

¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?

La experiencia colombiana

Diego Araque

(Colombia)

I. Introducción: Una propuesta de ley

Mediante el Proyecto de Ley 117 de 2018, publicado en la Gaceta del Congreso nro. 631 de 31 de agosto de dicho año, se procuró por la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso colombiano. Mediante dicho Proyecto, presentado por el Procurador General de la Nación y los Ministros del Interior y de Justicia y del Derecho, “por el cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones”, según su artículo 21, se adicionaría el Libro I del Código Penal colombiano expedido en el año 2000 con un Título V, dedicado precisamente al tema de la responsabilidad penal en cuestión.

Dicha responsabilidad aplicaría, según el mencionado Proyecto, a las personas jurídicas de derecho privado en relación con conductas delictivas contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, la financiación del terrorismo y grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de delincuencia organizada y todas aquellas conductas delictivas que afecten el patrimonio económico.

Según el mencionado Proyecto, en aquellos aspectos que sean compatibles, la responsabilidad penal se determinaría conforme a los principios y reglas generales del Derecho penal y conforme a lo normado de manera especial en el correspondiente Proyecto de ley, según el cual, por cierto, la responsabilidad antes mencionada se aplicaría en aquellos casos en los cuales el delito fuere cometido en interés o en provecho de la persona jurídica como tal y ello hubiese sido llevado a cabo por sus representantes legales, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión, con la condición de que la infracción penal correspondiente hubiese sido consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte del respectivo ente colectivo.

Dicha responsabilidad, según se señaló en el Proyecto del que se viene hablando, sería autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural individualmente considerada.

La propuesta sin embargo fue denegada por el legislativo, disponiéndose su archivo con fundamento en lo normado en el artículo 162 de la Constitución, no sin antes haber sido objeto de una ponencia negativa según se puede apreciar en la Gaceta del Congreso nro. 1024 de 26 de noviembre de 2018, misma que en honor a la verdad pasó de soslayo en relación con el tema que aquí ocupa nuestra atención.

Si bien el mencionado proyecto, como se viene de precisar, se hundió durante su respectivo trámite, es del caso someter a análisis dicha propuesta para efectos de su discusión académica, a lo cual precisamente se procederá en esta oportunidad a efectos de estimar la conveniencia o no de una apuesta en dicho sentido a futuro, misma que muy seguramente se volverá a realizar.

En consecuencia, la presente contribución está orientada a ambientar el debate político criminal que durante los últimos tiempos ha surgido con ocasión de la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. Mi hipótesis, desde ya, apunta a que la pena, contrario a lo que se afirmó en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 117 de 2018, examinada bajo la óptica de la responsabilidad penal de los entes colectivos, no puede cumplir ninguno de los fines que tradicionalmente se le han solido atribuir.

En su lugar, se pondrá que existen otros mecanismos a través de los cuales se puede prevenir la incursión de las personas jurídicas en hechos considerados como delictivos, concretamente, los programas de buen gobierno corporativo.

Al desarrollo pues de lo anterior se procede a continuación.

II. Consideraciones previas: sobre los fines de la pena estatal

El debate moderno en relación con el fin de la pena parece que se suscita entre las posturas preventivas que algún tipo de utilidad le asignan al castigo criminal entendido como un medio o instrumento configurador de la conducta o del comportamiento de los individuos en sociedad (teorías utilitarista de la pena). Desde luego, sin dejar de lado las llamadas teorías de la unión.

Es verdad que el castigo, hoy como ayer, está anclado en la idea del mal cometido. En nuestra materia, el mal se concreta en la realización culpable de un injusto. De hecho, se sostiene que la gravedad de ambos (el injusto y la culpabilidad) orienta y a su vez limita el problema de la cantidad de pena. Esto opera, según mi opinión, tanto en el momento de la creación de la norma por parte del legislador (fase legislativa) como en el instante mismo de su aplicación que corresponde desde luego al juez penal (fase de aplicación). Aquí rige en cierta medida el principio de proporcionalidad, tanto en sentido amplio como en sentido estricto. Para el legislador, desde el enfoque del *merecimiento* del castigo, examinado a la luz de la idea de protección de bienes jurídicos bajo la óptica de los referentes de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, criterios que de alguna manera deben orientar la racionalidad de las leyes en materia penal y que a su vez son desarrollo del principio político criminal de *última ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad)¹. Para el juez, desde su postura orientada a la realización del valor de Justicia en la aplicación del Derecho y la solución de los conflictos sometidos a su consideración, labor que está igualmente orientada y regulada por criterios que están relacionados con la problemática de la individualización de la pena en cada una de las respectivas legislaciones.

No obstante lo anterior, las teorías absolutas o retributivas de la pena, por sí solas, ciertamente se encuentran en retirada. Por lo menos en sus versiones originales y extremas, al mejor estilo kantiano que las concibió como la expiación de un mal desde una concepción de imperativo ético o moral². Desde luego, perduran autores que consideran lo contrario, no siendo esta sin embargo la postura que hoy por hoy jalona la discusión.

El debate se concentra entonces en las posturas relativas que entienden que la pena es un simple instrumento para el logro de la Paz social y no un fin en sí mismo. Esto nos ubica frente a las llamadas teorías de la prevención. Hace ya bastante tiempo que A. V. Feuerbach introdujo su tesis de la llamada coacción psicológica de la pena³. Postura que desde entonces

¹ En palabras de Mir Puig, "... se hacía referencia no sólo al principio penal de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino a un principio más general de rango constitucional que debe limitar toda actuación estatal que afecte a algún derecho fundamental. Tal principio había sido especialmente desarrollado por la doctrina constitucional alemana y por el Tribunal Constitucional alemán incluyendo en él tres subprincipios: el de *idoneidad* de la intervención estatal para conseguir su finalidad, el de *necesidad* de dicha intervención para tal fin y el de *proporcionalidad en sentido estricto* entre el coste de la intervención en términos de afectación de derechos y el beneficio representado por el fin a obtener... Las exigencias de idoneidad y necesidad incluyen directamente los principios de *necesidad* de pena para la protección de bienes jurídicos, *subsidiariedad*, *ultima ratio*, *fragmentariedad* e *intervención mínima*. El tercer subprincipio, de proporcionalidad en sentido estricto, tiene relación con la exigencia de proporción entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena". Cfr., Mir Puig, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*. México: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 68 y 76.

² Kant, I. *Metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 166.

³ Feuerbach, Anselm V. *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, pp. 58 y ss.

parece haber llegado para quedarse. En algunos tiempos de forma más superlativa que en otros. Según Feuerbach el Derecho penal es un mecanismo de coacción física que responde con la imposición del castigo frente a la comisión del delito. Sin embargo, no basta con este tipo de coacción. Pues es necesario que el Derecho penal se anticipe para no llegar demasiado tarde, como en efecto no pocas veces sucede. La manera de anticiparse se expresa en la amenaza del castigo. Para decirlo de manera bastante burda, así como el amo amenaza con el palo a su perro, el Derecho penal hace lo propio frente al individuo con el mal del castigo. De esta manera la pena estatal –la amenaza de su imposición- procura orientar la conducta de los hombres en sociedad en pos de que estos se abstengan de incurrir en comportamientos considerados como merecedores de represión penal.

El Derecho penal desde siempre ha sido visto como una herramienta de control social. O quizá mejor, como diría un egregio autor colombiano, es algo así como un control controlado⁴. Su misión, por un lado, radica en la protección de bienes jurídicos, o de la estabilidad normativa según unos cuantos. Pero sea lo uno u otro, solo los bienes jurídicos o la estabilidad de la norma se pueden ver afectados por el hombre. O por lo menos solo esto es lo que en verdad le debe interesar al Derecho penal como mecanismo de control social. Desde la propuesta de Feuerbach el Derecho penal se anticipa para determinar el comportamiento de los hombres y evitar de esta forma el mal del delito, propuesta que, más allá de las críticas, unas más fundadas que otras⁵, me parece plenamente razonable de cara a explicar y fundamentar el mal del castigo y, con ello, una concepción de teoría del delito de orientación marcadamente antropológica. En esto entonces considero que le asiste razón a autores como Schünemann cuando en épocas más recientes señalan que “A todos los intentos modernos de ‘domesticar’, con la finalidad de oponer venganza y retribución, en cierta medida, solo a través del lenguaje, les queda el hecho de que la institución del Derecho penal sólo puede ser justificada por el fin de la prevención del delito. Más exactamente, mediante el modelo de Feuerbach de la prevención general intimidatoria, que al mismo tiempo alcanza como única concepción preventiva más allá de una fundamentación puramente utilitarista y tiende el puente a una legitimación deontológica frente al afectado. En efecto, la amenaza de pena representa una advertencia al destinatario de la norma para que no cometa delitos, con lo que se supone necesaria la capacidad del destinatario de motivarse por ello y desistir de la comisión. De acuerdo con ello, el mal de la pena se aplica, en palabras de Feuerbach, para que la amenaza no sea desenmascarada como un vacío. En consecuencia, supone la evitabilidad individual de la comisión por el autor. Y justamente ahí reside la legitimación de la aplicación de la pena al autor. En efecto, un hecho que está prohibido y al mismo tiempo

⁴ Fernández Carrasquilla, Juan. *Concepto y límites del Derecho penal*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 2014, p. 53.

⁵ Sobre las críticas a esta postura, véase, Araque, Diego. *Derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*. 2ª ed. Bogotá: Ibáñez, 2018, pp. 36-39.

es evitable individualmente por el autor, fundamenta un reproche personal contra éste y, así, su culpabilidad”⁶.

Otros autores se interesan más por el llamado reforzamiento de la vigencia de la norma. G. Jakobs es el adalid de lejos de esta otra posición. La persona es concebida desde este lado como un centro de imputación y no como un centro anímico o espiritual. La persona, por este otro camino, es sujeto de derechos y obligaciones. Como portador de un rol, persona es quien se comporta en sociedad como tal. Quien, por el contrario, no se comporta de manera permanente como tal y se sustrae a las bases que nos permiten predecir el comportamiento humano, no puede ser tratado como persona y simplemente se convierte en un enemigo de la sociedad. De allí que para Jakobs existan dos modelos de Derecho penal y dos fines de la Pena. Un Derecho penal de ciudadanos y un derecho penal de enemigos⁷. En aquel, que es el que aquí me interesa, la persona cumple un rol social. A veces el rol surge de la forma como se configura el mundo con los demás. Otras surge del cumplimiento de cierto tipo de deberes de origen institucional. Sea lo uno o lo otro, lo cierto es que el incumplimiento de ese rol social defrauda o quebranta la expectativa normativa, siendo éste el verdadero y único interés que en verdad le preocupa al Derecho penal. De lo anterior se sigue que la pena es la respuesta normativa por cuyo intermedio se alcanza el restablecimiento de la norma quebrantada y se confirma por esta vía su estabilidad. El Derecho es un instrumento de comunicación y la pena comunica que el incumplimiento del rol no tiene ningún tipo de validez⁸.

Por mi parte no puedo concebir un Derecho penal que no se oriente por una concepción antropológica. Después de todo la pena recae sobre hombres de carne y hueso, más allá de lo que con ella se quiera eufemísticamente comunicar. El punto de vista antropocéntrico es plenamente respetado por la tesis de la coacción física y psicológica. Kant sostuvo que esta posición afecta el principio de dignidad ya que el sujeto se ve expuesto como ejemplo frente a los demás. Esto ciertamente se condice en la praxis judicial con las llamadas penas ejemplarizantes, problema que, no obstante, no es culpa de la tesis psicológica que ve en la pena la amenaza de un mal sino más bien de los malos tiempos que siempre han existido para el Derecho penal. En mi sentir, el efecto de intimidación es algo que le compete en rigor al legislador. Con lo cual, por tanto, nada tiene que ver con el momento de la aplicación del castigo criminal. Más bien, como lo ha puesto de presente Roxin, en este otro momento los fines de la pena responden a otro tipo de necesidades. Concretamente, los referentes a examinar en este caso vienen dados, aquí sí, por la gravedad del injusto y en especial por el

⁶ Schünemann, Bernd. *¿Puede una pena ser justa?*. Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2017, p. 392.

⁷ Jakobs, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. Estudios de Derecho penal. Madrid: Civitas, 1997 pp. 293-324.

⁸ Jakobs, Günther. *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 56.

grado de culpabilidad⁹. De donde se sigue que tampoco es de recibo la crítica que apunta a que la teoría psicológica de la pena incurre en un Derecho penal máximo y supremamente drástico, sin ningún tipo de límites o controles. Esto desde luego no estaría permitido dentro de un modelo de Estado de Derecho, menos todavía si se orienta por el principio de dignidad. Por lo demás, no estoy seguro si se trata de un simple acto de fe. Pero a mi juicio la pena efectivamente intimida. Quizá no a todos. Es cierto. Pero sí a un número suficiente de sus destinatarios. A favor de esto último creo que habla la lógica de la llamada justicia negociada, empíricamente verificable por lo demás.

III. El Proyecto de ley: ¿Puede la pena cumplir alguna finalidad en el caso de las personas jurídicas?

Ahora bien, ¿es posible que la pena cumpla esta finalidad en el caso de personas jurídicas? El legislador colombiano, por intermedio de la Ley 1778 de 2016, estableció un modelo de responsabilidad *administrativa* para las personas jurídicas en relación con hechos de soborno transnacional, con lo cual, por tanto, la responsabilidad sancionatoria recae sobre el ente colectivo como tal. En efecto, esta ley, “por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”, consagró como infracción administrativa de las personas jurídicas con domicilio en nuestro país, en su artículo 2, el dar, ofrecer o prometer (por medio de uno o varios de sus empleados, contratistas, administradores o asociados) a un servidor público extranjero, directa o indirectamente: sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad, a cambio de que dicho servidor público extranjero realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional. Esta responsabilidad administrativa, de la cual se viene hablando, incluso se extiende a las matrices en relación con sus subordinadas cuando estas lleven a cabo la infracción anteriormente referida con el consentimiento o la tolerancia de aquella. Lo mismo sucede en relación con sucursales de sociedades que operen en el exterior, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades en que el Estado tenga participación y sociedades de economía mixta.

Así vistas las cosas, se trata entonces de una responsabilidad administrativa de tipo sancionatorio que recae sobre la persona jurídica cuando son cometidos hechos de soborno transnacional por intermedio de uno o varios de sus empleados, contratistas, administradores o asociados; conducta que, a su vez, está forzosamente tipificada entre los delitos contra la

⁹ Roxin, Claus. *Sentido y límites de la pena estatal*. Problemas básicos del Derecho penal. Madrid: Reus, 1976, pp. 24-31.

administración pública del Código Penal colombiano¹⁰, artículo 433, mismo que precisamente fue modificado por el artículo 30 de la Ley 1778 de 2016, en el cual, desde luego, incurre la persona física que lleve a cabo la conducta o el comportamiento objeto del respectivo reproche, quien, según se concluyó con anterioridad, sí puede perfectamente orientarse conforme al llamado normativo, de acuerdo a la amenaza que dirige el legislador por intermedio de la sanción penal que se establece para este tipo de supuestos. O acaso, ¿quién, sino es ésta, la persona física propiamente dicha, comprende en este tipo de eventos el llamado de la norma? ¿Quién, sino es el empleado, contratista, administrador o asociado, puede orientar su conducta conforme a la amenaza de la imposición del mal respectivo? En mi concepto, la persona jurídica en sí misma no está por obvias razones en condiciones de comprender lo uno y menos todavía de orientarse en el tráfico jurídico conforme a lo segundo. Tanto lo uno como lo otro sólo pueden ser concebidos frente a los individuos que, con capacidad de comprensión y libertad de voluntad, de una u otra forma se enlazan a la existencia de la persona jurídica entendida como una construcción de carácter legal.

H. Frister ha estimado recientemente que la pena tiene como finalidad conjurar la contradicción a la norma que sobreviene como derivación de la realización de una conducta delictiva. La imposición de la pena estatal, a su juicio, está enfocada a mantener el reconocimiento de la norma que se ha visto afectada como referente de valor para el comportamiento y la respectiva expectativa normativa¹¹. Por cierto, no muy lejos de esta fundamentación pareció estar el Proyecto de Ley 117 de 2018 objeto de nuestro análisis, el cual, en su exposición de motivos, señaló sobre este aspecto en particular que “... la sanción penal, a diferencia de las sanciones administrativas, tiene un especial componente comunicativo, al expresar la máxima censura social por comportamientos que han lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos de mayor trascendencia social. En efecto, sólo las sanciones penales contienen el elemento aflictivo necesario para lograr restablecer la confianza de la comunidad en la vigencia de la norma, es decir, sólo las sanciones penales comportan, además de la privación o suspensión de un derecho, la censura social indispensables para confirmar la vigencia de las prohibiciones y mandatos de mayor trascendencia para la comunidad, que no son otros que los recogidos en los correspondientes tipos penales”¹². No obstante lo anterior, en relación con las personas jurídicas, Frister descarta expresamente esta finalidad. Pues, como acertadamente lo expone, “una explicación de esa índole de la sanción a las empresas fracasa ya en razón de que éstas, si bien, dadas ciertas circunstancias, tienen una personalidad jurídica, no tienen una *psiquis*”¹³. Ni siquiera acepta esta tesis bajo la posibilidad de que la sanción de la persona jurídica es una buena

¹⁰ Sobre la discusión que compete al bien jurídico que es objeto de protección en este delito, véase Álvarez Álvarez, Juan Carlos/Escobar Osorio, Ricardo. *El delito de soborno trasnacional del artículo 433 del código penal colombiano. Antecedentes y bien jurídico protegido*. Derecho penal contemporáneo nro. 56. Bogotá: Legis, 2016.

¹¹ Frister, Hellmut. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2018, pp. 22-28. En similar sentido, en *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2017, pp. 68-71.

¹² Véase, *Gaceta del Congreso nro. 631*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2018, p. 19.

¹³ Frister, Hellmut. *Responsabilidad penal...*, p. 29.

razón adicional para el mantenimiento de la idea valorativa de las personas naturales que la componen, en cuyo caso se requeriría una doble función de comunicación: una para las personas naturales y otra para las personas jurídicas. Pero esto último no es factible toda vez que, una vez más de forma correcta, señala que la persona jurídica como tal no tiene “voz propia” en el respectivo proceso de comunicación¹⁴: “Dado que las empresas, con prescindencia de una forma de hablar que, por cierto, uno encuentra muchas veces, pero que sólo es entendible metafóricamente, no tienen una psiquis propia, tampoco se pueden explicar aquellas acciones jurídicamente imputables a la empresa, como expresión de una idea valorativa originaria de la empresa”¹⁵.

Sin embargo, y pese a lo anterior, lo cual comparto plenamente, Frister termina señalando que en el caso de las personas jurídicas la pena cumple una finalidad de efecto colateral intimidatorio consistente en algo así como afectar o disminuir el atractivo económico de cometer delitos en el ejercicio de su respectiva función u objeto social, aspecto este que en su criterio habrá de ser tenido en cuenta en la respectiva toma de decisión y que a su vez estará orientada por una institución económica como lo es la relación de costo y beneficio¹⁶. Empero, por la misma razón que aduce Frister para abjurar de la teoría de la prevención general positiva en el caso de las personas jurídicas (y que en mi criterio aplica a título de crítica a lo afirmado en el Proyecto de Ley 117 de 2018 que motiva el presente estudio), considero que tampoco es posible que la pena estatal cumpla en este tipo de casos una función de “intimidación económica de tipo colateral”. En efecto, si las personas jurídicas, como él mismo lo reconoce, carecen de una psiquis a efectos de mantener el reconocimiento de la norma y, con ello, la expresión de una idea valorativa, por esta misma razón, repito, no es posible que la pena criminal cumpla una función de intimidación económica basada en la relación de costo y beneficio, pues, como él mismo también lo termina reconociendo, la toma de decisiones en últimas no está a cargo de la corporación como tal sino de aquellos individuos que componen su órgano de representación.

Por esto estimo que el legislador patrio, al expedir la Ley 1778 de 2016 (responsabilidad *administrativa* de las personas jurídicas), acertó al seguir anclado al principio político criminal de responsabilidad individual o subjetiva por el hecho cometido, el cual se puede sostener y afirmar solamente en relación con las personas físicas; de donde se sigue que en materia penal las personas jurídicas no son objeto de ningún tipo de responsabilidad; opción política criminal que considero acertada de cara a la discusión que se suscita a propósito de este específico aspecto en particular.

IV. El debate político criminal: ¿Es el Derecho penal la única opción?

¹⁴ Frister, Hellmut, *Op. Cit.*, pp. 30-31.

¹⁵ Frister, Hellmut, *Op. Cit.*, pp. 32.

¹⁶ Frister, Hellmuth, *Op. Cit.*, pp. 33-37.

Hoy por hoy, según se señala, un modelo de Derecho penal debe estar en condiciones de responder frente a los desafíos de un nuevo tipo de sociedad (la sociedad del riesgo, de cuyos perfiles y contornos nos ha dado buena cuenta el sociólogo alemán U. Beck¹⁷). Se afirma entonces que el Derecho penal de garantías, del cual ya me he ocupado en otros escenarios¹⁸, fue desarrollado para otras épocas y para otras necesidades muy distintas a las que existen en la actualidad. Por este camino, se reclama por consiguiente un nuevo tipo de Derecho penal, el cual, en este orden de ideas, debe estar en condiciones de responder a los tiempos y a las necesidades actuales, de donde se reclama entonces un Derecho penal mucho más moderno¹⁹. Esta modernización, en términos generales, consiste en la flexibilización de las garantías sustanciales, procesales e, incluso, probatorias, que por lo menos sobre el papel nos dejó la época de la ilustración. Así lo imponen los actuales riesgos industriales, los riesgos tecnológicos, los avances científicos y, en general, el nuevo escenario de la sociedad del riesgo, en el cual el Derecho penal de garantías sería una herramienta completamente inidónea para enfrentar estos nuevos desafíos. La criminalidad de la sociedad del riesgo es otra bien distinta. Es la criminalidad de los contactos anónimos que surgen de las relaciones de un mundo completamente globalizado, el manejo de plantas nucleares, energía atómica, manipulación genética, atentados contra el ecosistema, fraudes en mercados de valores, etc. Han pasado entonces los tiempos del llamado Derecho penal liberal. En este orden de ideas, antes que un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, sean estos personales o de tipo colectivo y en función del individuo, lo que se requiere es un Derecho penal que procure por la regulación de todo tipo de riesgos para la vida en sociedad. Por este camino se ha pasado de forma expresa de un Derecho penal de lesión de bienes jurídicos a un Derecho penal de riesgos jurídicamente desaprobados cuya realización en el resultado se imputa objetivamente al autor a partir de unas reglas o criterios valorativos o de pura interpretación, sumado ello al simple hecho de su representación por parte del autor, no requiriéndose por consiguiente del componente de la voluntad o del querer a nivel de la imputación subjetiva del hecho²⁰.

Dentro de los nuevos desafíos y retos que en la actualidad se le plantean al Derecho penal, y en lo que nos interesa para efectos del presente trabajo, se afirma que en los días que corren se ha instalado a nivel mundial un tipo de delincuencia organizada, muchas veces de carácter

¹⁷ Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Buenos Aires-México, Paidós, 2006.

¹⁸ Araque, Diego. *El estado actual de la política criminal*. Política criminal mediática. Populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal. Bogotá: Ibáñez-Universidad Nacional de Colombia, 2018, pp. 97-117.

¹⁹ Silva Sanchez, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F., 2006.

²⁰ Al efecto, es bastante sabido el apogeo que durante los últimos años han alcanzado las teorías de la imputación objetiva y del dolo eventual, esta última como prototipo de la imputación subjetiva del resultado al autor. Cfr., por todos, Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 342-403 y 414-456. Sobre las modernas concepciones del dolo, véase Puppe, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al P. 15 del Código Penal alemán*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

transnacional y mucho más poderosa que los mismos Estados, de suerte que el principio de soberanía nacional es colocado en entredicho frente a este nuevo poder del orden mundial. De este tipo de delincuencia hace parte –entre otros- el Derecho penal de la empresa o el Derecho penal económico²¹, el cual estaría relacionado principalmente con los delitos de una economía global y que son cometidos por sujetos poderosos, mismos que justamente se llevan a cabo por intermedio de personas o entes de naturaleza colectiva. En consecuencia, para hacer frente a este nuevo tipo de criminalidad, que como se viene de ver surge del ámbito empresarial y del alcance global de la economía, se sostiene que se hacen necesarios nuevos tipos penales para reprimir cierto tipo de conductas o de comportamientos llevados a cabo con ocasión o en relación con el ámbito empresarial y, entre otros aspectos, que regule las relaciones entre éste y los propios Estados a efectos de combatir la corrupción que a este tipo de nivel se aprecia en el concierto o en el ámbito internacional.

Así, y sólo a título de ilustración, de entre los muchos instrumentos internacionales que se han ocupado del tema, se tiene que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003 consagró en su artículo 16 el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, señalando que “Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales”.

En consecuencia, la criminalidad de los tiempos actuales, en este orden de estimaciones, ciertamente es otra bastante distinta si se compara con la de tiempos pasados, como en efecto se puede advertir con meridiana claridad con el anterior ejemplo traído a propósito del tema que ocupa nuestra atención, en el cual ciertamente se puede observar que en tiempos mucho más modernos ha sido una constante la preocupación de la comunidad mundial por la criminalización de los llamados actos de corrupción en el sector privado²² e, incluso, en el ámbito internacional. Ciertamente, en esto asiste la razón a la corriente que procura por la modernización del Derecho penal.

²¹ Pionero sobre el particular, Tiedemann, Klaus. *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. En Colombia, sobre el sentido y el alcance de estos conceptos, puede verse a Echavarría Ramírez, Ricardo. *Concepto de Derecho penal económico. A propósito del Título X del Código penal colombiano*. Temas de Derecho penal económico y patrimonial. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2018, pp. 127-155.

²² Véase, al respecto, Schünemann, Bernd. *El castigo de la corrupción privada según el derecho penal vigente y futuro*. Araque, Diego (Coord.). Estudios de Derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla Medellín: Universidad de Medellín, 2012, pp. 1237-1254.

Lo anterior no significa sin embargo que se esté de acuerdo con extender este tipo de responsabilidad penal a las personas jurídicas, entes colectivos o sociedades a cuyo nombre fue cometido el respectivo ilícito. En esto sigo sosteniendo que debe seguir rigiendo el principio que señala que las personas jurídicas en sí mismas, en su condición de tal, no pueden ser objeto de responsabilidad penal, independientemente de la responsabilidad que de esta misma naturaleza se le pueda atribuir a sus directivos, representantes, miembros de órgano de control, etc. que por intermedio de aquella hayan incurrido en algún tipo de infracción a la ley penal, en el caso de nuestro ejemplo, a través de la aplicación del artículo 433 del Código Penal colombiano.

En esto considero que el Derecho penal colombiano, por lo menos al día de hoy, de forma bastante acertada, sigue la opción de países como Alemania²³ e Italia²⁴ en los cuales todavía rige el principio de no responsabilidad penal de las personas jurídicas, en sentido opuesto a lo que se propone por la corriente de la llamada modernización del Derecho penal, sector desde el cual, por el contrario, se considera que se hacen indispensables unas nuevas reglas que justamente arropen desde el punto de vista de las sanciones penales a los entes colectivos que –entre otros- participan en este tipo de ilícitos, dejando de lado la discusión de si dichas sanciones son concurrentes (modelo de responsabilidad por el hecho por conexión o por transferencia) o excluyentes con la responsabilidad penal de sus directivos (modelo de responsabilidad por el hecho propio cometido)²⁵. En el primer caso se habla de una responsabilidad penal de las personas jurídicas que en principio ha de establecerse en las personas naturales que con capacidad directiva llevan a cabo la conducta o el comportamiento delictivo, en relación con las cuales se hace menester establecer todos y cada uno de los presupuestos de imputación de responsabilidad penal clásicamente conocidos, esto es: la realización de un comportamiento humano que cumpla con los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Como asimismo ya lo resalté, es a éstas –a las personas físicas- a quienes en principio está dirigido el llamado de la norma y con ello la condigna amenaza de la imposición de la sanción penal. A partir de aquí, esto es, una vez establecida la responsabilidad individual dentro de la lógica de las reglas tradicionales a las que he hecho referencia con anterioridad, la responsabilidad penal se transfiere (¡) al ente colectivo, habida cuenta la calidad de las personas que obraron en su nombre y representación. La manera

²³ En Alemania, en efecto, existe la llamada Ley sobre contravenciones (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*), la cual, en su parágrafo 30, consagra el tema de las infracciones y sanciones administrativas para las personas jurídicas, si bien es cierto que durante los últimos años han existido intentos para introducir la responsabilidad penal en este tipo de casos. Así por ejemplo, en el año 2013 se presentó un proyecto de Código Penal para Asociaciones por parte del Gobierno de Renania del Norte Westfalia (el mismo se puede consultar en www.justiz.nrw.de). De otro lado, en el año 2018, el Grupo de Investigación del Derecho Penal para Asociaciones de la Universidad de Köln presentó asimismo un proyecto orientado a introducir la sanción penal para este tipo de entes colectivos (Proyecto de Colonia de una Ley de Sanciones a Asociaciones).

²⁴ En Italia, por su parte, rige el decreto de responsabilidad administrativa de las sociedades y los entes colectivos (Decreto legislativo 231 de 2001).

²⁵ Silva Sánchez, Jesús-María. *La evolución ideológica de la discusión sobre la 'responsabilidad penal' de las personas jurídicas*. Derecho penal y criminología nro. 86-87. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 129 y ss.

como se transferiría dicha responsabilidad de la persona natural a la persona jurídica no queda muy clara y es un asunto que todavía está por desarrollarse. O por lo menos no de cara a los principios clásicos que orientan el sistema de responsabilidad penal, en especial la llamada responsabilidad individual o personal que rige categóricamente en este tipo de casos. En el segundo modelo ensayado, esto es, la responsabilidad por el hecho propio, no se hace menester establecer ningún tipo de responsabilidad penal en relación con las personas naturales, siendo primordial determinar dicho aspecto con respecto a la persona jurídica propiamente considerada, no obstante las dificultades de atribuir a estas la realización de una conducta y de una culpabilidad penal, razón por la cual se acude a unos criterios de imputación completamente distintos a los tradicionalmente establecidos: la persona jurídica como centro de imputación con capacidad de defraudar expectativas normativas²⁶, “la capacidad para crear riesgos jurídicamente desaprobados”²⁷, el defecto empresarial por organización, la actitud criminal de la agrupación como tal, etc. Es decir, desde esta otra perspectiva se procura primordialmente por la creación de una sistemática del delito propia para las personas jurídicas. Obviamente, diferente y con unas reglas distintas a las que se han venido consolidando en materia de responsabilidad penal de las personas naturales. Estos modelos, sin embargo, como se viene de manifestar, por lo menos frente al caso colombiano, y al día de hoy, son más que todo propuestas de *lege ferenda*. Por este camino entonces, la propuesta en mención (Proyecto de Ley 117 de 2018) apuntó en cambio a seguir el recorrido político criminal de otros países que, como España²⁸, Chile²⁹, México³⁰, Ecuador³¹ y

²⁶ Reyes Alvarado, Yesid. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho penal contemporáneo nro. 25*. Bogotá: Legis, 2008, pp. 43-66.

²⁷ Proyecto de Ley 117 de 2018, *Gaceta del Congreso...*, p. 19.

²⁸ Que mediante la L.O. 5/2010 introdujo una regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis y en el artículo 33.7 un listado de penas aplicables para estos casos. Con posterioridad el legislador español, por intermedio de la L.O. 1/2015 incorporó los llamados programas de cumplimiento orientados a la exoneración completa o incompleta de aquel tipo de responsabilidad penal.

²⁹ En Chile rige la Ley No. 20.393 de 2011, la cual estableció la responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionarios públicos nacionales y extranjeros.

³⁰ En México el sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas fue implantado en principio por intermedio del Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, el cual incluyó en el Capítulo II del Título X del Libro Segundo un apartado relativo al procedimiento para personas jurídicas. Paradójicamente, con posterioridad, el 18 de diciembre de 2014, se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal las reformas sustantivas al Código Penal para el Distrito Federal en lo relativo a la responsabilidad penal para las personas jurídicas.

³¹ En Ecuador la responsabilidad penal de las personas jurídicas está expresamente regulada en el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal del año 2014, donde se señala expresamente que “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión que ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, apoderadas o apoderados, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyan en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quien actúe bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u

Argentina³², entre otros, han introducido leyes especiales para atribuir responsabilidad penal en este tipo de casos, amén desde luego del derecho anglosajón, paradigmático y pionero en este tipo de responsabilidad penal.

V. Consideración final: ¿Compliance como forma de orientar las prácticas empresariales?

Una última consideración: el artículo 23 de la Ley 1778 de 2016 expedida por el legislador colombiano (responsabilidad *administrativa* de las personas jurídicas), y a la cual me he referido con anterioridad, señala que “La superintendencia de sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia la adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos de anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y de mecanismos de prevención de las conductas señaladas en el artículo 2 de la presente ley. La superintendencia determinará las personas jurídicas sujetas a este régimen, teniendo en cuenta criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social”.

Pues bien, durante los últimos tiempos se viene hablando con bastante frecuencia del concepto de *compliance* en materia penal. Aunque el mismo, en realidad, nada tiene que ver con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que, en principio, son dos cosas completamente distintas entre sí. Una cosa es la temática del *compliance* y otro el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El concepto de *compliance* significa cumplimiento, cumplimiento de normas dentro de una corporación para lo que aquí nos interesa. Se traduce en la cultura de responsabilidad, organización y buen gobierno ético y jurídico dentro de un ente colectivo. De hecho, el cumplimiento de las normas de cultura organizacional o corporativa eventualmente evitaría cualquier tipo de responsabilidad subjetiva de tipo sancionatorio, sea de naturaleza penal o de tipo simplemente administrativo. Quien ajusta su conducta a los dictados de las normas que rigen las prácticas de una organización, de nada ha de responder en materia de derecho sancionatorio, salvo claro está los casos de responsabilidad objetiva por daños producidos que derivarían en indemnizaciones de tipo civil³³.

Esta cultura del buen gobierno corporativo, del cumplimiento de normas éticas y jurídicas, de la responsabilidad social de los entes colectivos, es una figura que viene acogándose en las distintas legislaciones de nuestros países. En rigor, no tendría porqué hacerse, pues ha de

omisiones en la comisión del delito. No hay lugar a determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica”.

³² En la Argentina la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida recientemente por intermedio de la Ley 17.401, de 27 de noviembre de 2017, aunque de forma limitada para delitos cometidos contra la administración pública y el llamado cohecho internacional, conforme a lo dispuesto en su artículo 1°.

³³ Un completo estudio sobre el tema puede verse en Arroyo Zapatero, Luis/Nieto Martín, Adán. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

sobreentenderse y de suponerse que esta es la manera de obrar en todos los casos y eventos, de una forma plenamente correcta en los distintos ámbitos del quehacer corporativo. Sin embargo, como la experiencia nos ha demostrado que esto último no es así, se viene imponiendo en las legislaciones de los distintos países un plexo de normas orientadas a disciplinar lo concerniente con el tema del cumplimiento de las normas de cultura ética empresarial.

Esta en mi sentir, y no la amenaza de la pena, es la forma correcta de orientar las prácticas en el ámbito empresarial, incluidas desde luego las transacciones de carácter internacional y con los gobiernos de otros países. A no dudarlo, es una forma de prevenir las prácticas “incorrectas” dentro de la cultura corporativa que rige en los entes de carácter colectivo. La implementación, cumplimiento, control y verificación de este tipo de normas dentro de las corporaciones marca el camino correcto de la conducta ética que debe regir en la práctica empresarial. En esto comparto parcialmente la posición de autores como Schünemann, quienes al respecto señalan que “Como medida de seguridad apropiada y legítima he propuesto hace ya dos décadas lo que he denominado curatela a la empresa, que implicaría algo así como un sistema independiente de *compliance* en la empresa, ordenado judicialmente, y que subsanaría la falta de organización, que suele mencionarse como motivo para las sanciones a la empresa, de un modo mucho más efectivo que una simple multa penal”³⁴.

De otro lado, la importancia de estos programas de ética empresarial, además de promover el cumplimiento de las normas corporativas y de responsabilidad social de las empresas, radicaría asimismo, entre otros aspectos, por lo menos en el caso colombiano, en que la existencia, ejecución y efectividad de dichos programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de una sociedad, son un aspecto o un criterio que se ha de tener en cuenta al momento de imponer las sanciones monetarias -a la persona jurídica como tal que obtuvo beneficio- por la comisión de conductas punibles de cohecho por dar u ofrecer cometidas por representantes legales o administradores en nombre de aquella. Así ciertamente se consagra en el artículo 35 de la ley de la que se viene hablando, parágrafo 1, literal a., el cual modificó el artículo 34 de la ley 1474 de 2011, mediante la cual se dictaron normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. En consecuencia, el mencionado artículo señala en su parágrafo 1 en cuestión, literal a), que “Para efectos de la graduación de las sanciones monetarias de que trata el presente artículo, se tendrá en cuenta: a) La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos de anticorrupción al interior de la sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera”.

En similar orden de ideas, el numeral 7 del artículo 7º de la Ley 1778 de 2016 establece que la adopción de dichos programas se erige asimismo en uno de los criterios a tener en cuenta

³⁴ Schünemann, Bernd. *¿Puede una pena ser justa?...* p. 393.

para efectos de la graduación de la sanción *administrativa* que se debe imponer a las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional. Textualmente la norma señala que: “Las sanciones por infracciones a la presente ley se graduarán atendiendo a los siguientes criterios: ... 7. La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley”.

Siendo así lo anterior, e iterando todo lo dicho con anterioridad: (i) no considero que los fines que tradicionalmente se le han asignado a la pena criminal tengan aplicación en el caso de las personas jurídicas; (ii) conforme a todo lo que se viene de señalar, concretamente estimo que la finalidad de prevención por intermedio de la intimidación sólo está llamada a producir efectos frente a conductas o comportamientos desplegados o dejados de llevar a cabo por los individuos; (iii) esto condiciona en mi sentir la construcción de una teoría del delito exclusiva para las personas jurídicas, por lo menos desde el enfoque tradicional de una sistemática de orientación completamente antropológica; (iv) la pena estatal, en los términos actualmente concebidos, no puede cumplir la función de orientación de una práctica de ética empresarial; y (v) en su lugar, dicha misión puede perfectamente ser satisfecha por los programas y manuales de buen gobierno corporativo, mismos que, en rigor, en principio nada tendrían que ver con la temática del Derecho penal, al igual que con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En este sentido, considero entonces que el legislador colombiano debe continuar por el camino de la responsabilidad *administrativa* de los entes colectivos y no claudicar frente a los sectores que en su lugar promueven que en este tipo de casos rija la pena criminal.