



**NOVEDAD DERECHO PENAL:
HACIA UN DERECHO PENAL EMPRESARIAL
BASADO EN EL MODELO CONSTRUCTIVISTA
DE AUTORRESPONSABILIDAD PENAL
EN EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL COLOMBIANO**

***TOWARDS A BUSINESS CRIMINAL LAW BASED
ON A CONSTRUCTIVIST AND AUTO CRIMINAL
RESPONSIBILITY MODEL IN THE COLOMBIAN
LEGAL CRIMINAL SYSTEM***

SERGIO ANDRÉS DIETES CALDERÓN*

MARÍA PAULA DIETES CALDERÓN**

Disponible en línea: 30 de Noviembre de 2016

RESUMEN

El presente ensayo tiene como objetivo la implementación de un sistema de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas, lo anterior, debido que a las corporaciones se les reconoce capacidad para actuar (así sea delimitada), y además, son sujetos que tienen la facultad de contraer derechos y obligaciones. Sin embargo, en nuestro actual ordenamiento jurídico no existe aún este tipo de responsabilidad, pero los grandes cambios en la industria, la empresa y la sociedad, demuestran la necesidad de poder atribuirle responsabilidad a la persona jurídica.

* Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana cursando décimo semestre. Miembro del comité editorial de la Revista Universitas Estudiantes. Miembro del semillero de investigación en derecho penal económico. Correo electrónico: sdietes@javeriana.edu.co

** Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana cursando quinto semestre. Miembro del comité editorial de la Revista Universitas Estudiantes. Correo electrónico: dietesmaria@javeriana.edu.co

Palabras clave: responsabilidad penal; personas jurídicas; modelo constructivista; equivalentes funcionales; capacidad.

ABSTRACT

The objective of this essay is the implementation of a criminal responsibility system applicable to the legal person, the former is due to the recognition of a corporation's capacity to act (even if it's delimited), and are also subjects that have the faculty to acquire rights and obligations. However, in our current legal framework this type of responsibility doesn't exist yet, but the great changes in the industry, company and society, shows the need to be able to attribute responsibility to the legal person.

Keywords: criminal responsibility; legal person; constructivist model; functional equivalents; capacity.

1. INTRODUCCION

Remontándose a los antecedentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, hay que manifestar la preponderancia de sistemas que atribuían alguna responsabilidad a la empresa por las actuaciones de sus empleados, es decir, un modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad por el hecho ajeno¹; sin embargo, no tenían en cuenta que el panorama económico post-industrial en la actualidad conllevó al surgimiento de grandes entidades colectivas que por su misma dimensión obstaculizan una adecuada individualización de la persona física que promovió la conducta delictiva, concibiendo una impunidad de la empresa por no encontrarse el vínculo o sujeto que ejecutó la conducta contraria a derecho; por tal motivo, es necesario plantear una Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas con base en un sistema de autorresponsabilidad o del hecho propio, que conlleva a la desvinculación de la persona física y jurídica, generando así dos sistemas de responsabilidad penal diferenciados.

Contrario a dichos sistemas de heterorresponsabilidad penal, en Colombia, aun cuando Luis Carlos Giraldo Marín en la comisión redactora del código penal de 1980 trató de sostener la posición de implementar un sistema de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, fue derrotado por los demás miembros que la conformaban, los cuales expusieron argumentos dirigidos ex-

1 Carlos Gómez-Jara, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas- el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, I, 11 (1a. Ed., Ara Editores, Perú, 2010).

clusivamente hacia las personas físicas², manteniendo así un sistema penal que incluso después de la ley 599 de 2000 sostiene una responsabilidad penal enfocada únicamente a la Persona Física, excluyendo así cualquier responsabilidad penal de la persona jurídica, inclusive por el hecho ajeno.

2. BASE CONSTITUCIONAL

Es así, que se plantea dejar atrás tradiciones dogmáticas que proyectan vacíos respecto de la responsabilidad penal de una Persona moral y promover un derecho penal empresarial fundando en el hecho propio. Por ello, si buscamos responsabilizar a las empresas por sus actuaciones, necesitamos encontrar una base constitucional que soporte dicha atribución.

El artículo 38 de la Carta Política establece que: “se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”; de igual manera el artículo 333 expresa que: “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. (...), La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. (...), La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”.

Según lo anterior, la Constitución garantiza que las personas pueden asociarse y desarrollar actividades económicas libremente, pero siempre cuando respeten los límites del bien común³, y de la misma manera la ley podrá circunscribirla cuando por específicas circunstancias sea necesario; por último, en un Estado democrático y social de derecho como el nuestro, se consagran una serie de garantías, libertades, obligaciones y derechos que cobijan tanto a las personas físicas como a los entes corporativos, obviamente teniendo como límite la naturaleza de estos últimos⁴, es decir, que desde la misma Constitución se reconocen unos mínimos a las empresas.

3. FUNDAMENTOS POLÍTICOS.

Del reconocimiento de esos mínimos y de las obligaciones a cargo de las empresas, entendemos a las mismas como unos sujetos activos de derecho, tal

2 Raúl Eduardo Sánchez Sánchez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 105 (1a. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, Bogotá, 2005).

3 En ese sentido podemos entender que las empresas pueden actuar tanto lícita como ilícitamente.

4 Raúl Eduardo Sánchez Sánchez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 106 (1a. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, Bogotá, 2005).

como se reconoce dentro de todo nuestro ordenamiento jurídico⁵; por tal motivo y ante la imposibilidad del Estado de regular y controlar todas las esferas sociales, en concreto, las complejas organizaciones empresariales, se entiende necesario trasladar a las empresas el rol de autorregularse. Por ello se busca una transferencia de algunas labores propias del Estado hacia las empresas, como la capacidad de regulación y asunción de riesgos, pues ellas se encuentran en una mejor posición para, primero, crear programas internos de autorregulación y segundo, en términos económicos tienen la capacidad de asumir los costos de los mismos. Por tal motivo se entiende que se les proporciona una determinada libertad con fundamento en la Constitución⁶. De antemano debe reconocerse que a pesar de la libertad empresarial y la carga de la autorregulación, el Estado sigue teniendo control sobre dicha manifestación, es decir, que nos encontramos frente a una autorregulación regulada⁷.

Además de la autorregulación, el modelo constructivista toma también como fundamento la ciudadanía empresarial, la cual no es más que la adopción de sistemas que promuevan el cumplimiento efectivo de la legalidad y de la misma manera la investigación de conductas derivadas del incumplimiento normativo, es decir, crear una cultura empresarial que promueva y sancione el no cumplimiento de la vigencia de la norma.

De dicho concepto se deriva el ciudadano corporativo que palabras más o palabras menos es aquel ciudadano que cumple con la legalidad⁸, pero más allá del cumplimiento de la norma y del derecho a voto de las personas físicas, es necesario mencionar la libertad de expresión en cabeza de dichas corporaciones para ser parte del debate público y así cuestionar las normas desde una vía legítima. Por ello las empresas al tener la oportunidad de cuestionar determinadas normas bajo su derecho de expresión, resulta coherente la imposición de una sanción penal.

5 Reconocimiento de voluntad propia, distinta a la de los accionistas. Ejemplos: Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts. 604, 637, 2079. Abril 15 de 1887 (Colombia). Decreto 410 de 1971 [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. Art 98. Además de jurisprudencia y doctrina que le reconocen voluntad propia al ente.

6 Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 38, 333. Julio 7 de 1991 (Colombia).

7 Julio Banacloche, Jesús Zarzalejos y Carlos Gómez-Jara, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas- aspectos sustantivos y procesales*, 27-29 (1a. Ed., LA LEY, Madrid, 2011).

8 Winthrop Swenson, *The Organizational Guidelines “Carrot and Stick” Philosophy, and Their Focus On “Effective” Compliance*, en: U.S sentencing commission; corporate crime in america: strengthening the good citizen corporation, 1995, pag. 34 (1995).

4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

En concreto, el modelo constructivista parte de la idea de “establecer los equivalentes funcionales⁹ de la teoría jurídica del delito de las personas físicas y la teoría del delito de las personas jurídicas”¹⁰. En esa línea Tolosa Russi expresa: “La intención no es cambiar toda la tradición jurídica, sino hacerla más dinámica y que, de esa forma, responda a las necesidades político-criminales de la sociedad de hoy, en la cual las personas jurídicas adquirieron una relevancia sumamente importante que no puede ser desconocida y sí, por el contrario, debe ser ajustada acorde con las necesidades que el sistema jurídico y la sociedad lo exigen¹¹”.

El primer escollo en plantear una Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas es el referente a la capacidad de acción de los sistemas tradicionales de imputación penal, que simplemente cobija a las personas físicas, dejando de un lado a las Personas Jurídicas. Así, en la conformación de un modelo constructivista de derecho penal empresarial se entiende que la capacidad de las personas jurídicas está dada por la capacidad de organizar las acciones de las personas físicas¹², es decir, la capacidad de organizarse como un ente autopoeítico. Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-320/98 manifiesta que: “la ley penal brinda la máxima protección jurídica a bienes valiosos para la persona humana y la vida social. La traducción de esta defensa en sanciones penales, tiene un propósito tanto comunicativo como disuasorio. ***Cuando la acción prohibida por la norma penal es susceptible de ser realizada por un ente*** —y no solamente por una persona natural—, ***limitar a ésta última la imputabilidad penal reduce el ámbito de protección acotado por la norma.*** (Cursiva y negrilla fuera de texto)”.

En concordancia con lo anterior, las leyes y la jurisprudencia admiten que las personas morales, tienen una capacidad de acción (distinta a la capacidad de acción de la persona física) que puede conducir a la vulneración de un bien jurídico protegido por el derecho penal.

-
- 9 “En el campo de ciertos delitos la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas, resulta necesaria para proteger debidamente la sociedad”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C320 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Junio 30 de 1998).
- 10 Carlos Gómez-Jara, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas- el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, I, 39, (1a. Ed., Ara Editores, Perú, 2010).
- 11 Daniel Tolosa Russi, *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en Colombia*, 36, *Revista Derecho Penal y Criminología*, No. 100, 13-43, (2015).
- 12 Carlos Gómez-Jara Diez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 278, (1a. ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, 2005).

5. EQUIVALENTES FUNCIONALES

En lo que se refiere a la tipicidad objetiva Gómez-Jara expresa que: “se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial por encima del permitido que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido”¹³. Por su parte, la jurisprudencia manifiesta que: “la ley recurre a la personificación jurídica con el objeto de satisfacer específicas necesidades de organización y expresión de la acción colectiva orientada a la consecución estable de fines lícitos. Si se examina con detenimiento el régimen jurídico que hace posible introducir este actor de la vida social, se concluye que está dotado de instrumentos y mecanismos prudenciales para controlar, dentro del campo en el que despliega su objeto, las acciones y omisiones, que le pueden ser genéricamente imputadas, según sus consecuencias”¹⁴.

En esa medida podemos manifestar que las personas jurídicas, sobre la base del reconocimiento de una autorregulación y unos mínimos consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano, además de obligaciones y cargas que de incumplirse aquellas, en específico la de mantener un cumplimiento del derecho por medio de una estructura organizada la cual genere unos riesgos más allá de los debidos y que se concretó en un daño a un bien jurídico tutelado, es posiblemente imputable en la justicia penal; así en desarrollo de una teoría constructivista, el defecto de organización es el equivalente a la tipicidad objetiva establecida en los modelos de responsabilidad penal de las personas físicas.

Por otro lado, nos encontramos con que el dolo y la imprudencia (tipo subjetivo) tradicionalmente son entendidos como voluntad y conocimiento, conllevando a un quebrantamiento o imposibilidad de la figura jurídica frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo cual es viable tal como lo ha planteado la teoría en cuestión, consignar unos equivalentes para las personas teniendo en cuenta la naturaleza de cada una.

En la construcción de un nuevo modelo de responsabilidad penal, para superar la problemática presentada existen dos circunstancias fundamentales: la primera, es que el dolo viene referido al conocimiento que se tiene de determinado riesgo, y la segunda, el dolo se imputa a un agente en función de ciertos in-

13 Carlos Gómez-Jara Diez, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 27 (1a. ed., B de F, 2010).

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-320 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Junio 30 de 1998).

dicios¹⁵. Respecto del primer argumento, podemos concretar que se le atribuye a la persona moral determinada situación delictiva en la medida que la misma conocía que el riesgo se podía realizar en un resultado; y frente al segundo, los indicios son importantes a la hora de valorar la conducta, pues un indicio podría ser el de imputar el conocimiento de la persona jurídica a través de los conocimientos individuales del riesgo por parte de los trabajadores y directores; concepto similar a la doctrina del conocimiento colectivo o *collective knowledge* usada en Norteamérica para atribuir a la persona moral la suma de los conocimientos de sus asociados o miembros. Para concluir que el tipo subjetivo de la Persona Jurídica viene dado por la existencia de un determinado conocimiento organizativo del riesgo empresarial¹⁶.

Por y en cuanto a la culpabilidad, el concepto constructivista manejado por Gómez- Jara se basa en tres equivalentes funcionales: la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma *básico del derecho penal* (libertad de organización, a cambio de responsabilidad por las consecuencias de dicha organización), y la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma¹⁷. Palabras más o palabras menos: El equivalente funcional de la culpabilidad de la persona jurídica, consiste, en una determinada cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad¹⁸. Para que todo esto sea efectivamente incorporado, se debe concebir la culpabilidad como un reproche o fenómeno social y no individual (Córdoba Angulo), en esa vía Tolosa Russi expresa que: “La sociedad le reprocha a la persona moral, al ente colectivo que, teniendo la capacidad de organizarse de tal forma que no lesione bienes jurídicos puestos en riesgo al desarrollar su actividad, no se organiza correctamente, trayendo como consecuencia la vulneración de intereses colectivos”.

5. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico Colombiano en materia penal, solo atribuye responsabilidad a las personas naturales, olvidando la existencia de personas jurídicas, bien conocidas como instituciones capaces de contraer obligaciones y derechos.

15 Julio Banacloche, Jesús Zarzalejos, y Carlos Gómez-Jara, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas- aspectos sustantivos y procesales*, 79 (1a. Ed., LA LEY, Madrid, 2011).

16 Julio Banacloche, Jesús Zarzalejos, y Carlos Gómez-Jara, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas- aspectos sustantivos y procesales*, 42 (1a. Ed., LA LEY, Madrid, 2011).

17 Carlos Gómez-Jara, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas- el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, I, 45, (1a. Ed., Ara Editores, Perú, 2010).

18 Julio Banacloche, Jesús Zarzalejos, y Carlos Gómez-Jara, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas- aspectos sustantivos y procesales*, (1a. Ed., LA LEY, Madrid, 2011).

Las personas jurídicas al ser reconocidas como sujetos de derecho, tienen plena capacidad para obrar y sus actuaciones pueden llegar a estar encaminadas a obtener intereses ilegítimos, o vulnerar los preceptos legales. Sin embargo el ordenamiento no le reconoce como sujeto al cual se le pueda atribuir responsabilidad; en esta medida es necesario que se implemente un sistema de autorresponsabilidad o del hecho propio a la persona jurídica, y con ello la producción de dos sistemas de responsabilidad diferenciados, uno para la persona jurídica y otro para la persona física. Es por ello, que el sistema constructivista mediante el vínculo o los equivalentes funcionales, busca la forma de tomar el sustento de una estructura ya preestablecida y acomodarlo en razón a la naturaleza del sujeto, que en este caso son las personas jurídicas.

En conclusión, la responsabilidad de dichas corporaciones es más que necesaria en la medida que en el panorama actual, las corporaciones tiene una gran influencia en la sociedad y en la economía del país, a tal punto de tener la capacidad de afectar bienes jurídicos tutelados por la ley. Ratificando lo anterior, nos encontramos la sentencia C-320 de 1998 que abre la posibilidad a dicha responsabilidad, y de la misma manera se disminuiría la impunidad que hoy se genera en las actuaciones desplegadas por las empresas que pueden afectar bienes jurídicos tutelados por la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Carlos Gómez-Jara Diez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 278, (1a. ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, 2005).
- Carlos Gómez-Jara Diez, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 27, (1a. ed., B de F, 2010).
- Carlos Gómez-Jara, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas- el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, I, (1a. Ed., Ara Editores, Perú, 2010).
- Daniel Tolosa Russi, *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en Colombia*, 36, *Revista Derecho Penal y Criminología*, No. 100, 13- 43, (2015).
- Julio Banacloche, Jesús Zarzalejos y Carlos Gómez-Jara, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas- aspectos sustantivos y procesales*, 27-29 (1a. Ed., LA LEY, Madrid, 2011).
- Raúl Eduardo Sánchez Sánchez, *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 105 (1a. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, Bogotá, 2005).
- Winthrop Swenson, *The Organizational Guidelines “Carrot and Stick” Philosophy, and Their Focus On “Effective” Compliance*, en: U.S sentencing commission; corporate crime in america: strengthening the good citizen corporation, 1995, pág. 34 (1995).