

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas de Derecho Privado en Colombia

Michael Steeven Ramírez González

Yinet Patricia Riaño Puentes

Andrés Felipe Triana Santa

Universidad Cooperativa de Colombia

Facultad de Derecho

Noviembre de 2021

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas de Derecho Privado en Colombia

Michael Steeven Ramírez González

Yinet Patricia Riaño Puentes

Andrés Felipe Triana Santa



Monografía jurídica como requisito para optar al título de Abogado

Universidad Cooperativa de Colombia

Facultad de Derecho

Dr. Wellesley Castellanos Tuay

Asesor

Villavicencio, Meta

Autoridades Académicas

Doctora MARITZA RONDÓN RANGEL

Rectora Nacional

Doctor CÉSAR AUGUSTO PÉREZ LONDOÑO

Director de Sede Villavicencio

Doctora LUZ MARINA MUÑOZ SÁNCHEZ

Decana Facultad de Derecho, Sede Villavicencio

Doctora CLAUDIA XIMENA GARZÓN ESCOBAR

Secretaria Académica, Sede Villavicencio

Doctora LAURA MERCEDES MARÍN OCHOA

Coordinadora Centro de Investigación Jurídica, Política y Social

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Villavicencio, noviembre de 2021

Dedicatoria

Dedicamos este trabajo de grado a Dios, primeramente, por brindarnos la sabiduría, conocimiento y constancia para permitirnos culminar esta etapa tan importante en nuestras vidas.

A nuestros familiares, quienes día a día nos apoyaron incondicionalmente durante nuestro proceso de formación profesional.

Los autores

Agradecimientos

De manera especial agradecemos al asesor el Dr. Wellesley Castellanos Tuay, quien a través de su conocimiento, experticia y compromiso nos orientó en la culminación de nuestro trabajo de grado.

Los autores

Tabla de contenido

Resumen	9
Introducción	11
1. Generalidades de la investigación	12
1.1. Planteamiento del problema	12
1.1.1. Pregunta de investigación.	13
1.2. Justificación	13
1.3. Objetivos	14
1.3.1. Objetivo general.	14
1.3.2. Objetivos específicos.	14
1.4. Marco referencial	14
1.4.1. Marco teórico.	14
1.4.2. Estado del arte.	17
1.4.3. Marco legal.	21
1.5. Diseño Metodológico	22
1.5.1. Tipo de estudio.	22
1.5.2. Método de investigación.	22
1.5.3. Fuentes y técnicas para la recolección de información.	22
2. Análisis de la evolución y desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado	23

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas de Derecho Privado en Colombia	8
2.1. Derecho romano clásico	24
2.2. Derecho medieval y Derecho canónico	26
2.3. En los siglos XVIII y XIX	32
3. Constructo teórico, jurídico y jurisprudencial que desarrolla el modelo de responsabilidad penal en personas jurídicas de derecho privado	36
3.1. El modelo de transferencia	36
3.2. El modelo de identificación o alter ego	38
3.3. El modelo de atribución vicarial	39
3.4. El modelo de atribución de responsabilidad por hecho propio	40
3.5. Contexto colombiano	41
4. Importancia sustancial del modelo aplicado en Colombia sobre la responsabilidad penal en personas jurídicas de derecho privado	47
Conclusiones	54
Referencias	56

Resumen

El estudio tiene por objeto describir el marco constitucional, jurídico y jurisprudencial de los fundamentos de responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia, para lo cual se llevó a cabo una investigación de enfoque cualitativo y de tipo descriptiva, acudiendo a la consulta de documentos impresos y electrónicos como principales instrumentos de investigación, abordando teorías como la doctrina *societas delinquere non potest*, el papel de *ius punendi* del estado, la antítesis entre *universitas* y *singuli*, el *Common Law* en contraste del *Civil Law*, entre otras.

Entre los resultados de mayor relevancia se encuentran el análisis de la evolución y desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado, la identificación del constructo teórico, jurídico y jurisprudencial que desarrolla el tema en estudio y la importancia del modelo aplicado en Colombia sobre la responsabilidad penal en personas jurídicas de derecho privado.

Palabras clave: responsabilidad penal, personas jurídicas, derecho privado, Colombia.

Abstract

The purpose of the study is to describe the constitutional, legal and jurisprudential framework of the foundations of the criminal responsibility model of legal persons of private law in Colombia, for which a qualitative and descriptive approach research was carried out, going to the consultation of printed and electronic documents as the main research instruments, addressing theories such as the *societas delinquere non potest* doctrine, the role of *ius punendi* of the state, the antithesis entry *universitas* and *singuli*, the *Common Law* in contrast to *Civil Law*, among others.

Among the most relevant results are the analysis of the evolution and development of criminal liability of private law legal entities, the identification of the theoretical, legal and jurisprudential construct that develops the subject under study and the importance of the model applied in Colombia on criminal liability in legal persons under private law.

All this allows that despite the fact that in Colombia there is a need, and a normative duty by international conventions, to have a regulation that regulates criminal responsibility in legal persons under private law, its approval has not been possible in the legislature.

Keywords: criminal responsibility, legal persons, private law, Colombia.

Introducción

La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema que ha sido motivo de debate en diferentes épocas de la historia de la dogmática jurídico-penal, no sólo a nivel internacional sino también en el plano nacional, siendo tres los momentos de mayor énfasis de su debate: 1) el surgimiento del fenómeno corporativo, 2) el derecho de ocupación de la postguerra mundial y 3) la protección del mercado único comunitario; en todos los casos la discusión se sitúa en la cuestión de si éstas tienen culpabilidad penal o no (García, 2005).

En el ámbito histórico se vislumbran los primeros rasgos de la responsabilidad penal colectiva, en la cual la familia respondía por los delitos cometidos por algunos de sus miembros o en casos más extremos la ciudad respondía por los delitos cometidos por algunos de sus ciudadanos, así como también se evidencia en tiempos más remotos existieron antecedentes bíblicos de responsabilidad penal colectiva (Sodoma y Gomorra).

A finales del siglo XIX entran en contexto en la dinámica penal los diferentes modelos con los cuales se buscaba atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, tales como el modelo de transferencia, de identificación, atribución vicarial y la atribución de responsabilidad por hecho propio, que en síntesis buscaron aportar de una manera más directa la forma en que se podría atribuir o no responsabilidad penal a las personas jurídicas, todo ello, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo, lugar y las personas involucradas.

La dinámica jurídica con el paso del tiempo llevó a que muchos países implementarán, modificaran o denegaran la implementación de la responsabilidad de la persona jurídica en sus ordenamientos internos; así pues, Colombia sumado a esta dinámica ha tenido diversos intentos de inclusión en su ordenamiento jurídico dicho modelo de responsabilidad penal, el cual no ha

sido bien recibido y en la actualidad no se evidencia una ley taxativa que regule este modelo de responsabilidad.

Es importante mencionar que, en el plano nacional, Sintura (2013) manifiesta la necesidad inminente de abordar la discusión dogmática sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque sería un error hacerlo de manera indiscriminada, sino limitada a figuras empresariales específicas, así como criminales, en las que la utilización de la personalidad jurídica es el método, como ocurre con el actuar en el ámbito de los negocios y la empresa.

La presente investigación se enfoca en describir el marco constitucional, jurídico y jurisprudencial de los fundamentos del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia, para aportar elementos al debate.

Línea de Investigación

Derecho penal, derecho comparado, jurisprudencia y constitución.

1. Generalidades de la investigación

1.1. Planteamiento del problema

El modelo de responsabilidad penal en persona jurídica de derecho privado en Colombia, es un tipo de esquema que quebranta todo principio establecido por los diferentes sistemas preponderantes en la teoría del delito, la persona jurídica carece de una forma corpórea, por tal razón no tiene la capacidad de alterar y vulnerar un bien jurídico tutelado.

Este modelo de responsabilidad es aplicable en otros estamentos jurídicos como: el Derecho Administrativo, Derecho Mercantil, etc., sin embargo, en el ámbito penal, no procede, pues la propia naturaleza de la responsabilidad penal se basa en los principios de la culpabilidad y la responsabilidad de las penas.

La doctrina tradicional rechaza esta posibilidad debido a que la persona jurídica carece de capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad punitiva, es decir, que estos entes colectivos no pueden realizar una acción penalmente relevante. No obstante, la responsabilidad penal de la persona jurídica de derecho privado según Zugaldia-Espinar (1997) es un sistema de lucha contra la corrupción y la criminalidad económica organizada.

Es de anotar que se han realizado varios estudios donde analizan la aplicabilidad de la responsabilidad penal en persona jurídica en países como Francia, Holanda, España, Grecia, Alemania e Italia, Brasil, España, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos (Sánchez, 2018; Donaires, 2013); además, en ámbito nacional también se analiza la posibilidad de adoptar en la legislación colombiana la responsabilidad penal de las personas jurídicas (De Martino y Guerrero, 2018; Carvajal y González, 2018), siendo orientadas las investigaciones, como varios proyectos de ley presentados (por ejemplo el proyecto de Ley No. 149 de 2020 de la Cámara de Representantes), a posibilitar este tipo de responsabilidad, no obstante, la presente investigación

va encaminada a justificar que en Colombia no es viable aprobar la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado debido a los principios y mandatos constitucionales.

1.1.1. Pregunta de investigación.

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos, jurisprudenciales o constitucionales para que, en Colombia, las personas jurídicas de derecho privado sean objeto de sanción penal?

1.2. Justificación

En el ámbito internacional la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, no solamente en el Derecho Privado sino de cualquier tipo de organización, ha venido adquiriendo cada vez mayor importancia, dada la forma como la estructura corporativa viene incidiendo en la vida social, por el crecimiento económico y social que en los últimos años han tenido diferentes empresas a nivel local, nacional e internacional.

Debido a la consolidación e importancia que han adquirido las personas jurídicas durante las últimas décadas en varios países, autores colombianos como De Martino y Guerrero (2018) y Carvajal y González (2018) han estudiado como en éste país los derechos y obligaciones de los cuales son destinatarias este tipo de personas, se les debe otorgar una categoría no únicamente económica y social, sino también jurídica, de tal forma que puedan llegar a ser sujetos de sanciones penales, ya que éstas dentro del desarrollo de su objeto social, también pueden llevar a cabo actuaciones contrarias a las diferentes normas jurídicas.

El presente trabajo se centrará en personas jurídicas de derecho privado en Colombia, dejando de lado el resto de las organizaciones, orientándose a describir el marco constitucional, jurídico y jurisprudencial de los fundamentos del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia, para discernir así la inviabilidad constitucional de su aplicación en ámbito nacional, aportando con ello al estudio del tema desde la academia.

Es de anotar que el presente estudio no fundamenta su desarrollo en el derecho comparado, sino más bien se realiza un trabajo referencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, aunque teniendo como referencia el derecho penal español. Es por ello, se propiamente, y entre otros temas, se abordan los tipos penales, aunque también se mencionan los atenuantes (si los hay), tipos de delitos que aplica, ya que este tipo de responsabilidad aplica para determinadas conductas punibles y no para todos los delitos.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general.

Describir el marco constitucional, jurídico y jurisprudencial de los fundamentos del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia.

1.3.2. Objetivos específicos.

- Analizar la evolución y desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado.
- Identificar el constructo teórico, jurídico y jurisprudencial que desarrolla el modelo de responsabilidad penal en personas jurídicas de derecho privado.
- Entender la importancia sustancial del modelo aplicado en Colombia sobre la responsabilidad penal en personas jurídicas de derecho privado.

1.4. Marco referencial

1.4.1. Marco teórico.

Una de las máximas del derecho penal es que todo delito está presidido por una acción, la cual siempre debe ser el resultado de la intervención del ser humano, o ¿Cómo se podría imputar homicidio con arma de fuego, sin un ser humano que la haya accionado?

Dentro de las diferentes características desarrolladas por las teorías del delito (sistema causalista, normativista, finalista y funcionalista) el hombre es un elemento fundamental por el

cual una acción en determinada circunstancia puede ser delito, si extrapolamos esta idea a la tan famosa alocución latina del *iter criminis*, cuanta importancia cobra aún más el ser humano, cuando este es el único mamífero con capacidad de discernimiento suficiente para idear una acción y valerse de los medios necesarios para materializar la misma. Es por tal razón que toda acción sin la intervención del hombre carece de fuerza suficiente para ser considerada delito, o por lo menos esta idea vista desde el sistema penal colombiano.

La ley 599 del 2000, actual código penal Colombiano, contempla de manera taxativa al ser humano como elemento indispensable para que una acción constituya delito, toda vez que en la parte especial de nuestro código penal contempla en la mayoría de sus delitos las premisas “el que, la que” dando un rol preponderante al ser humano como principal sujeto en la dinámica penal, bien sea como sujeto activo, es decir quien realiza la acción que según la normativa es delito y con la cual puso en riesgo un bien jurídico tutelado, o sujeto pasivo que es sobre quien recae la acción constitutiva de delito; así las cosas podría decirse que quien delinque y fuere demostrado que actuó con tal fin, deberá sufrir una pena, la cual busca unos fines (artículo 12 ley 599 de 2000).

En este sentido siempre recaerá sobre el ser humano el proceso pertinente que investigue la presunta violación de una norma en materia penal, así las cosas, tendríamos que un hombre X, realiza una acción Y, y con esa acción violenta el bien jurídico tutelado Z, causando un daño al ciudadano B, porque así lo contempla el código penal en su artículo C, ese hombre será merecedor de un proceso, el cual muy probablemente termine en una pena para el mismo. Pero que sucede si este hombre comete un delito bajo el seno de una gran compañía, bien sea por que la misma tendrá un beneficio del delito o porque este uso su nombre para realizar ciertas maniobras que le permitieran cometer el delito sin mayor obstáculo, valiéndose claro está de un evidente defecto de organización y falta de cultura del cumplimiento de la legalidad por parte

de la empresa a la que pertenece, entonces podríamos hablar de heteroresponsabilidad, una responsabilidad por el hecho ajeno; o hablamos de autorresponsabilidad, es decir, que la empresa debe cumplir con unos supuestos mínimos tendientes a evitar que en el seno de su organización pueda haber lugar a la realización de delitos, sin embargo, es claro que las personas jurídicas no delinquen al considerarse entes ficticios, por lo menos desde la definición del artículo 633 del código civil.

La doctrina *societas delinquentes non potest*, es aquella primicia latina que traduce, que las sociedades no pueden delinquir, la cual a través de la ley orgánica (LO) 05 de 2010 y la ley orgánica (LO) 1 de 2015 por las que se modificó el código penal español, permitirá entender de manera clara las razones sociales y sobre todo jurídicas que permitieron a España ponerse a la vanguardia de los demás países de la unión europea sobre la importancia que las personas jurídicas sean considerados sujetos penalmente responsables.

Así las cosas, en Colombia pese a los diferentes intentos que se han llevado a cabo en el congreso para dar importancia a este nuevo modelo de responsabilidad e incluirlo en nuestro ordenamiento jurídico, se mantiene en la firme convicción de que la persona jurídica no debe ser sujeto de responsabilidad penal, ya que existen otros mecanismos jurídicos por los cuales las personas jurídicas puedan responder, mencionando que el modelo de la responsabilidad penal en persona jurídica de derecho privado es incompatible con la dogmática de la acción y la culpabilidad, toda vez que estas carecen de cuerpo físico por el cual puedan realizar acciones tendientes a modificar la realidad física de las personas; aunque los defensores de este modelo resalten que predomina la responsabilidad por atribución (la persona jurídica debe responder por el hecho delictivo de la persona física); así el papel de *ius punendi* del estado pasa de ser directo a indirecto, razón que distribuye los costes a este nuevo sistema, desplazando desde el estado a las empresas los costes de prevención y detención del delito (Sánchez, 2014).

Hay quienes consideran que no todas las personas jurídicas deben considerarse sujetos responsables penalmente, ya que por ejemplo en lesiones de la administración a particulares por acción u omisión existe el modelo de responsabilidad civil extracontractual; entonces este modelo de responsabilidad no sería aplicable.

Si bien es cierto este nuevo sistema busca poner en la lupa a las personas jurídicas como sujetos dignos de reproche penal, también es cierto que hay delitos en los que no es admisible tal reproche, por tal motivo la responsabilidad penal en persona jurídica de derecho privado es un sistema *numerus clausus*, es decir aplica para ciertos delitos, ya que la capacidad del ente no estriba en la capacidad de matar, violar y demás, pues la responsabilidad penal se atribuye a aquellos delitos que no requieren una acción física sino mera capacidad de acción jurídica; en este orden podría considerarse este sistema como una seria lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada.

1.4.2. Estado del arte.

Sobre el tema se han realizado varias investigaciones a nivel nacional e internacional, entre las que se encuentran:

A nivel internacional, se destaca la investigación elaborada por Donaires (2013), autor peruano, quien se basó en el panorama que en los países del *common law* predominaba la regla de la responsabilidad directa de la persona jurídica; en los países del orden jurídico *européo continental* la posibilidad de sancionar directamente a la persona jurídica era rechazada a favor de la responsabilidad penal individual; considerando ello exploró las legislaciones penales en derecho comparado (en Francia, Holanda, España, Grecia, Alemania e Italia, el Sistema Inglés y el Derecho Brasileño) para hacer un análisis jurídico para identificar su aplicación en Perú. En esta investigación de enfoque cualitativo y de tipo analítico-documental, el autor llegó la conclusión que en la viabilidad jurídico penal de la responsabilidad penal de la persona jurídica,

la doctrina cada vez mayoritaria, se inclina a reconocer que las dificultades dogmáticas tradicionales para acoger plenamente la criminalidad de las agrupaciones se originan en el contenido de las nociones fundamentales de la doctrina penal: acción, culpabilidad, capacidad penal.

En esta misma línea, Sánchez (2018), al considerar que la inclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la legislación española ha supuesto una gran innovación de su ordenamiento, y que la falta de experiencia existente, se dio a la tarea de realizar un estudio orientado a comparar el sistema jurídico español con países de su entorno que tienen una mayor experiencia en este tema, con el fin extraer buenas prácticas que pudieran informar y sustanciar la mejora del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídica en el ordenamiento español. Así las cosas, realiza una investigación de enfoque cualitativo y de tipo documental, abordando el tema en países como España, Francia, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, considerando en cada sistema jurídico como abordan las personas jurídicas imputables, la responsabilidad directa e indirecta, los delitos que se le pueden imputar, las posibles condenas y los métodos de reducción de la condena, para con dicha información formular una propuestas de mejora del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en España. Entre sus conclusiones se destaca que la eliminación del principio *societas delinquere non potest* ha sido una decisión más que acertada por parte del legislador español, a pesar de la gran controversia entre la doctrina; además, el sistema español, a diferencia de lo regulado por el resto de los sistemas estudiados, ha establecido de forma expresa que el mantenimiento de un sistema de gestión del riesgo eficaz (*Compliance*) supone la exoneración o atenuación de las penas.

Un enfoque diferente es el dado por Sánchez (2017), adelantó un estudio buscando con él explicar la reforma del Código Penal de España operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, y en concreto el artículo 31 bis, el cual responsabiliza penalmente a las personas jurídicas

tanto por los delitos cometidos por la propia empresa como por no haber implantado las medidas pertinentes y necesarias de control y gestión. Para alcanzar dicho objetivo inicialmente analiza los problemas provocados por la criminalidad empresarial y la demanda de numerosos instrumentos jurídicos internacionales de cooperar y homogeneizar las legislaciones de los estados miembros con el fin de luchar contra los ilícitos penales y proteger sus intereses financieros; luego explica las novedades legislativas españolas en cuanto a la regulación penal de las personas jurídicas, así como las diferentes posturas suscitadas que defienden dos modelos de atribución de responsabilidad diferentes; posteriormente explica los cambios estructurales del artículo 31 bis Constitución Política y los efectos que pueden derivarse de esta nueva regulación, los delitos que las personas jurídicas pueden cometer y las sanciones a imponer, los diferentes modos de atribución de responsabilidad así como las circunstancias que pueden modificar su responsabilidad penal con especial atención a los programas de cumplimiento por ser una gran novedad en nuestro ordenamiento jurídico; para finalmente, exponer la primera Sentencia del Tribunal Supremo que responsabiliza penalmente a las personas jurídicas en España. En conclusión, todas las medidas implantadas en España permiten conocer el compromiso de la sociedad, por lo que si ésta quiere liberarse de responder penalmente por algún delito que haya cometido se deberá acreditar que hizo todo lo posible para impedirlo.

En el ámbito nacional Carvajal y González (2018) realizaron una investigación con el fin de analizar la posibilidad de adoptar en la legislación colombiana la responsabilidad penal de las personas jurídicas, partiendo de la premisa de que en el ordenamiento jurídico nacional únicamente se puede sancionar penalmente a una persona natural. El análisis tuvo como soporte principal los diferentes conceptos vistos en el área de derecho penal, los analizados en derecho comercial y societario, así como en las áreas afines relacionadas con los temas a tratar. En esta investigación de enfoque cualitativo y de tipo documental, los autores revisaron los elementos

que fundamentan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, examinando posiciones a favor y en contra de su implementación. Así mismo, analizaron razones político-criminales en favor de la implementación de ésta, indagando sobre las posibles consecuencias jurídicas que se pueden imponer a una persona jurídica. Como principal conclusión se identifica como un gran reto implementar este modelo en el ordenamiento colombiano, puesto que se entraría a cambiar conceptos de la dogmática penal acogida por la legislación penal.

A su vez, De Martino y Guerrero (2018) publicaron un artículo donde exponen brevemente los postulados doctrinarios y jurídicos a partir de los cuales es viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento colombiano, más allá de las sanciones administrativas que actualmente se aplican y que han resultado ser ineficientes. Al igual, se estudian teóricamente la imputación de conductas delictivas a este tipo de personas a partir de la necesidad político-criminal bajo los principios de la justicia restaurativa. Este texto de investigación a su vez propone la pena privativa de la autonomía empresarial como una sanción para que el Estado garantice la efectiva reparación a las víctimas, sea económico-eficiente y prevenga la conducta punible.

También en Colombia fue publicado el artículo de Pasmíño y Pozo (2019), el cual aborda los argumentos político-criminales de justificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque en el contexto de la república del Ecuador. Para ello, primero realizan una descripción de los modelos de transferencia y directo, como sistemas de responsabilidad penal de la empresa; también se hace un análisis de las características principales que posee este régimen de responsabilidad en Ecuador. Después abordan el *compliance* como parte del fenómeno de la autorregulación, que representa el fundamento de la responsabilidad penal de la empresa; y partiendo de una posible regulación societaria, analizan los efectos que un programa de cumplimiento puede tener en el ámbito penal: una forma de atenuación de la sanción penal,

una exclusión de la responsabilidad penal, una forma de reparación integral y también como un criterio de determinación judicial de la pena.

1.4.3. Marco legal.

Para el desarrollo del estudio se parte de la Constitución Política Colombiana de 1991, como norma de normas.

También se analizan las leyes 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal Colombiano, y 906 de 2004, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal.

JURISPRUDENCIA: Se señalaron las decisiones emitidas por los órganos judiciales para tener un contexto más amplio y objetivo.

Sentencia C- 320 de 1998: Por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones. “Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión pecuniaria, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones, que recaen sobre el factor dinámico de la empresa su patrimonio o su actividad, se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo algún, resulta contraria a las funciones de la pena. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva.

Sentencia T -396 de 1993: Protección de la Persona Jurídica. La persona Jurídica no es un ente idéntico a la persona humana “La persona jurídica es titular de derechos fundamentales

y de la acción de tutela de que habla el artículo 86 Superior, y por ello es jurídicamente inaceptable que se le someta a la discriminación de no considerarla como titular de unas garantías que el Estado Social de Derecho ha brindado, por lógica manifestación de los fines que persigue, a toda persona, sin distinción alguna”

1.5. Diseño Metodológico

1.5.1. Tipo de estudio.

En cuanto al tipo de investigación, el estudio se fundamentó en la investigación documental, ya que la información de las fuentes secundarias son la base para la recopilación de información, bien sea en documentos físicos o electrónicos, material que sirvió de análisis para alcanzar los objetivos propuestos. Este tipo de investigación para Hernández-Sampieri, Fernández y Batista (2010) es vista como un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno, basada en hechos ya escritos.

1.5.2. Método de investigación.

El presente Trabajo es fruto de una investigación Jurídico- comparativa que desarrolla una indagación y análisis documental de las diferentes normas y leyes de jurisdicción interna y externas, para lo cual se hizo una revisión bibliográfica de doctrina aplicada y de fuentes jurisprudenciales de diferentes Cortes, con el fin de poder describir el marco constitucional, jurídico y jurisprudencial del Tema.

1.5.3. Fuentes y técnicas para la recolección de información.

Como fuentes primarias se estudiarán las normas nacionales, internacionales, la jurisprudencia y la constitución.

Como fuentes secundarias se tendrán en cuenta libros, artículos en revistas indexadas, libros de trabajos de pregrado y posgrado.

2. Análisis de la evolución y desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado

El Código de Hammurabi, escrito en 1750 a.C. por el rey de Babilonia Hammurabi, recoge dos tipos de responsabilidad colectiva, la responsabilidad familiar, en virtud de la cual los miembros de la familia puedan responder personalmente por los delitos ocasionados por su pariente (se correspondería con la expresión de la ley del talión “ojo por ojo, diente por diente”), y la responsabilidad de la corporación territorial, en la que se prevé la responsabilidad de la ciudad por los actos delictivos cometidos por sus ciudadanos:

Art. 22: Si uno ejerció el bandidaje y es atrapado, recibirá la muerte.

Art. 23: Si el bandido no fue apresado, el hombre despojado prestará juramento de todo lo que ha sido despojado, y la ciudad y el jeque en cuyos límites fue el despojo, le devolverán todo lo que perdió.

Art. 24: Si se trata de una persona, la ciudad y el jeque pagarán una mina de plata (citado por Martínez, 2018, p. 41).

Este es el primer ejemplo histórico legal de responsabilidad penal corporativa, concretamente de corporaciones territoriales, el cual ha estado vigente, al menos, hasta la Revolución Francesa (Martínez, 2018).

En la Biblia se hace referencia al conocido castigo de Sodoma y Gomorra, ciudades pecaminosas que sufrieron colectivamente la justicia divina. También encontramos la historia de la ciudad de Nínive, la cual iba a ser destruida, pero sus habitantes persistieron en sus pecados, purgaron su culpa y fueron perdonados. Resulta conveniente citar estos dos supuestos, ya que los textos bíblicos son una de las principales fuentes del derecho de la Edad Media y la Edad Moderna (Martínez, 2018).

El Derecho griego también ofrece ejemplos de solidaridad penal, que en unos casos consiste en un deber solidario de vengar la ofensa sufrida y, en otros, en un deber solidario de responder del daño causado. De este modo van surgiendo en Grecia diversos tipos de solidaridad penal: familiar, local, nacional, etc. Como indica Saldaña y García-Rubio (1927), rige en Grecia un tipo de solidaridad penal familiar, puesto que “carece de valor –y de valor jurídico penal- el individuo, si no está asociado, englobado, en una familia; porque toda ofensa repercute en ella, y solo ella reacciona, como un solo cuerpo multitudinario, intervando para la venganza, y, opuestamente, respondiendo del crimen” (pp. 87-88).

2.1. Derecho romano clásico

Por la trascendencia que ha tenido su tratamiento de la responsabilidad colectiva, es necesario referirse al Derecho romano clásico. A pesar de que el Derecho romano desconocía el concepto de persona jurídica, tal como hoy es entendida (Cantarella, 2017; Fernández de Buján, 2019), ya en la época clásica existían conjuntos de personas a los que se les reconocían ciertos derechos subjetivos. En esos casos la suma de sus miembros era considerada como los titulares de los derechos, por lo que la desaparición de uno de sus integrantes no afectaba a la continuidad de la corporación (Bacigalupo Saggese, 1998). En este sentido, Ferrara (1929) afirma que:

La corporación, como cosa ideal, subsiste, aunque los miembros varíen, y si se reducen a uno, la corporación permanece sin confundirse con este último. [...] En Derecho romano la antítesis entre *universitas* y *singuli* es rígidamente conducida hasta sus últimas consecuencias: entre la corporación y los asociados hay un abismo; ningún vínculo se produce entre ellos, aquélla es una extraña respecto de éstos” (pp. 33 y 118-119).

La *universitas* era un ente distinto de la pluralidad de sus miembros, un sujeto diferente creado al lado de los particulares reunidos en asociación, al que se le reconocían derechos

patrimoniales. Se distinguían los derechos y las obligaciones de la corporación (*universitas*) y los de cada uno de sus miembros (*singuli*) (Ferrara, 1929; González-Varas, 2007).

En esta época la corporación más importante era el municipio, esto es, la ciudad de la provincia, ente contra el que, según Ulpiano (Digesto 4, 3, 15, 1), se podía ejercer la *actio de dolo malo*, la acusación, cuando el perceptor de impuestos había engañado a una persona enriqueciendo al mismo tiempo a la ciudad. “En este caso, los habitantes de la ciudad estaban obligados a devolver la cantidad obtenida ilícitamente” (Bacigalupo Saggese, 1998, p. 43). No obstante, Ulpiano declara que solo cabe reclamar por la conducta de sus administradores o perceptores de impuestos, por el lucro obtenido, pero no por un hecho propio de la corporación (De Simone, 2012, p. 40; Pérez Arias, 2014, p. 50; y Escrihuela Chumilla, 2019, p. 71):

Pero dudarse si se da la acción de dolo contra los Municipios. Y opino, que, a la verdad, no puede darse por su dolo; porque ¿qué pueden hacer con dolo los Municipios? Pero si algún lucro les ha alcanzado por el dolo de los que administran sus bienes, juzgo que debe darse. Más por el dolo de los Decuriones se dará la acción de dolo contra los mismos Decuriones” (Digesto 4, 3, 15,1; citado por Pérez Arias, 2014, p. 50).

Las dudas interpretativas que presentan los dos únicos extractos del Digesto que se refieren a la responsabilidad penal corporativa en el Derecho romano (De dolo malo y *Quod metus causa*) han permitido hallar razones tanto a quienes consideran que Roma conoció tal régimen de responsabilidad penal como a quienes defienden la tesis contraria (Martínez, 2018). Por ello, dejando aún lado estas dudas interpretativas, Martínez (2018) considera que hay al menos dos instituciones en las que se puede basar la hipótesis de que en Roma existió responsabilidad penal corporativa. Se refiere, en primer lugar, a los supuestos de destrucción o pérdida de derechos de las ciudades. Un ejemplo sería el caso de la ciudad de Capua, que

abandonó a Roma durante la segunda guerra púnica y, tras la paz, perdió su constitución municipal y sus principales habitantes fueron ejecutados.

La otra institución que pone de manifiesto la ideología romana relativa a los castigos colectivos es el diezmo, un castigo que se imponía en los ejércitos romanos, según el cual la pena la sufría toda la legión o toda la cohorte, mediante la ejecución por sorteo de un hombre de cada diez. Martínez (2018) indica que

(...) tanto el castigo como la pena eran colectivos, si bien por una cuestión puramente práctica la pena colectiva se aplicaba sólo sobre un sujeto, siendo que los otros nueve sufrían la pena “mitigada” de haber estado en riesgo de muerte, de recibir malos alimentos y de no poder dormir en el campamento (pp. 62-63).

Como pone de manifiesto este autor, estas dos instituciones permiten constatar que en el Derecho romano los castigos colectivos y corporativos eran frecuentes. Estos datos, unidos al hecho de que la responsabilidad penal corporativa habría existido en las civilizaciones anteriores, contemporáneas y posteriores a Roma, hacen que resulte difícil negar la existencia de este régimen de responsabilidad penal en el Derecho romano (Martínez, 2018).

2.2. Derecho medieval y Derecho canónico

El derecho que regía los pueblos germánicos que invadieron el Imperio Romano de Occidente no alcanzó nunca la concepción de un ente ideal distinto de la colectividad de los individuos asociados. Para lograr ello se requería una fuerza de abstracción de la que no eran capaces estos pueblos primitivos. El derecho germánico no ve en las asociaciones más que una pluralidad de personas que poseen bienes comunes (Ferrara, 1929; Serrano, 1988; y Morales, 2000).

Al comienzo de la Edad Media las corporaciones adquieren mayor relevancia al ser titulares tanto de poder político como de funciones económicas, por lo que el Estado se ve

obligado a responder frente a los atentados contra el orden social que tiene su origen en el ámbito de poder de esas corporaciones (Bacigalupo, 1998). Con la fundación de la Escuela de Bolonia en el año 1088 se recupera el cultivo del Derecho romano. Sus integrantes comienzan a escribir notas o comentarios en aquellos textos romanos cuya interpretación no resultaba evidente. Esas notas o glosas son precisamente las que dan nombre a la conocida como “Escuela de los glosadores”, que desarrolló su actividad hasta el siglo XIII (Martínez, 2018).

Aunque los glosadores, al igual que los romanos, no elaboran una teoría de la persona jurídica, consideran que las corporaciones son capaces de delinquir. Para identificar cuándo se está ante un delito de la corporación o solamente ante un delito de uno de sus miembros, los glosadores se basan en los principios del Derecho romano. Como señala Bacigalupo (1998), “existía un delito de la corporación, cuando la totalidad de sus miembros daba comienzo a una acción penalmente relevante por medio de una toma de decisión conjunta” (p. 46). Ésta se producía cuando la decisión de llevar a cabo tal acción

(...) se tomaba en una reunión de los miembros de la corporación o sobre la base de una decisión del conjunto de estos. La acción realizada en base a la decisión de la mayoría era equiparada también con la acción del conjunto (Bacigalupo, 1998, p. 46).

Si no había una decisión conjunta, la acción delictiva era imputada individualmente a los perceptores de impuestos, administradores o a cualquier miembro responsable de su realización. No obstante, el delito cometido de forma individual por uno de los integrantes de la corporación repercutía sobre la totalidad de los miembros si posteriormente era aprobado por éstos.

En un momento histórico en el que la figura de la Iglesia cobra relevancia y es considerada como el punto central de la corporación, los canonistas comienzan a elaborar un concepto técnico-jurídico de persona jurídica. Para fundamentar la capacidad jurídica de la Iglesia, cuyos derechos no pertenecían a la totalidad de sus fieles, sino a Dios, estos juristas

aceptan la concepción romana de la capacidad jurídica de la *universitas*, separada conceptualmente de la capacidad jurídica del *singuli*. Los canonistas desarrollan una teoría específica de la corporación eclesiástica entendiéndola como persona y convertida de este modo en el sujeto de Derecho. Distinguen el concepto jurídico de persona del concepto real de la persona como ser humano. Conforme a esta teoría, la *universitas* es jurídicamente algo distinto de los *singuli* que la componen: es un ser incorporeal que solo posee capacidad jurídica por medio de la ficción jurídica (Bacigalupo, 1998). Por ello, admiten la identidad de esta corporación, aunque cambien las personas que la componen y consideran que la misma perdura incluso si desaparecen todos sus miembros (Ferrara, 1929; González-Varas, 2007). Los derechos de la *universitas* y los de los *singuli* se distinguen en este momento de forma clara. La concepción que mantienen los canonistas y, especialmente, Sinibaldo de Fieschi de la *universitas* como una persona ficta influye decisivamente en la concepción moderna de la corporación. Es en este momento en el que empieza a elaborarse el concepto de persona jurídica.

En esta época los emperadores y los Papas abusaban del empleo de penas graves (la excomunión y el entredicho) contra las ciudades y corporaciones que les oponían resistencia, lo que implicaba que todas las personas que formaban parte del colectivo afectado recibían el mismo castigo espiritual, independientemente de su participación individual en el hecho delictivo. Este régimen punitivo suponía, por tanto, una gran injusticia a la que se enfrentarían los juristas que consideraban que la *universitas* no podía ser excomulgada. El rechazo a la excomunión de ciudades y corporaciones partía de que se trataba de una pena espiritual que solo se podía aplicar a bautizados y, obviamente, las ciudades y las corporaciones no lo estaban. No podían estarlo, pues carecían de alma (De Castro y Bravo, 1981; Serrano, 1988; Bueno, 2014). Este tema fue tratado en el I Concilio de Lyon de 1245, en el que se impuso la tesis de Sinibaldo de Fieschi, el Papa Inocencio IV, de que la excomunión era una pena espiritual y que, por tanto,

no podía aplicarse a entes sin alma inmortal, como eran las ciudades y las *universitates* (De Castro y Bravo, 1981; González, 2007; De Simone, 2012). Su oposición a la posibilidad de imponerles tal pena resulta patente en su comentario a la Decretal de Honorio III *Gravem venerabilis fratris*, en la que se recoge la condena a la ciudad de Pisa. El pueblo y la potestas de dicha ciudad nombraron comisionados para hacer los estatutos de la misma, pero los comisionados, excediéndose del mandato que habían recibido, redactaron sus estatutos perjudicando a la Iglesia. Como castigo por tales actos, Honorio III excomulgó a toda la ciudad. En su comentario a dicha decretal, Inocencio IV discrepa de la postura de su antecesor y reafirma su tesis contraria.

Aunque Sinibaldo de Fieschi es ensalzado como el hombre que influyó decisivamente desde su posición de Papá a fin de prohibir la excomunión de ciudades y *universitas* (Capilla, 1984; Serrano, 1988), postura que fue seguida por los juristas que le sucedieron (Bueno, 2014), se discute la cuestión de si este autor, a diferencia de la mayoría de los canonistas, defendía que la *universitas* no tenía capacidad para cometer delitos. La interpretación tradicional de que Inocencio IV negaba la posibilidad de que las corporaciones tuvieran capacidad de acción criminal y, por tanto, pudieran incurrir en responsabilidad penal por el delito cometido tendría principalmente como base su conocida frase *impossibile est quod universitas delinquat*. También se apoya esta interpretación en el hecho de que Inocencio IV defendía la teoría en virtud de la cual las corporaciones son meras ficciones jurídicas (*nomina iuris*), ya que la propia esencia ficticia de la corporación acarrearía su incapacidad delictiva (Martínez, 2018, p. 92). No obstante, durante los últimos años se han alzado varios autores en defensa de la tesis de que Inocencio IV no negaba la capacidad de acción criminal de la corporación ni tampoco su responsabilidad penal, sino únicamente la posibilidad de que pudiese sufrir el castigo de la excomunión.

En efecto, Martínez (2018), siguiendo a Panizo (1975), señala que la simple literalidad de la frase *impossibile est quod universitas delinquat*, contenida en el primer párrafo de su comentario a la Decretal de Honorio *III Gravem Venerabilis Fratris*, aislada del resto del texto de Inocencio IV, podría inducir al error de pensar que él fue un firme partidario de la imposibilidad de la responsabilidad penal corporativa. También coconsideran que Inocencio IV no negaba la capacidad delictiva de la *universitas* (Minasola, 2015, Serrano, 1988). Ullmann ya había anticipado esta interpretación de la obra de Inocencio IV en su artículo “The Delictal Liability of Medieval Corporations”, publicado en *The Law Quarterly Review* en el año 1948.

En palabras de Martínez (2018):

Inocencio IV [...] no pretende dar una doctrina general sino simplemente resolver el caso concreto de la ciudad de Pisa. Así, lo que estaría destacando Inocencio (actuando como juez) es que no tiene sentido plantearse si delinquirió o no, pues dado que lo que se pretende saber es si Pisa debe o no ser excomulgada, y siendo la excomunión imposible, no es necesario realizar ningún planteamiento previo. Y tampoco tiene sentido en este caso concreto plantearse una pena diferente para la *universitas*, porque los hechos parten de que los rectores se extralimitaron en el mandato, situación que en todo caso excluye la responsabilidad criminal de la *universitas* (p. 98)

Por tanto, la contundente frase de Inocencio IV contenida en el primer párrafo de su comentario no se refiere a cualquier tipo de delito, sino que, como afirma Serrano (1988),

(...) se circunscribe al caso en que se está refiriendo en el texto citado. Es decir, según esta actitud lo que nos estaría diciendo Sinibaldo no es que la “*universitas*” no puede delinquir nunca en un sentido absoluto, sino que no puede delinquir en relación con la pena de excomunión. Para ser más exactos, que no puede cometer un delito penado con el citado castigo (p. 217).

Por tanto, Inocencio IV no negaba la capacidad delictiva de las corporaciones, sino la posibilidad de que pudiesen ser excomulgadas por la propia naturaleza de esta pena: solo la

persona individual es capaz de excomunión, pues solo ella es capaz de recibir sacramentos (Martínez, 2018).

Al igual que los glosadores, los canonistas estiman que se está en presencia de un delito de la corporación cuando existe una acción conjunta de sus miembros llevada a cabo por medio de una toma de decisión de todos ellos. La decisión de la mayoría también afecta a la corporación y a sus integrantes. Estos juristas distinguen claramente entre la *universitas* y los *singuli*, por lo que también diferencian entre la responsabilidad de la corporación y la de las personas que la integran. Ambas responsabilidades eran sometidas a un proceso penal en el que la *universitas* y sus miembros eran sometidos a las mismas reglas, con la única particularidad de que la corporación era representada, mientras que el individuo en cuestión no podía serlo (Bacigalupo, 1998).

Además, la *universitas* delinque de forma impropie en aquellos supuestos en que la acción no tenga que ver directamente con su derecho propio, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos (De Simone, 2012; Martínez, 2018):

Los hechos que no tienen que ver con el propio derecho de la corporación, como cometer un homicidio, violencias o similares, la corporación no puede hacerlos propiamente, porque requieren a una persona verdadera. Pero se dice que los comete impropiamente a través de otros, regentes de la ciudad o por otros con vigor estatutario a través de los que la ciudad cometió el delito. [...] La corporación parece que comete el delito cuando se hizo con propósito deliberado y en un consejo se decide; en otro caso no se dice que la corporación lo haya hecho, sino que lo hicieron las personas individuales (*Commentarium ad Digestum Novum* 48, 19, 16, 10, 2, citado en Martínez, 2018, pp. 122-123).

Por último, Bártolo de Sassoferrato se plantea la cuestión de si deben ser castigados simultáneamente o no la *universitas* y sus miembros, y responde que ello dependerá de si se

trata de un delito propio o impropio. En caso de que se trate de un delito propio, la corporación puede ser castigada como autor y el resto de personas singulares podrán ser castigadas como instigadores o cómplices. En cambio, si estamos ante un delito impropio, la solución es la contraria. Es decir, se castiga a los individuos como autores del delito y a la corporación como cómplice (Martínez, 2018).

2.3. En los siglos XVIII y XIX

A partir del S. XVIII y XIX cuando el *axioma societas delinquere potest* empieza a tener cabida en los ordenamientos jurídicos. El art. 11 del Código Penal portugués de 1982 así ya lo establece, y el Código Penal francés de 1994 en su art. 121.2, Dinamarca desde 1996, Bélgica en 1999, Polonia y Suiza desde 2003, Austria en 2005, Rumania en 2006 y Luxemburgo junto a España desde el 2010.

En el ámbito del derecho anglosajón es donde surge primero, debido a la doctrina del *common law*, según la cual los señores son absolutamente responsables de todas las acciones ilícitas y dañinas de sus sirvientes. De ahí se pasó a la idea de que siendo el señor al que había dado el consentimiento o hubiere ordenado la acción, determinaría la responsabilidad supuesta, ya que la anterior doctrina fue superada por la mentalidad de entonces.

Este principio se trasladó a las corporaciones y siempre acotando la responsabilidad a las personas jurídicas a aquellas acciones de omisión o en el incumplimiento de obligaciones, en ningún caso a los delitos de acción. Porque la incapacidad de acción por parte de la persona jurídica se entreviere al intentar formar la base de la teoría del delito, el causal y el final, es decir, aquel constituido como mínimo por un movimiento corporal generado a partir de una sinapsis neuronal e impulsado por una orden cerebral, y es notorio que esto no puede ocurrir en una persona que no es humana.

De ahí que posteriormente, en el S. XIX se llegó a entender –y establecer–, que las personas jurídicas podían ser responsables, pero solo de los delitos *strict liability* (responsabilidad objetiva) y no para los delitos de dimensión moral que requieran de mala intención criminal. Los casos Queen contra Great North of England Railway (1846) y el State contra Morris y Essex RailRoad Co. (1852) en Reino Unido y Estados Unidos respectivamente, daban cumplida cuenta de a qué atenerse y qué se excluía por la que pudieran responder las empresas, por mentes corrompidas.

Es a partir del S. XX que la razón asiste a que si bien la persona jurídica es una abstracción, “que no tiene mente propia como no tiene cuerpo propio, de modo que su activa y directiva voluntad debe, consecuentemente, ser buscada en la persona de alguien que, para determinados propósitos, puede ser llamado agente, pero que es en realidad la mente directiva y la voluntad de la corporación; el verdadero ego y centro de personalidad de la corporación”, caso Lennard’s Carrying Co. Ltd. V. Asiatic Petroleum Co. Ltd. (1915), con lo que deviene por tanto la idea que hace que se identifique la persona física con la jurídica, al modo de que la persona que actúa no es que actúe para la empresa, es que es la empresa misma. Posteriormente se traslada la idea de qué cargos internos de la empresa serían los relevantes para entablar la responsabilidad hacia la empresa, todos o cualquiera o solo los que tienen funciones ejecutivas o de mandato, cuales por tanto son la mente directiva y la voluntad de ella. La Cámara de los Lores, Test Supermarkets Ltd. V. Nattrass (1971) dispuso que repercutiera en los directores o gerentes con funciones gerenciales de dirección y control en relación con los actos que han llevado a cabo. Y es ya en la década de los noventa del siglo pasado que el Tribunal de Apelaciones inglés, en el caso R. v. British Steel (1995) que se propuso el modelo vicarial en el que cualquiera de los empleados devenía en responsabilidad siempre y cuando no se hubieran adoptado las cautelas o medidas de prevención en la empresa. Este modelo, el vicarial, es el

utilizado en los Estados Unidos de América, siempre a la vez que se haya actuado en beneficio de la empresa.

Por lo tanto, al revisar la evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se identifica su origen en la responsabilidad penal colectiva que fue recogida en textos tan antiguos como el Código de Hammurabi. En el derecho romano se puede hallar supuestos de responsabilidad penal colectiva en la destrucción o pérdida de derechos de ciudades como castigo y en la institución del diezmo.

En la Edad Media, aunque los glosadores, al igual que los romanos, no elaboran una teoría de la persona jurídica, consideran que las corporaciones son capaces de delinquir. Los canonistas desarrollan una teoría específica de la corporación eclesiástica entendiéndola como persona y convertida de este modo en el sujeto de derecho, y admiten la capacidad criminal de las corporaciones y la posibilidad de imponerles penas por la comisión de delitos, si bien, gracias fundamentalmente a la obra de Sinibaldo de Fieschi, niegan que puedan ser castigadas con penas espirituales como la excomunión, la cual, por su naturaleza, solo puede aplicarse a los individuos.

Por su parte, los posglosadores, entre quienes destaca la figura de Bartolo de Sassoferrato, aceptan la teoría de los canonistas de que la *universitas* es una persona ficta y sostienen también la posibilidad de que la misma pueda cometer delitos.

A partir del siglo XIX comienza a discutirse realmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se alzan distinguidos autores como Malblanc y Feuerbach en contra de este régimen de responsabilidad penal. En este siglo la discusión dogmática sobre la naturaleza ficticia o real de la persona jurídica y sus consecuencias en el ámbito penal estuvo protagonizada por Savigny y Gierke. Mientras que la teoría de la ficción de Savigny defiende que las personas jurídicas son sujetos artificiales creados por la simple ficción y no pueden cometer delitos, la

teoría orgánica de Gierke profesa que la persona jurídica es capaz de querer y de obrar por medio de sus órganos y, por tanto, también es capaz de cometer aquellos actos delictivos que realice uno de sus órganos en el ámbito de sus competencias y en representación de la misma.

3. Constructo teórico, jurídico y jurisprudencial que desarrolla el modelo de responsabilidad penal en personas jurídicas de derecho privado

Pese a lo mencionado, el derecho de corriente anglosajona, ya traía desde mediados del siglo XIX, desarrolló un legado jurisprudencial y legal al respecto, empero las características propias del *Common Law*, que distan en compatibilidad con el del derecho del *Civil Law*, en especial lo relacionado con el tratamiento de sus líneas jurisprudenciales, no permitieron que estos precedentes se mostraran como una guía para una adaptación legal más temprana en la historia del Derecho Continental Europeo y en el Derecho Latinoamericano.

De aquí que se entienda, que las discusiones más actualizadas de la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sugieran una mirada a los modelos de atribución de responsabilidad que se han adelantado en las últimas décadas, en los que claro está, resultaron ser pioneros los sistemas jurídicos de corriente anglosajona.

3.1. El modelo de transferencia

Este modelo de responsabilidad, debe sus inicios las circunstancias históricas del *Common Law* propias de su decendencia feudal; pues en este sentido, los Señores que tenían bajo su subordinación a una gran cantidad de sirvientes y contaban con la obligación de responder por las acciones dañosas que estos cometieran, en este sentido, se podía hablar de una transferencia de responsabilidad, ahora bien, es necesario aclarar que, en la esfera de este planteamiento, a los señores solo se les podía atribuir responsabilidad siempre que hubieran incurrido en omisiones con respecto de sus subordinados, lo cual, si se analiza desde los criterios de imputación en la teoría del derecho penal, no constituía un hecho propio, pues el señor no había estado inmerso en el curso causal de la acción (Ilabel, 2014).

A pesar de este planteamiento, esta forma de atribución de responsabilidad fue acogida posteriormente por los tribunales de algunos de los países de descendencia anglosajona a mediados del siglo XIX; por Estados Unidos con el caso *State v. Morris & Essex Railroad Co* (1852) y por Inglaterra con el caso *Queen v. Great North of England Railway* (1846), en el sentido de que las personas jurídicas responderían penalmente por las omisiones de sus directivos (Arias, 2013).

De esta manera, el modelo de transferencia traía consigo el supuesto de que si una de las personas físicas que se encuentran en el seno de la persona jurídica comete un delito, la responsabilidad de esta es transferida a la de la persona jurídica, independientemente del hecho de que la persona física represente o no a la persona jurídica o haga parte de uno de sus órganos administrativos.

Ahora, si se hace un análisis de los planteamientos doctrinales que se encuentran vigentes al respecto, el modelo de transferencia de responsabilidad es usualmente equiparado al modelo de identificación o *alter ego*, más ciertas vertiente de la doctrina establece, que el segundo es el resultado de la necesaria evolución del primero, y es de esta manera puesto que si se analiza el contexto histórico, la teoría de la transferencia presentaba inconvenientes con respecto a la atribución de la responsabilidad a la corporación, en el entendido de que, no quedaba claro cómo a la luz de la teoría del delito, debían concebirse el *actus reus* y el *mens rea* pues en este modelo los presupuestos de acción y la intencionalidad se encontraban en cabeza de todos los que se encontraran vinculados a la corporación.

Es por esto entonces, que el modelo de transferencia de responsabilidad, sirvió de base para la construcción del modelo de identificación o *alter ego*, sin perjuicio de la posterior variante que tendría, una vez más este modelo, en lo relacionado al modelo de atribución vicarial que se comentará más adelante.

3.2. El modelo de identificación o alter ego

Como ya se explicó, el modelo de identificación tuvo su origen en la necesidad de subsanar las problemáticas que presentaba el modelo de transferencia, y fue en este sentido como se comenzó a concebir a las organizaciones, como lo establece Arias (2013) “como un sujeto dominado y gestionado por sus directivos, a los que se les tilda de ser la mente y la voluntad de la corporación” (p. 72), lo que en consecuencia constituiría la base sobre la cual se soportaría la concepción de que las corporaciones solo tendrían responsabilidad penal cuando los delitos hubiesen sido cometidos por uno de sus directivos, pues se superarían fácilmente, los inconvenientes anteriormente explicados.

Es de esta manera, como el modelo de identificación o *alter ego*, como lo diría Ilbel (2014) se convirtió en “una visión antropomórfica en la que se parte de la idea de que las actuaciones de los directivos ...están debidamente “identificadas” con la actividad de la empresa. Por tanto, (sus infracciones) ...se atribuyen automáticamente a la organización” (p. 105), concepción esta cuyo origen se remonta a 1971 con el caso inglés *Tesco supermarkets ltd vs Nattras*.

Ahora, esta teoría a pesar de mantener, por lo menos en el marco del derecho anglosajón, cierto margen de fidelidad a la teoría del delito pues cumplía con sus requisitos esenciales, encontraría con posterioridad inconvenientes en su aplicación práctica porque, en primer lugar, resultaba obvio el cuestionamiento de ¿Qué sucede si quien realiza el comportamiento delictivo es una persona de rango inferior en la estructura jerárquica de la empresa? Y, en segundo lugar, resultaba en un vacío cuestionable el evento en el que no se pudiera identificar a la persona que había cometido el delito que se le atribuiría a la corporación. (Sánchez J. M., 2008) Ambos cuestionamientos fueron resueltos por los posteriores modelos de atribución de responsabilidad que nacerían en la evolución de estas corrientes de pensamiento.

3.3. El modelo de atribución vicarial

El primero de los cuestionamientos propuestos por el modelo anteriormente descrito, halló su solución con la adopción del modelo de atribución de responsabilidad vicarial, este en esencia proponía la aceptación de la responsabilidad penal de una persona, en este caso una persona jurídica, sin que se exigiera aportar ninguna prueba con lo relacionado a la intención, negligencia u estado de ánimo alguno (Ilabel, 2014) lo que de entrada replanteó el *mens rea* que inicialmente se mostraba como obstáculo en el modelo de atribución de transferencia.

El modelo vicarial entonces, se mostró en este punto como una forma estricta de responsabilidad objetiva (*strict liability*) en la que a grandes rasgos solo importaba el *actus reus*, razón por la cual, como consecuencia inmediata, se extendió el campo de imputación a los empleados de las corporaciones que se encontraran en niveles jerárquicos que no se encontraban dentro del margen administrativo de las empresas, esta vez, si tales empleados actuaban en beneficio o provecho de estas.

Si bien en el marco del derecho inglés, el modelo de identificación mantuvo un mayor campo de aplicación, limitando a la aplicación del modelo de atribución vicarial a un menor número de casos específicos, en el derecho estadounidense, al ser este en esencia el modelo que más ha identificado su construcción dogmática a lo largo de aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su corriente jurisprudencial siempre se mantuvo fiel a atribuir responsabilidad penal a las empresas por los delitos que cometieran tanto los directivos como sus empleados.

En efecto, mientras el derecho inglés conservó su modelo de identificación, el derecho estadounidense se vio en la necesidad ampliar el campo de aplicación del modelo de atribución vicarial, y lo hizo atendiendo a la posibilidad de que las empresas evadieran la responsabilidad penal, compartimentando su funcionamiento y creando un significativo número de

departamentos, en los cuales, sus empleados actuarán sin conciencia antijurídica; evento en el cual resultaba imposible establecer el *mens rea*, y por ello creó la teoría de la agregación, bajo la cual, para efectos de cumplir con este requisito subjetivo del delito, se le imputa a la corporación la suma de conocimientos colectivos de cada empleado que intervino en el la acción. (Ilabel, 2014)

3.4. El modelo de atribución de responsabilidad por hecho propio

El comienzo de este modelo de atribución de responsabilidad, halla su fundamento en los replanteamientos que se le daría al concepto de persona jurídica desde las perspectivas sociológicas, pues estas buscaban ver a las corporaciones como sujetos con una compleja capacidad de organización, al respecto establece Saggese (citado por Arias, 2013) que “la introducción, en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, de las nuevas teorías sociológicas sobre sujetos concebidos tradicionalmente como artificiales ...implican ...<un replanteamiento diverso del que tradicionalmente ha inspirado la dogmática>” (p. 76).

Ahora, limitar la creación del modelo de hecho propio en el margen de la reconsideración sociológica de las personas jurídicas, resultaría insuficiente pues es a este modelo al que se le atribuye la solución del segundo inconveniente que presentaba el modelo de identificación o *alter ego*, pues ante la imposibilidad que presentaba éste para atribuir responsabilidad a las personas jurídicas cuando no se podía determinar la personas física que había cometido el delito, surgió la necesidad de concebir a las corporaciones como personas jurídicas cuya autonomía para actuar se configuraba a partir de su estructura organizacional, lo cual constituía, el *mens rea*.

El resultado de estas nuevas propuestas se tradujo entonces en la creación del modelo que aquí se analiza, el cual, dadas las circunstancias que lo originaron, partió del supuesto de que las personas jurídicas tendrían una responsabilidad autónoma e independiente a la

responsabilidad de la persona física, supuesto que fue más allá de los modelos anteriormente analizados, pues estos hacían depender la responsabilidad de la corporación, de la responsabilidad de las personas físicas que habían cometido el hecho delictivo; al respecto establece (Sánchez, 2008) que:

(...) el modelo de responsabilidad por hecho propio no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa. Es una responsabilidad de estructura “anónima” en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realizaren directamente la actuación delictiva (p. 133).

En este sentido, el modelo de transferencia y sus posteriores evoluciones adquirieron en el marco de la doctrina actual y especializada, el nombre de modelos de responsabilidad heterónoma de las personas jurídicas, y por su parte, el modelo de atribución de responsabilidad de hecho propio, adquirió el nombre de modelo de responsabilidad autónoma de las personas jurídicas.

3.5. Contexto colombiano

En la legislación penal colombiana no se define el concepto de persona jurídica, dicho concepto se encuentra definido por el derecho privado en su artículo 633 del Código Civil, en este sentido: “Se llama persona jurídica, a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicialmente y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter” (Art. 633).

Teniendo en cuenta la anterior concepción se puede evidenciar que el Código Civil es muy limitado, toda vez que dicha legislación solo contempla dos especies de categorías de

personas jurídicas, las cuales son Corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Las personas jurídicas según el código civil son aquellas que desarrollan actos civiles, sin embargo, en la actualidad estas personas jurídicas se ven envueltas en la criminalidad organizada, por lo que podría afirmarse que esta definición se queda corta.

A su vez, al considerar que la legislación penal colombiana no define a las personas jurídicas, se deberá hacer una remisión al Código de Comercio, por lo que, se deberá tomar el artículo 98 para la definición de persona jurídica sin realizar distinción alguna:

Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. (Código de Comercio, 1971, art. 98).

Sin embargo, en el derecho penal existen otras disposiciones del ordenamiento jurídico penal, que se establecen para las personas jurídicas que se encuentren implícitas en delitos, que pueden ser sancionadas con multas, suspensión o disolución definitiva de su personalidad jurídica.

Lo dicho anteriormente lo contemplan los artículos 65 de la ley 600 de 2000 y 91 de la ley 906 de 2004 incorporando en el ordenamiento jurídico penal colombiano las denominadas medidas accesorias, en las que se sanciona a la persona jurídica por su actuar.

Es de anotar que, de manera general, las personas jurídicas se clasifican en tres grandes grupos: I) Las personas jurídicas de derecho público, II) las personas jurídicas de derecho privado y III) las personas jurídicas mixtas. Las primeras emanan directamente de la voluntad de Estado, la segunda se crea por la iniciativa privada, con finalidades indeterminadas pero determinables en la ley y las terceras se constituyen con aportes del Estado y el capital privado.

A su vez, las personas de derecho privado se dividen según su actividad principal, es decir el ánimo o no de lucrarse. Las que tiene fines lucrativos se clasifican en sociedades civiles y comerciales, las que no, son conocidas como corporaciones y fundaciones (Sánchez, 1987,). Estas entidades deberán acreditar su personalidad y la de personería de quienes lo administran.

Aunque, para entender mejor el entorno jurídico y jurisprudencial que desarrolla el modelo de responsabilidad penal en personas jurídicas de derecho privado en Colombia, hay que apuntar que el modelo de responsabilidad por atribución a la persona jurídica presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representan. Según el modelo, la responsabilidad por ese hecho se transfiere a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente entre estos y aquella, son también, de esta última. Tales hechos, por lo demás, pueden ser de comisión activa o, también, de comisión por omisión, en la medida en que los órganos omitan deberes de vigilancia, de coordinación o de selección, que den lugar a la conducta delictiva activa de una integrante de la empresa situado en los niveles inferiores de esta. Lo que queda abierto en todo caso, para este modelo, es la cuestión de título en cuya virtud la responsabilidad por ese hecho puede ser transferida a la persona jurídica,

En lo que respecta a la legislación colombiana, a finales de la década de 1990, la responsabilidad penal de las personas jurídicas tuvo plena vigencia después que se aprobara el proyecto de Ley 235 de 1996 que buscaba reglamentar el seguro ecológico y realizar algunas reformas al código penal en lo concerniente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante, desde que se realizó la propuesta legislativa, la normalización que se buscaba implementar ya venía con inconvenientes constitucionales, puesto que en la etapa de sanción presidencial, el mandatario para ese momento, Ernesto Samper, objetó el artículo 26 del

mencionado proyecto argumentando que iba en contra del artículo 29 de la constitución política, puesto que presumir la responsabilidad objetiva de la entidad investigada, violaba el principio de la presunción de inocencia, objeción que fue rechazada por el congreso, razón por la cual, el debate fue sometido a control constitucional en virtud del artículo 167 de la carta.

Fue de esta manera que, tras realizarse dicho control, la (Corte Constitucional, C-320, 1998) declaró infundadas las objeciones presidenciales salvo en lo que se refería a la expresión “objetiva” bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, propuso que el hecho de que una persona jurídica realice un actividad que puede suponer un peligro para la sociedad, sin haber solicitado la autorización o licencia previa que impone el ministerio de la ley, supone un grado de responsabilidad suficiente para que el legislador autorice a los jueces competentes, para determinar que esa persona jurídica es responsable, razón por la cual, la mencionada corporación dio por acertado el hecho de que la responsabilidad de las personas jurídicas en estas circunstancias, se constituyera a nivel de precepto legal como una presunción.

En segundo lugar, no obstante, la presunción de responsabilidad aceptada por la corte, estableció un régimen de responsabilidad objetiva para estos casos, sí resultó a su parecer desacertado a nivel de principio constitucional, pues suponía como consecuencia el que la persona jurídica soportara una condena por la sola causación material sin tener la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

Bajo estos argumentos, comenzó entonces la vigencia de la Ley 491 de 1999 en el país, y en consecuencia, el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante, su reglamentación se encontró posteriormente con problemas constitucionales, y esto se debió a la redacción que se le había dado en sede legislativa a su artículo 26, la cual fue:

Para los delitos previstos en los artículos 189, 190, 191 y 197 y en el capítulo anterior, en los eventos en que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multa, cancelación de registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad, o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva (Ley 491, 1999, art. 26).

En virtud de esto, el mismo año en el que fue publicada la ley, recibió una demanda de inconstitucionalidad relacionada con las ambigüedades que presentaba en la descripción de las penas, y la (Corte Constitucional, C-843, 1999) declaró inexecutable este artículo en atención a que violaba el principio de la estricta legalidad, bajo el argumento de que, el solo enunciar sanciones penales, sin definir límites y elementos ciertos de aplicación de las distintas penas, resultaba en una clara vulneración a tal principio pues el juez al momento de fallar, tendría que recurrir a la subjetividad para determinar cuál pena imponer.

Además, resultó también para la Corte inadecuado el hecho de que la norma estableciera en su tenor la palabra involucrados, pues resultaba también incompatible con la legalidad estricta, porque el estar involucrado en un hecho punible, no supone en realidad el de haberlo cometido o haber sido copartícipe de él.

Con esto, se puede evidenciar entonces que la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya fue objeto de debate en Colombia, tanto en sede legislativa como en sede judicial, y si se hace un análisis de las reglamentaciones jurídico-penales que surgieron con posterioridad, se puede entrever que los intentos por reglamentarla no se abandonaron, de ahí que se entienda el artículo 91 de la ley 904 de 2004 que habla sobre la suspensión o cancelación de la persona jurídica cuando esta se ha dedicado total o parcialmente a actividades delictivas y

la ley 1778 de 2016 que establece un régimen de responsabilidad administrativa cuando una persona jurídica incurre en corrupción trasnacional.

Sumado a lo anterior, en el año 2018 se presentó una propuesta legislativa bajo el nombre de “proyecto de ley Anticorrupción” o “proyecto de ley 117 de 2018” que buscaba entre otras disposiciones, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante, tanto este intento legislativo como el que se llevó a cabo en 1996, ignoran las barreras dogmáticas que propone la tradicional teoría del delito vigente en Colombia, barreras, que tampoco fueron analizadas por la corte constitucional en las oportunidades que tuvo en los momentos históricos ya enunciados.

4. Importancia sustancial del modelo aplicado en Colombia sobre la responsabilidad penal en personas jurídicas de derecho privado

La entrada en vigencia de la Ley 1778 de 2016 permitió crear un precepto jurídico, por el 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.

Luego de la aprobación de la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales” de la OCDE, mediante la Ley 1573 de 2012, Colombia asumió la obligación de ajustar y armonizar su normatividad con los estándares internacionales, para sancionar efectivamente a las personas naturales y jurídicas que incurran en actos de soborno transnacional.

El establecer un régimen administrativo sancionatorio para las personas jurídicas que incurran en conductas de soborno transnacional, se enfoca en la sanción del lado “oferente” de la conducta.

El objeto de incorporar este régimen de fue el de ajustar y complementar el tipo penal de soborno transnacional, contenido en el artículo 433 del Código Penal Colombiano, de acuerdo con los estándares internacionales. Siendo este un gran avance en el país para generar responsabilidad penal a las personas jurídicas de derecho privado en el ámbito nacional, no obstante, dicha normatividad se queda corta.

Por lo anterior, en el año 2018 el presidente República, Iván Duque Márquez, acompañado del Procurador General de la Nación, Fernando Carrillo Flórez, radicó en el Senado el proyecto de Ley 117 de 2018, por medio del cual se buscaron adoptar medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las

personas jurídicas, y fortalecer el Ministerio Público. En sí el proyecto de norma buscaba instaurar la acción penal y el delito para las personas jurídicas, lo cual supone un importante avance en la legislación colombiana, pues existen medidas precarias o casi nulas para combatir el flagelo de la corrupción a través de leyes que impulsen la sanción penal en estos casos. Dentro de las sanciones planteadas en el proyecto de Ley 117 de 2018 se encuentra el de la sanción corporativa, y adicional a esto, otra ejemplar a los gestores y propietarios que están detrás de las prácticas corruptas y fraudulentas, entre las cuales se encuentra la prohibición de contratación con el Estado.

Aunado a esto, y como avance se le da vida a la extinción de dominio “exprés”, y de esta manera se endurece la sanción patrimonial a quienes atenten contra el patrimonio público. Ahora bien, de acuerdo con lo que atañe de éste proyecto de Ley, desde el título V –Responsabilidad para personas jurídicas, encontramos las sanciones que impondrá este nuevo régimen de acuerdo con el tema en cuestión, se evidenciaba entonces de esta manera que, tal como se menciona anteriormente, surge la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos que atenten contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada y por todos aquellos delitos que afecten el patrimonio público. Es importante mencionar que, la norma aduce que tal responsabilidad será determinada con aplicación de los principios y reglas generales que rigen el derecho penal, cuando sean compatibles con su naturaleza, y con arreglo a lo previsto de manera especial en la ley.

Se menciona entonces que, las personas jurídicas serán responsables penalmente de los delitos señalados anteriormente, que fueren cometidos en su provecho por sus representantes legales, su revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de

familia, administradores, directivos o quienes hagan sus veces al momento de la comisión de las conductas penales tipificadas, siempre y cuando, y aquí es importante hacer la salvedad, el delito sea producto del incumplimiento por parte esta, de los deberes de supervisión. El proyecto de Ley hace mención de que, cuando las personas naturales cometieren alguno de los delitos enlistados en ventaja propia o de un tercero ajeno, la persona jurídica no será responsable penalmente por tales conductas, pues no se hizo en provecho suyo.

Resulta importante para los autores del presente documento que, si bien es cierto que, los proyectos de ley al transitar por los debates correspondientes que se deben llevar a cabo antes de su promulgación como ley, pueden sufrir cambios en su estructura y redacción, y hasta no ser aprobados, como ocurrió con este, sin embargo, lo que se buscó con el análisis hecho al mismo fue simplemente una ilustración de que lo que puede llegar a ser ley de la República, en un nuevo proyecto.

Vale la pena identificar ciertas características del proyecto de Ley 117 de 2018 que vislumbra una posible asención doctrinal en responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado, a diferencia de como se ha venido considerando en Colombia. Por lo que, en este punto es preciso mencionar que el proyecto de Ley traía consigo la aclaración de que, la responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal que pudieren contraer las personas naturales. Además, la responsabilidad penal de las personas jurídicas también será independiente de la responsabilidad administrativa que sea producto de la participación en actos de soborno activo trasnacional (L. 1778/2016)

A su vez, el artículo 22, propone adicionar a la Ley 906 del 2004, el artículo 6A, el cuál trae consigo la implementación del debido proceso de la persona jurídica, derecho supraconstitucional protegido en el artículo 29, por el cual, a las personas jurídicas se les procesará conforme a las reglas establecidas en la Ley 906 del 2004, con sus respectivas

adiciones y modificaciones. A la persona jurídica, en virtud de este derecho, se le citará a través de su representante legal, quien será el encargado de representarla en las diligencias de indagación, investigación y juzgamiento.

Por su parte, el artículo 23 mencionaba la representación de la persona jurídica derivada también del debido proceso, así: Si citado para comparecer a una audiencia ante el juez, el representante legal de la persona jurídica no se presenta, esto sin existir justificación objetiva válida dentro del proceso, el juez, tendrá la facultad de ordenar el arresto de la misma hasta la realización de la audiencia, la cual deberá efectuarse en un plazo máximo de 24 horas desde que se produzca la privación de la libertad.

En el evento en el cual, el representante legal fuese contumaz a la comparecencia de la audiencia, el fiscal deberá realizar una solicitud ante el juez para que éste designe a un defensor público con el fin de que ejerza defensa técnica de la persona jurídica, esto sin perjuicio de que, en cualquier momento del proceso, el representante legal pueda designar a un defensor de confianza con el objetivo de que lleve a cabo su defensa técnica dentro del proceso judicial (Agudelo, 2019).

Así pues, el proyecto de Ley 117 del 2018 buscó adicionar a la parte general del Código Penal Colombiano (Ley 599 del 2000) la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir del artículo 100A hasta el artículo 100T, estableciendo que, las personas jurídicas de derecho privado responderán penalmente por los delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada y por todos aquellos delitos que afecten el patrimonio público. Haciendo referencia a algunas circunstancias en las cuales podría ser una sociedad o empresa

penalmente responsable de un delito a través de su representante legal o administrador, quien sería el titular de la persecución penal.

A estos delitos cometidos bajo tal proyecto de ley, se les quiso aplicar los principios y reglas generales del derecho penal, cuando estos sean compatibles con su naturaleza, y con arreglo a lo previsto de manera especial en esta ley. Haciendo referencia expresa la futura norma a que, dichas disposiciones van a ser compatibles con todos los delitos en los cuales pudiera incurrir la persona jurídica.

Además, el proyecto intentó consagrar una cualidad específica para el sujeto activo dentro de la sociedad llevando esta un principio de legalidad incorporado, el cual pudo generar problemas a la hora de la imputación de la responsabilidad penal en tanto que un simple operario de una sociedad que no ostente el puesto que el proyecto de ley (representantes legales, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión), siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión le exige y materialice la conducta esta podría resultar ser atípica por no cumplir con los elementos objetivos del tipo.

Es más, la responsabilidad penal en el Proyecto de Ley, no serían aplicables a las sociedades de derecho público, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativa, esto en el caso español, y la expresa regulación del apartado normativo del artículo 100A del Proyecto de Ley colombiano al referirse única y exclusivamente a las personas jurídicas de derecho privado, menciona que, también las excluye, así como también es mencionado en el artículo 100G en el Literal F.

Pese al resultado negativo del anterior proyecto de ley, es necesario que en Colombia se normatice la responsabilidad penal de las personas jurídicas del derecho público, máxime cuando en la actualidad se ha evidenciado que la delincuencia económica opera bajo la figura de la persona jurídica, que en gran medida obstaculiza la aplicación de la justicia penal. Tal es la reflexión que se hace en la Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla 2015. De manera que, con la penalización de las personas jurídicas:

...se buscan soluciones para enfrentar los nuevos desafíos, surgidos de las constantes y profundas transformaciones tecnológicas que afectan las relaciones sociales y laborales, los cuales no son superados por medio de criterios clásicos de imputación, válidos exclusivamente para el individuo. Surgen, así, necesidades de modificar las estructuras básicas de imputación y la de creación de nuevas reglas específicas para los entes colectivos. (Arns de Oliveira, 2015, p. 185).

Porque, el derecho penal clásico es insuficiente para responder a los comportamientos activos u omisivos de la sociedad moderna (Arns de Olivera, 2015). Así lo demuestran los ejemplos en las múltiples conductas contra el derecho penal económico, los delitos ecológicos o los de fraude a subvenciones, realizados por personas jurídicas. (Bacigalupo, citado por Arns de Oliveira, 2015) enuncia lo siguiente:

La distribución de competencias dentro de una organización compleja, como tiene una persona jurídica, impide en la mayoría de los casos imputar el injusto a un sujeto concreto. Por lo tanto, ese sujeto insuficiente debe ser reestructurado para poder dar una explicación a los injustos penales cometidos por personas jurídicas en el tráfico jurídico de la sociedad moderna. La reestructuración de la idea del sujeto en el derecho penal significa, en consecuencia, una ampliación del ámbito de imputabilidad que abarca desde el individuo hasta una persona jurídica, cambiando el paradigma 'societas delinquere non potest' que, por otra parte, como se ha demostrado a lo largo de esta investigación, nunca ha sido tan claro en la doctrina como alguno de sus defensores pretenden hacer creer (p. 84).

Esa realidad es la que ha dado lugar a que, desde los convenios internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o el Consejo de Europa o desde la propia Unión Europea (UE), se considere necesaria la implementación de sanciones contra las personas jurídicas. Sin embargo, no se ha precisado que este tipo de acción se deba efectuar desde la perspectiva del derecho penal. Otra cosa es que se invite a que algunas conductas de las personas jurídicas sean sancionadas con penas que en realidad tengan un carácter de efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Entonces, si nada se opone a que las personas jurídicas ingresen como sujetos activos de delitos, basta con que el legislador realice algunas modificaciones a la parte general del Código Penal, posiblemente a algunos capítulos de la parte especial y seguramente a las normas procesales.

Para finalizar esta investigación es preciso mencionar que a través de la reciente ley 1121 de 2021, que sustituyó el título XI del libro 2 parte especial del código penal, se busca mitigar los daños ambientales cometidos por particulares, esta ley transforma el código penal y el código de procedimiento penal en relación con el medio ambiente como bien jurídico tutelado. Los cambios más relevantes son la creación de nuevos tipos penales como: Tráfico de fauna (art 328A), manejo ilícito de especies exóticas (art 329), deforestación (art 330), promoción y financiación de la deforestación (art 330 A), daños a los recursos naturales y ecocidio (art 333), entre otros, del mismo modo se señala una serie de circunstancias punitivas y dosificación punitiva para casos en los delitos de daños en los recursos naturales y ecocidio, contaminación ambiental y contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo que se realicen en modalidad culposa.

Conclusiones

El presente estudio permitió abordar la evolución y desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado, dejando ver que existen rastros que desde el año 1750 a.C. ya se venía dando responsabilidades a colectivos, pues el Código de Hammurabi le otorgaba responsabilidad a la familia y a la corporación territorial, aunque la base del tratamiento de la responsabilidad colectiva es atribuida al Derecho romano clásico, distinguiendo entre la *universitas* y el *singuli*); a su vez, los derechos medieval y canónico también hicieron aportes a la construcción de la responsabilidad corporativa, quienes retoman el derecho romano para abordar el tema; aunque sólo hasta S. XVIII y XIX cuando el *axioma societas delinquere non potest* empieza a tener cabida en los ordenamientos jurídicos de variedad de países.

Con el ánimo de identificar el constructo teórico, jurídico y jurisprudencial que desarrolla el modelo de responsabilidad penal en personas jurídicas de derecho privado, el estudio se enfocó en las discusiones más recientes de la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ello se realizó una mirada a los modelos de atribución de responsabilidad (transferencia, identificación o alter ego, atribución vicarial y atribución de responsabilidad por hecho propio); no obstante, actualmente en la legislación penal colombiana, no existe el concepto de persona jurídica, dicho concepto se encuentra definido por el derecho privado, aunque se trató de empezar a regular con parte de la Ley 235 de 1996, pero el articulado que lo hacía fue declarado inconstitucional.

Sin embargo, hoy en día, al evidenciar que la delincuencia económica opera bajo la figura de la persona jurídica en Colombia, se hace necesario normatizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas del derecho público, pues se obstaculiza la aplicación de la justicia

penal dejando libres a responsables de conductas turbias; en este sentido en el año 2018 se presentó un proyecto de ley orientado a atacar la corrupción, en el que en parte de su articulado se habilitaba la responsabilidad penal para las corporaciones privadas, pero el legislativo no lo avaló, por lo que fue archivado.

Todo lo anterior, permitió describir el marco constitucional, jurídico y jurisprudencial de los fundamentos del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia; lo cual permitió identificar que hoy en día existe un tipo de responsabilidad penal en personas jurídicas de derecho privado, aunque esta es limitada, puesto que confiere imposición de penas accesorias a la persona jurídica, como la suspensión y cancelación de la personería jurídica, aunque no son penas privativas de la libertad.

Así pues, gracias a la Ley 1121 de 2021, existe la posibilidad de otorgarle responsabilidad penal a personas jurídicas de derecho privado que cometan delitos ambientales, lo que a juicio de los autores carece de entendimiento, pues consideran que la realización de una actividad potencialmente peligrosa para la sociedad - sujeta a permiso, autorización o licencia previa -, sin antes obtenerlos, denota un grado de culpabilidad que pueden recaer sobre las personas jurídicas. Siguiendo este lineamiento en el cual una persona jurídica puede verse inmersa en una conducta punible respecto a un bien jurídico tutelado en particular (medio ambiente) supone no menos la duda de la intromisión de la persona jurídica que en la esfera penal se limita verdadera y únicamente al derecho penal ambiental.

Si miramos detenidamente en Colombia se puede reconocer que, desde la constitución de 1991, se creó un bloque de 40 disposiciones que a partir del preámbulo invitan al estado y particulares a crear situaciones encaminadas al ambiente sano como presupuesto de la vida, dando lugar según algunos a considerar la constitución como una de constitución ecológica, sentencia C-596 de 1998 M.P Vladimiro Naranjo Mesa. Así también leyes complementarias

como la 491 de 1999 han mostrado una variedad de disposiciones en las que se busca proteger los recursos naturales y el medio ambiente como elemento principal de la vida en comunidad.

Si la implementación de la persona jurídica en la conducta penal está incluida a partir de elementos que garanticen la vida en comunidad, valdría la pena mencionar la inclusión entonces de otros delitos que también pueden ser esenciales para garantizar tal situación.

El lavado de activos determinado en el artículo 323 del código penal busca proteger el orden económico y este tiene lugar, cuando el agente realiza acciones encaminadas a encubrir el origen ilegal de los bienes o activos que son producto del ejercicio de conductas ilícitas, incorporándose de esta manera a la economía del país para dar fachada de legítimos, así pues se puede evidenciar muchas operaciones financieras tales como: inversión de certificados de depósito, traslado de dinero a países considerados paraísos fiscales, para luego entrarlos mediante tarjetas de crédito, utilización inapropiada del ejercicio de aseguradora, invertir en inmuebles, actividades relacionadas con joyas y metales preciosos etc; aunque este tipo penal el sujeto activo es indeterminado, el bien jurídico protegido como lo es el orden económico puede fácilmente verse afectado por operaciones realizadas por personas que se encuentren bajo el seno de alguna empresa, pese a que las formas de hacerlo son muchas, las personas jurídicas propiamente dicha logran salir sin problema en este tipo de situaciones más aún cuando el legislador amplió el margen de acción de los delitos de lavados, incluyendo la adquisición, el transporte, etc, entonces podríamos incluso hablar de varias personas jurídicas inmersas en las diferentes modalidades de un mismo delito; una empresa transportadora y una empresa comercializadora de joyas por ejemplo, ahora el orden económico también es parte de la vida en comunidad.

Así pues, se llega a la conclusión que es necesario separar la responsabilidad de las personas naturales y las jurídicas, en el sentido de crear sanciones exclusivas para las personas jurídicas, como por ejemplo, el caso de una clínica privada se realicen malas prácticas como lo es el aborto de manera ilegal, estos delitos se encuentren sancionados específicamente en la norma, en el cual se identifique en una primera instancia el delito y que permita a la empresa demostrar el desconocimiento o no y a su vez aplicar medidas estrictas para evitar la ocurrencia de estos mismos hechos.

La protección a la vida e integridad de las personas es algo claro. El artículo 11 de la carta magna declara que el “derecho a la vida es inviolable”, desde el preámbulo y también el inciso 2 del artículo 2 ibidem, declaran que uno de los bienes jurídicos dignos por excelencia de proteger es la vida, el cual, hace parte de los derechos inalienables de la persona, artículo 5 de la carta. Aunque la integridad no es un bien jurídico propiamente dicho, este hace parte de lo conceptualizado como vida, de ahí que todo ataque en contra de la integridad de una persona sea un ataque directo al derecho a la vida. Dicho precepto no es algo exclusivo de nuestra constitución, ya que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, es contundente al considerar la integridad personal como un bien jurídico tutelado, además de su interdependencia con la vida. Entonces cuando se prestan instalaciones médicas para la realización interrupción de abortos, procedimientos estéticos por personal no calificado, no tendría un grado de responsabilidad la persona jurídica inmersa en ellos, no tenían un deber mínimo de cuidado y garantizar que los procedimientos allí realizados sean legales o fueran aquellos para los cuales fueron prestadas sus instalaciones.

La salud pública como bien jurídico tutelado es todo aquel conjunto de condiciones que positiva y negativamente garantizan y también fomentan la salud de los habitantes de un lugar determinado, ahora el ámbito público de la salud, no es una particularidad de bien jurídico, sino

algo característico de los ataques que suponen estos delitos y la afectación plural que representa por el carácter de delitos de peligro colectivo, el ejemplo más claro art 372 del código penal, corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, la estructuración del comportamiento en cuestión, la modificación bioquímica, física u orgánica del producto, ya que se entiende que aquél cumplió con dichas condiciones en un principio, sino que al momento de su distribución, suministro o comercialización, la sustancia o producto se encontraba afectada. Dicho deterioro tiene que ver con la presentación del producto, esto quiere decir que el contenido no corresponde al autorizado, también cuando por sus características no se encuentra debidamente conservado, cabe mencionar que la conducta para no ser considerada atípica debe poner en peligro la vida o la salud de las personas; si bien es cierto que el tercer inciso de la disposición se consagra una agravación, si quién suministre o comercialice es el mismo que elaboró, contaminó o alteró, en ningún momento menciona el establecimiento bajo el cual se llevó a cabo dicha práctica, entonces en el hipotético caso de una farmacia comercie un medicamento x vencido por no tener la debida precaución y este sea vendido a la comunidad en general; o cuando en hospitales personas fallecen por haber recibido un tratamiento equivocado por parte del personal médico, entonces todo ello supone la exposición en peligro para la vida y más cuando esta práctica puede acarrear la muerte de las personas.

Referencias

- Agudelo, D. (2019). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas entre la legislación de España y Colombia*. [Tesis de grado, Universidad CES].
- Arns de Oliveira, M. H. (2015). Responsabilidad penal de la persona jurídica en el ámbito del derecho penal económico. *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, 35, 179-189.
v9n35/1870-2147-rius-9-35-00179.pdf
- Bacigalupo, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch.
- Bacigalupo, E. (2011). *Compliance y derecho penal*. Aranzadi
- Carvajal, S. y González, J. J. (2018). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y su viabilidad en la legislación colombiana*. [Tesis de grado, Universidad EAFIT].
- Corte Constitucional de la República de Colombia, T-369 (Vladimiro Naranjo Mesa, 16 de septiembre de 1993).
- Corte Constitucional de la República de Colombia C-597, D-1229 (6 de noviembre de 1996).
- Corte Constitucional de la República de Colombia C-320 (30 de junio de 1998) [MP Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional de la República de Colombia C-843 (27 de octubre de 1999). [MP Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional de la Republica de Colombia. Sentencias C-853, D-5637 (17 de agosto de 2005).
- Código Civil Colombiano (CCC). Ley 57 de 1887. Arts. 73 y 633.
- Código Penal Colombiano (CPC). Ley 599 de 2000. Art. 12, 94 y 97
- Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Art 91.

Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 600 de 2000. Art 65.

De Martino, S. y Guerreo, S. (2018). 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. *Universidad de Estudios de Bogotá*, (18), 73-98.

De Castro y Bravo, F. (1981). *La persona jurídica*. Civitas.

De Simone, G. (2012). *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*. Edizioni ETS.

Donaires, P. (2013). Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. *Derecho y Cambio Social*, 10 (31), 1-22.

García, P. (2005). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho Penal y Criminología*. 26, (78), 137-144.

González S., P. (2012). Responsabilidad penal para personas jurídicas. Tesis doctoral. España: Universidad de Granada.

Hernández-Sampieri, R., Fernández, C. y Batista, P. (2010). *Metodología de la investigación*. Sexta edición. México: Mc Graw Hill.

Ilabel, N. S. (2014). *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas Español y Chileno* [Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. Barcelona.

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 Español.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español.

- Marinucci, G. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático. En C. García (Coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I (2da. ed.) (pp. 1173-1200). Edisofer.
- Martínez, V. (2018). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina societas delinquere non potest*. Editorial B de F.
- Minasola, C. (2015). Il trapianto giuridico dei compliance programs dal sistema statunitense al sistema penale italiano: un approccio storico-comparativo al principio societas delinquere non potest [Tesis doctoral, Università degli Studi di Palermo]. <http://hdl.handle.net/10447/106047>.
- Panizo, S. (1975). *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*. Ediciones Universidad de Cizur Menor.
- Pazmiño, J. R. y Pozo, J. F. (2019). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *compliance*: caso Ecuador. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 40 (109), 89-122.
- Petro G., I.; Mosquera R., J. & Torres M., L. (2014). La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia. *Revista Criminalidad*, 56 (3): 87-102.
- Pineda Aguilar, A. C. (2012). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Viabilidad dentro del ordenamiento jurídico nacional?* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana
- Proyecto de Ley 117 de 2018, por el 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”. Versión digital disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2018-2019/1255-proyecto-de-ley-117-de-2018>
- Reyes, Y. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho Penal Contemporáneo*, 43-66.

- Sánchez, B. (2017). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a la reforma del artículo 31 bis CP de 2015*. [Tesis de grado, Universidad de Salamanca].
- Sánchez, J. M. (2008). La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas. *Derecho Penal y Criminología*, XXIX(86-87).
- Sánchez, R. (2018). *La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. Posibles mejoras del modelo español*. [Tesis de maestría, Universidad Internacional de La Rioja].
- Serrano, J. M. (1988). Una aproximación a las fuentes doctrinales de la concepción savigniana de la persona jurídica [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid].
<https://eprints.ucm.es/53337/>.
- Sintura, F. J. (30, octubre, 2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Leguis. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/educacion-y-cultura/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>
- Velázquez, F. (1993). “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”, en Derecho y Ciencias Políticas, 283-310.
- Zugaldia-Espinar, J. M. (1977). Las penas previstas en el art.129 del Código Penal para las personas jurídicas (consideraciones teóricas y consecuencias prácticas). *Poder Judicial*, (46), 329ss.