos; y ii) El respeto y defensa de los derechos de los trabajadores adscritos a la compañía.

En ese mismo sentido, algunos afirman que el sistema ‘correcto’ es aquel bajo el cual se integra el manual de cumplimiento como un componente de la ética empresarial configurado con el objeto de salvaguardar el patrimonio empresarial, a través de la promoción de valores éticos en la empresa, que resulten en “*que los miembros de la Compañía interioricen los valores éticos y los principios legales, de manera que ajusten su comportamiento a los mismos, no por el temor de una sanción, sino por una real convicción respecto a lo que ha de ser su diaria actuación.*”⁵⁸

En concordancia con lo anteriormente establecido, Nieto manifiesta que el establecimiento de un programa panóptico de compliance en la persona jurídica, puede llegar a reñir con normativas de protección de datos, e incluso con normas imperativas de diversas áreas, especialmente en la esfera del derecho continental europeo. Por consiguiente, el modelo antagónico es el llamado a triunfar, ya que “*Los programas de cumplimiento que provienen del derecho administrativo, de la ética empresarial, de las normas de estandarización, etc., son claramente programas de prevención y no de vigilancia.*”⁵⁹

⁵⁸ Bernate Ochoa, Francisco, “El compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia”, (2018).

⁵⁹ Nieto Martín, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, (2013)

Por otro lado, según Bernate, la necesidad de integrar este tipo de normas internas en la persona jurídica se hace evidente tras el modelo de intervención estatal que acoge la Carta Política de 1991; en el que el Estado asume una labor de vigilancia y control respecto de los procesos económicos. De igual forma, cada vez es más común que Colombia se adhiera a diversos instrumentos internacionales que exigen promover la prevención del delito y no únicamente su sanción. En todo caso bajo su óptica, cualquiera de los modelos de compliance, son expresiones de *“la correlativa responsabilidad a los inmensos beneficios que reportan en la actualidad las sociedades comerciales.”*⁶⁰

A partir del modelo de intervención estatal adoptado por la Carta Política de 1991, los programas de cumplimiento se consagran como desarrollos del deber de impedir la comisión de delitos que afecten el orden económico. Éste, como bien jurídico tutelado por el derecho penal, dada su importancia para el desarrollo de los fines estatales, el no dañarlo se erige como un deber para el empresario. Por consiguiente, el establecimiento del compliance dentro del organigrama de la persona jurídica se constituye como el cumplimiento de este deber positivo.

Esta labor que lleva a cabo la persona jurídica al integrar el manual de cumplimiento no solamente cumple la finalidad de dar cabal cumplimiento al deber positivo de que es titular el empresario, consistente en no afectar derechos de terceros en el ejercicio de su objeto empresarial, que emana del deber de que es titular cualquier persona

⁶⁰ Bernate Ochoa, Francisco, “Las personas jurídicas frente al derecho penal: El caso colombiano” (2020)

de “*no dañar a otras personas*”⁶¹. También se erige como una herramienta eficaz para evitar, por todos los mecanismos posibles, la eventual imposición de sanciones en su contra, al garantizar su ejercicio lícito, es decir, se constituye como una garantía para salvaguardar la estabilidad económica de la persona jurídica.

En ese sentido, una de las posturas que da lugar a este texto, consiste en que, la responsabilidad penal corporativa como figura taxativa, actualmente inexistente en nuestro ordenamiento, fomenta la implementación de los programas de cumplimiento, que, aunque ya presentes en gran parte de los consolidados económicos del sector privado, podrían masificarse, dada su utilidad para salvaguardar a la persona jurídica de eventuales daños.

En un escenario en el que atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica y vincularla al proceso penal como parte, sea viable por disposición legal expresa, el compliance adquiere especial relevancia al momento de prevenir su eventual vinculación al proceso penal. Esta proposición se funda en que, como se explicó anteriormente, el compliance puede constituirse como una garantía para el empresario diligente, que haciendo uso de sus figuras, dota al ente colectivo a través del cual ejerce su actividad económica, de herramientas que permiten controlar el perfeccionamiento del delito en su eje transaccional evitando su comisión.

Se considera que este fomento a la universalización del compliance acaece en los regímenes que taxativamente contemplan la responsabilidad penal corporativa, puesto que

⁶¹ Jakobs, Gunter, “La imputación penal de la acción y de la omisión.” (1996)

las categorías de las funciones de la pena, (general y especial) que desarrolla, robustecen la persecución estatal a los eventuales autores de los injustos. Por consiguiente, el efecto natural, que se espera del *'buen hombre de negocios'*, en este caso encarnado en el empresario, es que fortalezca los controles en su organización y así, a través de cualquiera de los dos modelos de compliance existentes, busque impedir por todos los medios posibles, la eventual imputación de cargos en contra de la persona jurídica.

No obstante, en este punto es necesario mencionar que, si bien el escenario ideal es aquel en el que coexistiendo en un mismo régimen jurídico, se complementen sus estrategias para dar cabal cumplimiento a la prevención general y especial de los injustos, dado su desarrollo autónomo, los programas de cumplimiento, no dependen de un régimen de responsabilidad penal taxativo, y cumplen un rol muy importante en todos los Estados, indiferentemente de la taxatividad de la responsabilidad penal de la persona jurídica en cualquiera de sus modelos, a saber: vicarial o de autorresponsabilidad.

Incluso, hay quienes consideran que la existencia autónoma de los programas de cumplimiento, ya dan lugar a la fijación de la responsabilidad penal corporativa. En ese sentido Bernate afirma que *“los programas de cumplimiento son el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que, por supuesto, habrá de ser autónoma respecto de la de sus administradores, funcionarios, o representantes legales;”*⁶² y que *“de una forma propositiva, nos referimos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Colombiano, señalando que, en nuestro criterio, a partir de la*

⁶² Bernate Ochoa, Francisco, “Las personas jurídicas frente al derecho penal: El caso colombiano” (2020)

*adopción normativa de los programas de cumplimiento normativo, existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas,”*⁶³

En cualquier caso, habrá de concluirse que el compliance se constituye como una herramienta valerosa para la prevención del delito, que, aunque autónoma, podría llegar a implementarse universalmente, ante el eventual establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia. En este escenario, hoy inviable en nuestro territorio, dada la inexistencia de su consagración legal, se estimularía el establecimiento universal y masivo del compliance, puesto que su existencia devendría en una estrategia de defensa de importante envergadura.

ANÁLISIS DE CASUÍSTICA RELEVANTE

Con el fin de analizar con mayor detalle la aplicación práctica del tema abordado, en este acápite se estudiará uno de los casos más recientes de preeminencia global, en los que han sido procesadas penalmente grandes corporaciones en territorios que contemplan la responsabilidad penal corporativa de forma taxativa, y civilmente en aquellos territorios donde no se cuenta con la integración legislativa de dicha responsabilidad: El dieselgate.

La multinacional automotriz germana Volkswagen, fue investigada y procesada en decenas de países del viejo continente, y en Estados Unidos por haber alterado el sistema de

⁶³ Bernate Ochoa, Francisco, “El compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia”, (2018).

emisión de gases de sus vehículos con motores de combustión interna a base de Diesel. El que es quizás el más grave de problemas de los motores diesel es su contaminación, las partículas de NOx, consistentes en dióxido de hidrógeno y nitrógeno que liberan este tipo de motores son perjudiciales para la salud, lo cual implica que a pesar de ser los más eficientes desde el punto de vista energético, distan de ser los más usados alrededor del mundo.

Por esa razón, los expertos han afirmado que quien quiera que sea capaz de crear un diesel 'limpio', con el menor porcentaje posible de NOx, triunfará en el mercado con creces. Eso llevó a que Volkswagen proclamara haber hallado la solución, con lo cual las ventas de sus vehículos Diesel se dispararon en Europa y Estados Unidos.

El problema radicó en que la verdad difería de lo anunciado por Volkswagen, que simplemente inventó un dispositivo que permitía que la computadora de sus vehículos detectase el momento en que estaba siendo examinada su eficiencia en términos ambientales. Con ello, los valores obtenidos en las pruebas de revisión periódica de emisiones, y en las pruebas de certificaciones para acceder al mercado, eran hasta 40 veces más favorables que los que realmente eran capaces de producir sus motores de combustión. Un fraude premeditado y que se probó era de conocimiento de gran parte de los directivos regionales de la compañía.

- El caso francés

En Francia se inició una investigación por el delito de fraude agravado en contra de Volkswagen el 2 de octubre de 2015, y el 19 de febrero de 2016 se asignó el caso a 3 jueces en París. El fraude resulta sencillo de probar según la doctrina francesa, ya que en el caso efectivamente existieron miles de contratos de compraventa celebrados con los consumidores, en los cuales se usó información falsa, que atañe directamente al objeto del contrato: El vehículo diesel.⁶⁴ En ese mismo sentido, gran parte de los consumidores alegó que, de haber conocido la información técnica del vehículo, escondida fraudulentamente por el fabricante alemán, no hubiera comprado el auto, e incluso hubiese preferido optar por otra marca.

Otro de los aspectos importantes a tener en cuenta de acuerdo con la legislación francesa, consiste en un beneficio tributario que habían obtenido los compradores de los vehículos por tratarse de vehículos supuestamente ecológicos, menos contaminantes que la media de vehículos de su clase. Esta suma de dinero deberá ser pagada en su totalidad por parte de la firma alemana, con el fin de no causar mayores perjuicios a los contribuyentes que optaron por comprar estos vehículos.

Otra de las posibles sanciones a imputar a la firma en este escenario fraudulento proviene de la exposición al peligro que han causado en materia ambiental. El hecho de vender miles de vehículos contaminantes atenta contra la salud pública de los franceses. De

⁶⁴ The dieseldgate: A Legal perspective, Marco Frigessi di Rattalma. (2017)

acuerdo con la legislación así se prueba que no se perfeccionaron daños, el peligro en efecto se configuró y habría lugar a la multa de hasta 15.000 euros por este concepto.⁶⁵

En síntesis, de acuerdo con diarios especializados, las multas que podría pagar Volkswagen en territorio francés ascenderían a los 20.000 millones de euros. Algo no tan exagerado, si se tiene en cuenta que “Volkswagen vendió en Francia 946.087 vehículos con el ya conocido dispositivo fraudulento, que les permitió ahorrar 1.520 millones de euros por año en ese periodo”⁶⁶

En cualquier caso, aún no se ha iniciado un juicio en contra del gigante alemán en territorio galo, y de acuerdo con la *‘Diesel Emissions Justice Foundation’* intentarán llegar a un acuerdo con la multinacional, pero de no lograrse, las investigaciones en el ámbito penal seguirán su curso, y se dará inicio a los procedimientos judiciales de rigor, encaminados a una condena de la compañía automotriz a través de sentencia condenatoria en su contra.⁶⁷ Esto causaría perjuicios de mayor envergadura y hasta daño marcario a la compañía, por lo cual se espera que se logre llegar a un acuerdo en este territorio, como ha ocurrido en otras regiones.

- El caso alemán

⁶⁵ The dieseltgate: A Legal perspective, Marco Frigessi di Rattalma. (2017)

⁶⁶ Artículo web, “ Volkswagen podría ser condenado a pagar en Francia una multa de casi 20.000 millones de euros.” recuperado de: <https://bit.ly/3hmEK70>

⁶⁷ Artículo web “ VW faces 'dieseltgate' legal threat in France”, recuperado de: <https://bit.ly/3opio6f>

En territorio germano, donde se encuentran las casas matrices de Volkswagen, principal responsable del fraude, y de Bosch, que, aunque no ha sido tan difundido, fue la sociedad que creó el software que permitió las lecturas erradas y ventajosas para el gigante alemán, se adelantaron procesos penales por los delitos de fraude, y por el de manipulación de mercados capitales. El valor con el que se cotizó en bolsa la acción de Volkswagen se vio ampliamente influenciado por la información falsa del diesel limpio, con porcentajes mínimos de NOx.

Estas persecuciones penales se han adelantado en contra de personas naturales, principalmente de los directores ejecutivos del gigante alemán, ya que como se comentó en acápites previos, en suelo germano no existe la posibilidad de procesamiento penal de la persona jurídica. No obstante, justamente a raíz de este caso y de la imposibilidad de imputar directamente a la compañía automotriz, la discusión sobre la necesidad de integrar la responsabilidad penal corporativa está mas vigente que nunca. ⁶⁸

De acuerdo con Schmid, y tal y como se ha expresado a lo largo del desarrollo de este texto, las sanciones imputables a las corporaciones, propias del sistema de derecho privado, no resultan tan eficaces como las penas susceptibles de aplicación a las personas vencidas en juicios de esta naturaleza, hoy imposibles de ser adelantados en conta de los entes colectivos en Alemania. Esto se hace patente especialmente a la hora de garantizar los derechos de los consumidores, y propender por la sanción proporcional a la persona jurídica

⁶⁸ The dieselgate: A Legal perspective, Marco Frigessi di Rattalma. (2017)

que incurrió en la comisión del ilícito o que se vio beneficiada con su comisión como en el caso estudiado.⁶⁹

De igual forma, Schmid pone de presente el hecho de que desafortunadamente, a pesar de la existencia de programas de prevención de los ilícitos, como el compliance, el fenómeno social del delito se presenta aún en estas grandes corporaciones como Volkswagen. Por ello, es necesario que se robustezcan estos mecanismos a través del establecimiento taxativo de la responsabilidad penal corporativa en legislaciones como la alemana y la nuestra, que aún no la contemplan y dificultan la promoción del compliance y de su objetivo: la prevención delictual en todo el organigrama corporativo.

El delito de fraude, como en el caso francés, resulta bastante sencillo de probar, ya que se proveyó información falsa al consumidor, haciéndole creer que el motor de combustión Diesel con el que estaban equipados los vehículos objeto de transacción comercial, cumplían con las normativas ambientales vigentes en suelo europeo y particularmente con la legislación alemana. El estatuto penal alemán estatuye que el delito de fraude se perfecciona induciendo a error a la persona con el fin de obtener un beneficio.

70

De acuerdo con la doctrina, el hecho de que la persona jurídica no pueda ser procesada penalmente constituye un impedimento para la persecución penal de estos

⁶⁹ The dieselgate: A Legal perspective, Marco Frigessi di Rattalma. (2017)

⁷⁰ Strafgesetzbuch Deutsche, recuperado de: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

delitos, ya que deberá establecerse que en efecto las personas naturales imputadas fueron quienes idearon y ejecutaron la idea criminal, lo cual podría no ser tan sencillo de probar, dado que se trata un fraude gigantesco y global. Alrededor de 11 millones de vehículos fueron dotados de este software con fines ilegales. De acuerdo con la postura presentada, para que el fraude pueda ser imputado a las personas naturales además tendrá que probarse que los vendedores de los automóviles conocían del fraude, lo cual según Schmid es poco probable dada la envergadura del organigrama del gigante alemán.⁷¹

Es de importante mención el hecho de que en Alemania, ha pesar de no ser viable procesar penalmente a la persona jurídica, si es exigible para los entes colectivos el contar con un programa de compliance, con lo cual la reparación de perjuicios en el plano del derecho privado se facilita, dado que el incumplimiento de las normativas internas se hace patente al evidenciarse el resultado fraudulento de las políticas en materia de emisiones de Volkswagen.⁷²

Este último punto, resulta de vital preeminencia para la tesis sostenida a lo largo del texto, ya que es una posición que esboza el mismo fundamento: La universalización y fomento del compliance, bien sea por obligación legal, o por el establecimiento de la responsabilidad penal corporativa como se propone, dará como resultado una mayor efectividad en la prevención delictual y cuando no, al menos en la reparación integral de las víctimas.

⁷¹ The dieselgate: A Legal perspective, Marco Frigessi di Rattalma.

⁷² Ibidem, Pagina 31.

En cuanto al delito de manipulación de mercados capitales, es oportuno establecer, que actualmente se rige bajo una especie de principio de oportunidad, con lo cual, la persecución de sus autores no es obligatoria, si no que esta sujeta a la voluntad fundamentada o motivada del ente acusador. Esta es otra de las reformas que se discuten a raíz del caso ‘dieselgate’ en suelo alemán.

Como es de fácil observancia, el hecho de que el sistema germano no cuente con una responsabilidad penal de la persona jurídica dificulta la eficaz persecución, investigación, condena y sanción de los responsables de los ilícitos. Así, el sistema de responsabilidad penal alemán se convierte en claro ejemplo de la necesidad de vincular al ente colectivo al proceso penal como parte.

A pesar de las dificultades ya comentadas, en los casos individuales que se adelantaron en el régimen de derecho privado, ha habido quienes han logrado indemnizaciones de sus perjuicios causados por Volkswagen. Es el caso de Herbert Hilbert, un ciudadano alemán que demandó a la corporación en 2014, y que en 2020 obtuvo una indemnización por valor de 31.500 euros, a título de reparación del ‘daño moral deliberado’.⁷³

⁷³ Artículo web: “ VW tendrá que compensar a cliente por "dieselgate" recuperado de: <https://www.dw.com/es/vw-tendr%C3%A1-que-compensar-a-cliente-por-dieselgate/a-53557936>

Según el tribunal hubo un engaño consistente, y consciente por parte del gigante alemán. Este caso se tomará como un precedente para todos los casos que actualmente están siendo adelantados en suelo europeo, incluso más allá de los puntos limítrofes del suelo alemán. Sin embargo, en el plano del derecho penal, el panorama hubiese podido contemplar no solo indemnizaciones de perjuicios, si no también sanciones mas gravosas para la persona jurídica como la cancelación de su personería jurídica o el perfeccionamiento de inhabilidades para contratar con el estado, entre otras. Es la postura presentada en este texto, que el establecimiento de estas penas fomentaría aún más, los programas de prevención del delito.

- El caso italiano

La base de este sistema de responsabilidad penal en el plano corporativo se erige sobre las normas de protección al consumidor, por lo cual los elementos sustanciales sobre los que se soportan la mayoría de las actuaciones penales adelantadas en suelo italiano, contra Volkswagen por el dieselgate, en general examinan las practicas comerciales engañosas y ‘agresivas’. Estas son las categorías que integra la legislación italiana, respecto de las practicas comerciales ajenas a derecho.⁷⁴

Las practicas engañosas acaecen cuando se brinda información que, siendo ajena a la realidad, y correspondiendo específicamente a un elemento esencial del objeto contractual, se brinda con el fin de orientar o influenciar al consumidor a tomar una

⁷⁴ The dieselgate: A Legal perspective, Marco Frigessi di Rattalma.

decisión transaccional. Verbigracia, en el caso concreto: el perfeccionamiento del contrato de compraventa sobre el vehículo cuyo software ha sido alterado en cuanto a la emisión de los gases, particularmente del NOx inherente a los motores diesel.⁷⁵

Por otro lado, según la doctrina, las practicas denominadas por esta legislación como agresivas, tienen un estrecho vínculo con la teoría de la autonomía de la voluntad, y los vicios del consentimiento puesto que hace referencia a las practicas comerciales que buscan coartar o acosar al consumidor para que realice la transacción.

En octubre de 2015, la autoridad competente para investigar las prácticas comerciales, ‘Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato’ fundada en 1990, anunció públicamente el inicio de una investigación por múltiples denuncias en contra de la compañía automotriz alemana por presuntas prácticas comerciales engañosas. La primera de las categorías de acciones contrarias a la legislación previamente estudiadas. Finalmente, en 2016, Volkswagen fue multado con la cuantiosa de 5.000.000 de Euros, según se comunicó por dicha entidad el 8 de agosto de dicho año.⁷⁶

En todo caso debe aclararse que todo el caso presentado en esta legislación pertenece mas a la esfera del derecho privado y de las autoridades sancionatorias que al derecho penal. A pesar de que existe posibilidad de empezar acusaciones penales en contra de la persona jurídica con fundamento en las decisiones civiles que se han proferido, a la

⁷⁵ The dieselgate: A Legal perspective, Marco Frigessi di Rattalma.página 48

⁷⁶ Comunicado Oficial, recuperado de: <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2016/8/alias-8372>

fecha este no es el escenario, a pesar de que existe la viabilidad desde el punto de vista procesal.

- El caso británico

En suelo británico, la doctrina ha presentado un análisis de los posibles delitos fácilmente imputables a la multinacional automotriz alemana. El primero de los cargos susceptibles de ser imputados es quizás de forma reiterativa: El delito de fraude. La diferenciación que trae este modelo es la abundante tipología de este delito. No existe únicamente un tipo de fraude, si no que la legislación integra varios subtipos. De acuerdo con la doctrina⁷⁷, los que cabría analizar para el caso concreto son principalmente los siguientes:

- a) Delito de fraude por falsa representación

Bajo este subtipo del delito tipificado, se configura el ilícito si el representante conoce la falsedad que recae sobre la transacción, el bien o servicio ofrecido a la comunidad. Con lo cual, bajo este subtipo serán imputables los agentes de la compañía automotriz, si se logra establecer que la información sobre los motores y su alteración era conocida.

⁷⁷ The dieselgate: A Legal perspective, Marco Frigessi di Rattalma.

Este subtipo del delito es de importante mención, toda vez que al ser Volkswagen una multinacional, esta disposición es aplicable a la hora de fijar la responsabilidad a sus filiales, posibles franquiciados y sus agentes.

b) Delito de fraude por no entregar información

Este subtipo recae podría considerarse como conexo del anterior a pesar de su taxativa independencia toda vez que implica que al consumidor o en general a quien tiene el poder de decidir sobre realizar o no determinado negocio jurídico, transacción o pacto bilateral, no se le brinda información que es de vital relevancia, y con base en su ignorancia se perfecciona la relación sustancial.

c) Fraude por abuso de poder

En este subtipo del delito se requiere un sujeto activo calificado. La calificación se demostrará a través de la fijación de su participación en el mercado, específicamente dentro de su actividad comercial desarrollada. Verbigracia, en el plano colombiano es indudable que Avianca cuenta con una posición de monopolio en el mercado aéreo. Retomando el caso examinado en este acápite, Ford y Volkswagen ostentan esta posición de dominio en el mercado en Reino Unido.⁷⁸

⁷⁸ Artículo web, recuperado de: <https://www.statista.com/statistics/300305/number-of-new-car-registrations-in-the-united-kingdom/>

d) Conspiración para defraudar

Ahora bien, otro de los posibles delitos a imputar es el de conspiración para defraudar, semejable en cierta medida al concierto para delinquir que tipifica nuestra legislación penal. Implica que exista el acuerdo de voluntades entre dos o mas sujetos con el fin de despojar a un tercer sujeto (la victima) de un determinado elemento del que aun no es titular pero que legítimamente espera serlo. Este delito protege la expectativa legitima de las personas que aguardan el cumplimiento de un plazo o una condición, para recibir un producto, bien o servicio de determinadas cualidades y características, con base en la información brindada en la transacción que da lugar a dicho acto traslativo de dominio que aún no acaece.⁷⁹

De esta forma, en el caso concreto, los compradores de los vehículos marca Volkswagen en Reino Unido, esperaban ser titulares de vehículos con un muy bajo porcentaje de emisiones de NOx. Se les privó de este motor eficiente, ya que la información sobre la eficiencia en materia de emisiones contaminantes al ser falsa distaba de la realidad al ser puesta a prueba en ruta. Por ultimo y de acuerdo con la doctrina, este delito también se perfecciona cuando se le impide a otro cumplir con una determinada obligación. En este caso los consumidores de Volkswagen, sin saberlo y por causas enteramente atribuibles a la compañía manufacturera de motores, incumplió la regulación medioambiental vigente en suelo británico.⁸⁰ Así la imputación de este delito se hace viable en el caso concreto.

⁷⁹ The dieselgate: A Legal perspective, Marco Frigessi di Rattalma.

⁸⁰ Ibid.

En cualquier caso, la persecución de estos delitos que se analizan por parte de la doctrina corresponde única y exclusivamente al ente acusador. Es este quien decide si comenzar o no un proceso en contra de la persona jurídica por los delitos previamente detallados. Bajo este panorama la reparación integral de los daños sufridos por los consumidores no sea nada fácil. De acuerdo con la doctrina el camino más plausible para lograr la reparación de los perjuicios en este escenario es hacer parte de acciones masivas o conjuntas, propias de la jurisdicción civil y comercial. Así se evidencia que no basta con la mera taxatividad de la responsabilidad penal del ente colectivo, por lo cual, el debate académico cumple un rol importantísimo al garantizar la vigencia e interiorización de estas normas, más allá de su mero establecimiento.

- El caso estadounidense

Este último de los casos a presentar, es el que quizás ha tenido mayor relevancia dentro del desarrollo del dieselgate a nivel global. La justicia americana ha sido pionera en el tema de atribuir responsabilidad penal y civil a la persona jurídica, con lo cual, la decisión de imputar a Volkswagen no reviste dificultad ni suscita extrañeza en ninguna de las esferas sociales. Por el contrario, se ha interiorizado la responsabilidad civil y penal de las personas a un nivel deseable por cualquiera de las sociedades occidentales.

Es perentorio empezar por relatar que el fraude en si mismo, fue descubierto gracias a la labor de un grupo de investigaciones norteamericano, adscrito a la Universidad de West Virginia. Básicamente lo que se hizo fue colocar dispositivos de medición de emisiones dentro de vehículos Volkswagen, y ponerlos en marcha como si se tratase de un viaje urbano común y corriente. A esto se le llamo laboratorio móvil.

Se encontró que al momento de realizar pruebas con el vehículo en movimiento, los valores que se marcaban por los dispositivos especializados, eran hasta 40 veces menos favorables que los presentados por la compañía al momento de presentar sus vehículos al mercado. Otro era el panorama cuando las pruebas se realizaban haciendo uso del dinamómetro: El software diseñado por Bosch, detectaba que estaba siendo examinada su eficiencia, y los valores de contaminación decrecían drásticamente.⁸¹

Con base en esta valiosa información recopilada por dicho grupo de investigadores, las agencias de control de emisiones del gobierno federal pusieron en marcha programas autónomos de medición, con lo cual terminaron corroborando que en efecto el software del vehículo alteraba los valores presentados dependiendo de si se medía su eficiencia en movimiento o en ‘modo prueba’.

En 2015 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ), abrió una investigación criminal en contra de Volkswagen, por la presunta violación a las normativas de emisiones vigentes en la mayoría de los estados. Tras dos años de investigaciones,

⁸¹ Artículo web: “VW Diesel Emissions scandal explained.” Recuperado de <https://www.nytimes.com/interactive/2015/business/international/vw-diesel-emissions-scandal-explained.html>

finalmente Volkswagen llegó a un acuerdo con el DOJ para que no se presentaran cargos criminales en su contra. El acuerdo que fue aceptado por el gigante alemán consistió en el pago de 4.3 billones de dólares.⁸²

Además del cuantioso pago, el acuerdo implicaba declararse culpable de 3 cargos criminales:

i) Conspiración para defraudar a la nación americana y sus consumidores.

De la verificación de las mediciones efectuadas por las agencias regulatorias del nivel federal y del estado de California, se concluyó que el software utilizado por Volkswagen había sido la manera en que se había logrado introducir al mercado sus motores turboalimentados con combustible diesel. Afectando así a más de 600.000 consumidores que creyendo en la promesa ‘blue motion’ de los germanos, compraron vehículos equipados con estos motores.

ii) Violación de la normativa ambiental o ‘clean air act’

Con este actuar fraudulento, se incumplieron normativas estatales y federales que incluían la implementación de políticas públicas de reducción drástica de emisiones, con

⁸² DOJ, US. Comunicado Oficial, recuperado de: <https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-ag-agrees-plead-guilty-and-pay-43-billion-criminal-and-civil-penalties-six>

base en normativas locales pero también en tratados internacionales como el Acuerdo de París 'Climate change agreement'. Estados Unidos es uno de los mayores productores de emisiones contaminantes a nivel global dado su tamaño y amplísima industrialización, por lo cual, el acto defraudatorio de Volkswagen incumple normativas locales, internacionales.

iii) Obstrucción de justicia.

Tras el inicio de las investigaciones en su contra, la compañía destruyó gran parte de la evidencia que hubiese servido como material probatorio para dictar una sentencia en su contra. Por ello, tuvo que declararse culpable de este delito, y además cesar este actuar contrario a la ley. Así se logró que gran parte de los ejecutivos de la compañía en el plano local fuesen imputados con cargos criminales.

Así, se evidencia que la aplicación del modelo de responsabilidad penal corporativa, cuando ya se encuentra taxativizado, y además existe voluntad del ente acusador para su activación, se logra eficazmente perseguir a las personas naturales que dentro del organigrama hallan ayudado a que se fraguase el delito, se repara más fácilmente y de forma integral a las víctimas, y además se previene el delito, si se tiene en cuenta la noción, por demás adoptada por nuestro legislador en el código penal vigente, de la prevención general del delito como función de la pena.

PROPUESTA PARA EL MODELO COLOMBIANO

Después del abordaje teórico práctico de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el plano global y local, se pretende plantear una serie de medidas que el legislador podría tener en cuenta a la hora de reglar esta responsabilidad en el país. Algo que, sin duda, ocurrirá, aun cuando el momento en que suceda, sea impredecible.

Actualmente el conjunto de normas penales vigentes en nuestro sistema de derecho, no hacen viable la extensión de la aplicación de la responsabilidad de la persona natural a la persona jurídica, puesto que los conceptos teóricos de que parte la conformación del delito tienen como fundamento teorías clásicas del derecho penal. Así, elementos esenciales del delito, como la culpabilidad en el plano subjetivo, parten de definiciones ontológicas, es decir, filosóficas y pertenecientes al mundo del ser, de los entes corpóreos y dotados de conciencia: Las personas naturales.

Por consiguiente, una primera propuesta hacia la correcta implementación de un modelo de responsabilidad de la persona jurídica se perfecciona replanteando el alcance normativo y funcional de estos conceptos teóricos del delito. Elementos como el de la culpabilidad o incluso el concepto de acción, no deben apelar a la existencia de un comportamiento consciente o dotado de intencionalidad. Deberán apelar a el cumplimiento de los deberes positivos y negativos de que sea titular el ente incorpóreo en virtud de su posición dentro del mercado y su objeto social.

Por lo anterior, y en cumplimiento de la reserva legal de que gozan las normas penales, y el principio de legalidad como aquel principio garantista para los procesados, según el cual deben estar preceptuados taxativamente en la legislación: a) la conducta delictual tipificada, b) sus penas y la forma de su dosificación y c) el proceso a adelantarse con el fin de establecer la responsabilidad, deben estar preceptuados en la legislación; el Congreso de la República, deberá tramitar un proyecto de reforma de los códigos penales contenidos en la ley 599, y la ley 904.

Solo de esta manera, y con atenta nota de las consideraciones que académicos tengan por hacer al respecto en espacios propiciados por las distintas facultades de Derecho, y en las mismas Unidades Legislativas de sus promotores, podrá consagrarse la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia.

En vigencia de dicha reforma de los códigos penales, tras replantear el alcance de los elementos constitutivos del delito, podrá recurrirse idealmente a un modelo de autorresponsabilidad, bajo el cual la persona jurídica podrá ser imputada directamente. Así, deberán tenerse en cuenta nociones como el de las acciones complejas, y la voluntad compartida.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, bajo nuestra propuesta, se constituiría como el pilar del sistema de prevención del delito en Colombia, apelando a la noción de la prevención general del delito como una de las funciones primordiales de la pena.

Además, la promoción del compliance como una carga imperativa de toda persona jurídica, se constituiría como una garantía para los entes incorpóreos, y sus accionistas. A su vez, permitiría que hubiese un sistema bipartito de prevención del delito, que, articulado de forma correcta, constituiría un sistema integral, que actualmente es una carga con la que cuenta la nación tras la ratificación de diversos tratados internacionales de prevención delictual en el plano corporativo.

En síntesis, lo que aquí se propone es que la nutrida discusión académica que se ha dado en las últimas décadas sobre esta responsabilidad constituya el germen para un proyecto de reforma a los códigos penales, que permita dar vía libre a la imputación de la persona jurídica. Su vinculación formal al proceso penal como parte, desde el punto de vista que aquí se defiende, constituye la verdadera existencia de un modelo de atribución de responsabilidad penal.

Esta necesidad cada vez mas evidente, requiere de la urgente acción del legislativo, no solo para dar mayores garantías a los diferentes actores del mercado, si no también para contar con un mecanismo eficaz de defensa de la persona jurídica, que hoy se defiende tras bambalinas de las sanciones que se adoptan en su contra, cuando se procesa a las personas naturales que la conforman.

CONCLUSIONES GENERALES

Tras el estudio de la responsabilidad penal de la persona jurídica, su origen como figura social y normativa, la manera en que ha ido permeando los sistemas continentales de derecho, la forma en que se aplica en los regímenes donde ya existe como figura taxativa, y sus efectos probados en el campo práctico, se considera desde este extremo de la doctrina que la discusión sobre su implementación está más vigente que nunca y que los debates académicos en torno a la instauración de esta responsabilidad constituyen la base de la creación de nuestro propio sistema taxativo de responsabilidad penal del ente colectivo.

Es el momento idóneo para hacer todo tipo de consideraciones sobre la forma en que se ha implementado en otras legislaciones, los impedimentos normativos que se deben superar para su taxatividad en nuestro sistema de responsabilidad penal, y las figuras que se pueden evitar o mejorar con respecto a otros sistemas que ya normativizaron esta responsabilidad del ente colectivo.

En todo caso, se considera que la discusión académica en términos prácticos ya no debe centrarse en la ya superada controversia de si es necesario o posible atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, ese debate ya concluyó y los teóricos del derecho ya cuentan con soluciones idóneas para hacer viable la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica. El concepto de acción y el de culpabilidad deben ser entendidos ahora como una especie de '*checklist*' de los deberes y obligaciones de que son titulares las personas en general, y su probado incumplimiento, cuando concurra

con elementos esenciales como el de la tipicidad, es el que da lugar a la fijación de responsabilidad penal.

Tal y como se afirmó a lo largo del texto, la relevancia que han adquirido los entes colectivos obliga a que se fije su responsabilidad de forma eficaz y célere. Únicamente a través de la implementación de la responsabilidad penal de la persona jurídica de forma taxativa, se logra la tutela de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

El derecho penal, como cualquiera otra de las ramas del derecho, debe ser constantemente actualizado, reformado, con el fin de adaptar el conjunto de normas que lo integran a la realidad social. Por consiguiente, tal y como sucedió cuando con el fallo blanco, un tribunal francés puso de presente la inevitable y necesaria fijación de responsabilidad del Estado, como ente incorpóreo y colegiado que había adquirido especial relevancia y a quien se habían atribuido funciones, obligaciones y deberes; la responsabilidad penal de la persona jurídica, en el corto plazo deberá ser reglada por el legislador colombiano, dada su preeminente relevancia dentro de la sociedad, las funciones, obligaciones y deberes de que es titular actualmente por los distintos roles que desempeña en la sociedad y las diversas y cada vez más abundantes áreas económicas y transaccionales en las que hace presencia.

El escenario previamente descrito, en el que se establece que el legislador deberá taxativizar esta responsabilidad, haciendo posible que se vincule como parte a la persona jurídica dentro del proceso penal, resulta fácilmente previsible, ya que como se estudió en

el acápite de derecho comparado, en los diferentes sistemas continentales de derecho del viejo continente, la responsabilidad penal de la persona jurídica ya ha sido reglada.

Cuan lenta o rápida sea la inevitable transición del sistema penal es lo que es realmente incierto y cada vez más urgente establecer. En los acápites iniciales del texto se demostró que, en el ámbito judicial, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, no solo han avalado la responsabilidad penal de la persona jurídica, si no que desde hace dos décadas han instado al legislador para que ésta sea reglada.

Solo resta que el congreso cumpla con las funciones que le fueron atribuidas por el constituyente primario y que de ninguna forma pueden ser reemplazadas o trasladadas a otro de los poderes, nisiquiera al ejecutivo, ya que se proscribe que, en vigencia de su excepcional función legislativa, profiera códigos penales, por lo cual la participación del congreso y la voluntad para cumplir con el mandato del constituyente se hace inevitable. La taxativización del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, implica cuando menos una reforma estructural de la ley 599, nuestro código penal, y de la ley 906, nuestro código procesal.

La necesidad de implementar un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica está probada. Cada vez será más común que las diversas actividades económicas sean desarrolladas por entes incorpóreos y colegiados. Además, aunque algunas actividades económicas siguen siendo ejercidas por personas naturales no asociadas, desde la promulgación de la ley 1258 nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de que la

sociedad por acciones simplificadas, que hoy por hoy es quizás la de mayor presencia en nuestro suelo, sea constituida por una sola persona natural.

En vigencia de la citada ley, gran parte de estas personas naturales que aún participan en la escena transaccional a título propio, han ido migrando a la empresa unipersonal como forma de ejercer su actividad profesional, por los beneficios que reporta la constitución de este tipo de sociedades, verbigracia a la hora de proteger el patrimonio de los socios ante un eventual litigio, con lo cual, la fijación de la responsabilidad penal a la persona jurídica adquiere mayor relevancia día a día, en aras de cumplir con la función que el legislador le ha otorgado a la pena: prevención general del delito.

Por lo anterior, si concurren la probada necesidad de legislar en la materia y la solución doctrinal de la discusión teórica en torno a su implementación taxativa, solo resta erigir debates en torno a cuál es la mejor manera de implementarla teniendo en cuenta los postulados de la Constitución de 1991, y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es desde esta premisa y estas fuentes primarias de derecho que debe partir el debate jurídico en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica a futuro. La reforma e incluso la eventual derogatoria de los códigos penales vigentes es hoy día una necesidad a la hora de fijar esta responsabilidad de forma taxativa.

En vigencia de este avance de la discusión, los ejercicios de derecho comparado y el estudio de la casuística como el que aquí se efectuó adquieren especial preeminencia a la hora de fijar las aristas de cada uno de los sistemas, y divisar y establecer las principales

incompatibilidades y potenciales insuficiencias de los diversos sistemas de responsabilidad penal taxativa de la persona jurídica.

De esta forma adquiere relevancia el estudio de los programas de cumplimiento, ya presentes y populares en nuestra realidad corporativa, pero no obligatorios ni exigibles a la gran mayoría de las sociedades. Por lo tanto, a lo largo del texto se propuso que la responsabilidad penal de la persona jurídica, al momento de ser taxativizada en nuestro suelo, y tal y como se ha establecido en otros sistemas, contemple como circunstancia de atenuación de la pena susceptible de imposición, la probada existencia de compliance dentro del organigrama de la persona jurídica.

Así, se lograría que el compliance se robusteciese y se universalizara en nuestro plano corporativo, y la concurrencia y articulación de un sistema taxativo de responsabilidad penal de la persona jurídica con el programa de compliance, devendría en una estrategia integral de prevención del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- Adan Nieto Martin. «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal». *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance Anuario de Derecho Penal 2013-2014*, 2013.
- «Artículo web, recuperado de: <https://www.statista.com/statistics/300305/number-of-new-car-registrations-in-the-united-kingdom/>», s. f.
- Bernardo del Rosal Blasco. «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado». *Diario La Ley* 8733 (2016) (2016).
- Carlos Gomez Jara. «Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española», 2010.
- Claudia Marcela Montes Castro. «Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas». Universidad del Rosario, 2013.
- Claus Roxin. «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 15-01 (2013) (2013).
- Conexxion France. «Artículo web, “ VW faces «dieselgate» legal threat in France”», s. f. <https://bit.ly/3opio6f>.
- Congreso de la República. Ley 599, Artículo 4 (s. f.).
- . Ley 599 de 2000 Artículo 4 (2000).
- . Ley 599 de 2000, Artículo 6 (2000).
- . Ley 599 de 2000 Artículo 12 (2000).
- . Ley 1258 de 2008, Artículo 5 (2008).

———. Ley 1778 de 2016, Artículo 35 (2016).

Congreso Español. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (2010).

———. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal Español, Artículo 33. (s. f.).

Constitución Política de Colombia, Artículo 150, Numeral 10 (s. f.).

Corte Constitucional. Sentencia C 181 de 2016. (s. f.).

———. Sentencia C 320 de 1998. (s. f.).

———. Sentencia C-820/05 (s. f.).

———. Sentencia C-846 de 1999 (s. f.).

Corte Suprema de Justicia. Auto 7379. Sala de Casación Penal. Auto 7379. Magistrado ponente:

Dr. Ricardo Calvete Rangel. Bogotá D.C., (22 de febrero de 1995). (s. f.).

Diskant, Edward. «Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure». *Yale L.J.*, 2008.

DOJ, US. «DOJ, US. Comunicado Oficial», s. f. <https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-ag-agrees-plead-guilty-and-pay-43-billion-criminal-and-civil-penalties-six>.

DW. «Artículo web, “ VW tendrá que compensar a cliente por “dieselgate”», s. f.

<https://www.dw.com/es/vw-tendr%C3%A1-que-compensar-a-cliente-por-dieselgate/a-53557936>.

Francisco Bernate Ochoa. «El compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia». *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Colombia)* Vol. X. No. 20: 31--49 (2018).

———. «Las personas jurídicas frente al derecho penal: El caso colombiano». Colegio de Abogados Penalistas de Colombia, 2020.

- . «Responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Asuntos:legales*. Accedido 10 de mayo de 2021. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-2025828>.
- Gunter Jakobs. «La imputación penal de la acción y de la omisión. Traducción de Sanchez Vera, Javier.» *Universidad Externado de Colombia*, 1996.
- Javier C Amador Perilla. «Aproximación a los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas». Universidad del Rosario, 2012.
- Jose Luis de la Cuesta. «“Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”.» *Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2012.
- Juan Pablo Cavada Herrera. «Responsabilidad penal de personas jurídicas. Legislación de EEUU y países de Europa». En *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 2017.
- Juan Sebastián de Martino Carreño y Santiago Guerrero Sabogal. «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», 2018.
- Manuel Jesús Rodríguez-Puerto. «La interpretación de las normas jurídicas como problema constitucional.» *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica* 27 Núm 2 (2018) (2018). <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.2.1>.
- Marco Frigessi di Rattalma. «The dieselgate: A Legal perspective.», 2017.
- Motor Pasión. «Artículo web, “ Volkswagen podría ser condenado a pagar en Francia una multa de casi 20.000 millones de euros.”», s. f. <https://bit.ly/3hmEK70>.

New York Times. «Artículo web: “VW Diesel Emissions scandal explained.”», s. f.

<https://www.nytimes.com/interactive/2015/business/international/vw-diesel-emissions-scandal-explained.html>.

OCDE. «Comunicado de la OCDE, Artículo web, recuperado de : [www.oecd.org/newsroom/la-ocde-global-da-la-bienvenida-a-colombia-como-su-37o-](http://www.oecd.org/newsroom/la-ocde-global-da-la-bienvenida-a-colombia-como-su-37o-miembro.htm#:~:text=28%2F04%2F2020%20%2D%20El,sus%2060%20a%C3%B1os%20de%20historia.&text=Los%20pa%C3%ADses%20miembros%20de%20la,Organizaci%C3%B3n%20en%20mayo%20de%202018.)

[miembro.htm#:~:text=28%2F04%2F2020%20%2D%20El,sus%2060%20a%C3%B1os%20de%20historia.&text=Los%20pa%C3%ADses%20miembros%20de%20la,Organizaci%C3%B3n%20en%20mayo%20de%202018.](http://www.oecd.org/newsroom/la-ocde-global-da-la-bienvenida-a-colombia-como-su-37o-miembro.htm#:~:text=28%2F04%2F2020%20%2D%20El,sus%2060%20a%C3%B1os%20de%20historia.&text=Los%20pa%C3%ADses%20miembros%20de%20la,Organizaci%C3%B3n%20en%20mayo%20de%202018.)», s. f.

«Organización Internacional del trabajo, Artículo web.», s. f.

http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=30413&p_country=FRA&p_count=6725.

Parliament of the United Kingdom. Bribery Act, Artículo 7 (2010).

———. UK Public General Acts: Interpretation Act 1978 (1978).

Rafael Chanjan Documet. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un olvido o reinterpretación de los principios del Derecho Penal?» *XVIII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal.*, 2017.

Real Academia de la lengua española. «Definición de la Real Academia de la lengua a la palabra consultada: Conducta.», s. f. <https://dle.rae.es/conducta?m=form>.

———. «Definición de la Real Academia de la lengua a la palabra consultada: Objetivo. <https://dle.rae.es/objetivo>», s. f. <https://dle.rae.es/objetivo>.

Sánchez de Lamadrid, Rocío. «“La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. Posibles mejoras del modelo español.”», 2018.

Schünemann, Bernd. «Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas.», 2003.

«Strafgesetzbuch Deutsche, recuperado de: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>», s. f.

Urbano Martínez, José Joaquín, ed. *Lecciones de derecho penal: parte general*. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2011.

VW Italia. «Comunicado Oficial, recuperado de Comunicado Oficial, recuperado de: <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2016/8/alias-8372>», s. f.

Yesid Reyes Alvarado. «“La responsabilidad penal de las personas jurídicas” Revista General de Derecho Penal Volumen No. 11 (2009), pg. 1-18», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 11 (2009).