



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA



PAULA CADAVID LONDOÑO

2022



TABLA DINÁMICA DE CONTENIDOS

BREVE SINOPSIS PROFESIONAL DEL AUTOR.....	4
PRESENTACIÓN DEL MÓDULO	5
INTRODUCCIÓN	6
CONVENCIONES	7
UNIDAD 1: CONTEXTO INICIAL: RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL8	
1. PUNTO DE PARTIDA METODOLÓGICO: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS	8
1.1. CREACIÓN DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO	12
1.2. TRADUCCIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO LESIVO PRODUCIDO ...	16
1.3. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA	20
2. ESTRUCTURAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL	21
2.1. MODELOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	21
2.2. LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN	33
2.3. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR IMPRUDENCIA	36
3. SÍNTESIS DE LA UNIDAD	38
4. ESTRATEGIAS EVALUATIVAS	41
UNIDAD2:IMPUTACIÓN PERSONAL EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES.44	
1. PROBLEMÁTICA REFERIDA A LA CRIMINALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA.....	45
1.1. SOBRE EL CONCEPTO DE EMPRESA.....	46
1.2. ESCENARIOS DELICTIVOS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA.....	47
1.3. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA DELINCUENCIA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA	54



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

2. SOBRE LA FORMA DE ABORDAR LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE DERIVAN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA EMPRESA EN EL ANÁLISIS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	58
2.1. PUNTO DE PARTIDA METODOLÓGICO	58
2.2. ALGUNOS ASPECTOS GENERALES DEL FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA QUE INCIDEN EN EL ANÁLISIS DE RESPONSABILIDAD PENAL	61
2.3. FIGURAS DOGMÁTICAS PERTINENTES RESPECTO DE LA DELINCUENCIA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA	66
3. INCIDENCIA DE LOS MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO EN EL ANÁLISIS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL.....	75
3.1. SOBRE LOS MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO.....	75
3.2. NORMATIVIDAD RELEVANTE	77
3.3. UTILIDAD DE LOS MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO EN EL ANÁLISIS DE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL	81
4. SÍNTESIS DE LA UNIDAD	83
5. ESTRATEGIAS EVALUATIVAS	85
UNIDAD 3: CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DEL DELITO PARA LAS EMPRESAS	87
1. SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE LA PERSONERÍA JURÍDICA	88
1.1. GENERALIDADES	88
1.2. CRITERIOS DE APLICACIÓN	90
1.3. ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES	95
2. LA VINCULACIÓN DE LA EMPRESA COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE AL INTERNOR DEL PROCESO PENAL.....	98
2.1. GENERALIDADES.....	98
2.2. EL TRÁMITE PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS DENTRO DEL PROCESO PENAL.....	99
2.3. LAS PERSONAS QUE ESTÁN LLAMADAS A INDEMNIZAR	101
2.4. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y DE ANÁLISIS	104
3. SÍNTESIS DE LA UNIDAD	107
4. ESTRATEGIAS EVALUATIVAS	108



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

UNIDAD 4: ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES	110
1. EL CONTROL JUDICIAL A LAS ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN DE LA FISCALÍA.....	111
2. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA	117
3. ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL Y SISTEMA DE FUEROS.....	119
3.1. JUSTIFICACIÓN	119
3.2. FUEROS	119
4. SÍNTESIS DE LA UNIDAD	124
5. ESTRATEGIAS EVALUATIVAS.....	125
BIBLIOGRAFÍA.....	127



BREVE SINOPSIS PROFESIONAL DEL AUTOR

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas y Título de suficiencia investigadora de las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra. Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Es Conjuez de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Es docente de pregrado de la Universidad de Los Andes desde 2006, y de posgrado en diversos semestres. También ha sido profesora de pregrado y postgrado en las universidades Javeriana, Libre de Pereira, y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Autora de diversas obras en derecho penal, publicadas en Colombia y en el extranjero y miembro del consejo editorial de revistas especializadas nacionales e internacionales. Es conjuez de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde hace 10 años.

Desde hace más de 17 años se dedica al litigio y la asesoría en asuntos penales, con enfoque en derecho penal en el ámbito de la empresa. Actualmente es socia de la firma PRÍAS CADAVÍD ABOGADOS. Anteriormente se desempeñó como asesora del Senador Rafael Pardo Rueda; en el Consulado General de Colombia en Barcelona, España; fue Asesora jurídica del Ministro del Interior, del Fiscal General de la Nación y del Ministerio de Justicia y del Derecho.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

PRESENTACIÓN DEL MÓDULO

El módulo de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa parte de una visión transversal del derecho penal general y especial pues la “empresa”, más que un fenómeno de la parte especial del Derecho Penal sustantivo es un fenómeno relacionado con la parte general de nuestro sistema penal¹. Así, es importante que los jueces penales conozcan y apliquen herramientas para analizar la atribución de responsabilidad por la comisión de conductas típicas en el escenario de la empresa.

En ese sentido, el módulo toma en cuenta diferentes enfoques pedagógicos teniendo en cuenta la profundidad y trascendencia del tema en cuestión, partiendo como presupuesto básico una metodología de enseñanza activa en la que el discente es el protagonista de su formación. Ahora, a lo largo del módulo se adoptan los siguientes enfoques:

- Aprendizaje autónomo y colaborativo: se busca que los discentes acudan al material académico como base para la resolución de casos y de las estrategias evaluativas. Sin embargo, basado en la premisa de que el conocimiento se construye en comunidad, ese primer acercamiento individual se nutrirá de la interacción entre los discentes pensando en cómo interactúa internamente la Rama Judicial. Esto se alinea con una perspectiva constructivista del conocimiento que tiene en cuenta la interacción social y contextual.
- Formación integral: el módulo se estructura de forma tal que el conocimiento y la práctica sean de utilidad para que los jueces penales tomen conscientemente las mejores decisiones en derecho.

Ahora, en términos de los lineamientos de la Escuela, el módulo tiene como eje fundamental el respeto de los derechos humanos inmanentes a la dignidad humana. El análisis de responsabilidad penal tiene que ajustarse a los presupuestos de constitucionales y legales, incluso en supuestos complejos y confusos, de comisión del delito en el ámbito de la empresa, en aras de respetar el debido proceso y el derecho de defensa del ciudadano, y los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas.

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, Madrid: Edisofer s.l., Buenos Aires: B de F, 2016, pp. 35 y ss.



INTRODUCCIÓN

El derecho penal moderno está necesariamente vinculado al escenario empresarial, como ámbito de comisión de conductas típicas. Vinculación que se evidencia cada vez con mayor frecuencia, en especial, dado el proceso imparable de expansión del derecho penal, a raíz del cual se ha ido introduciendo, a lo largo de los años, en todos y cada uno de los ámbitos sociales y económicos.

No obstante esta realidad dinámica, en Colombia seguimos decantándonos por una responsabilidad penal exclusiva del individuo, y las figuras dogmáticas de la responsabilidad penal atienden a tal presupuesto.

Lo anterior deriva en una dificultad seria al momento de identificar quiénes pueden ser responsables por las conductas típicas cometidas en el escenario de la empresa, así como para probar los elementos del delito que corresponden al individuo.

En tal sentido, la empresa, entendida como el escenario de realización conjunta de un objetivo común, supone un verdadero cambio de paradigma para el derecho penal, en tanto lo enfrenta a escenarios de intervención plural, estructurada a partir de niveles organizados de manera horizontal y vertical, guiados por distribución de funciones sin acuerdos comunes específicos, por la compartimentación de la información, y por la concentración de las labores de ejecución en los niveles que menos advierten el contexto respecto del hecho.

Con el propósito de responder estos retos, la doctrina ha desarrollado diversas respuestas, que se concentran, de manera generalmente aceptada, en lo que se denomina la Teoría del quebranto del deber empresarial. En lo fundamental, de acuerdo con ella, la empresa no es únicamente un grupo de personas, sino, además, un sistema de relaciones entre ellas. Todas estas relaciones se traducen en la división de funciones que llevan a la delegación y a la especialización. El supuesto del que parte esta teoría es que no todos realizan todo en el ámbito de la empresa y, por consiguiente, quien debe responder por la comisión de delitos es la persona que tenía dentro de sus funciones la evitación de la producción del resultado lesivo, en virtud del deber asumido.

Es así como, si bien la doctrina ha aportado respuestas para superar estos retos, y la jurisprudencia ha explorado estas dificultades, resulta pertinente reparar en estos aspectos, para suministrar a los operadores judiciales herramientas que les permitan llegar a soluciones efectivas en desarrollo de los procesos que les competen.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

CONVENCIONES

OG	Objetivo General
OE	Objetivos Específico
MAA	Módulo de Aprendizaje Autodirigido
Art.	Artículo
CPP	Código de Procedimiento Penal
CP	Código Penal
IRI	Incidente de Reparación Integral
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
EOSF	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero
CGP	Código General del Proceso
CPC	Código de Procedimiento Civil
AOP	Aparatos Organizados de Poder



UNIDAD 1: CONTEXTO INICIAL: RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

UNIDAD 1	CONTEXTO INICIAL: RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL
OG	Aproximarse a los conceptos del derecho penal general relevantes para realizar el análisis de atribución de responsabilidad penal al sujeto
OE	Manejar la estructura y elementos que integran la tesis de la imputación objetiva Diferenciar la intervención del autor y el coautor de la del partícipe Manejar la estructura de responsabilidad penal por imprudencia Conocer los requisitos de la responsabilidad penal en comisión por omisión
COMPETENCIA ESPECÍFICA	Identificar las estructuras tradicionales de la responsabilidad penal individual.

1. PUNTO DE PARTIDA METODOLÓGICO: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Dado que el problema central del que se ocupa el presente módulo es la atribución de responsabilidad penal a los individuos que, en el ámbito de una estructura empresarial, intervinieron en la comisión de una conducta típica, se plantea, como punto de partida metodológico, la tesis de la imputación objetiva.

Primero, porque ha sido adoptada por el legislador² y la jurisprudencia³

2 El art. 9º del CP señala expresamente que "la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado", lo que aleja el ordenamiento jurídico colombiano de las tesis causalistas. De esa forma, el legislador del año 2000 superó las tesis causalistas previstas por las normas anteriores. Al respecto, Cfr. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "Introducción a la imputación objetiva", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. p.45.

3 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al respecto en diversas providencias. Por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 2016, con MP, José Luis Barceló Camacho indicó que "La teoría de la imputación objetiva enseña que para que un resultado le pueda ser atribuido a un agente, este ha debido crear o incrementar un riesgo jurídicamente desaprobado, y este riesgo creado debió realizarse en el resultado típico. Esta teoría, desarrollada en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, viene a replantear aquellas tesis que fundan el concepto de autoría exclusivamente en la causalidad, esto es, el vínculo o enlace entre acción y resultado". De otra parte, en Sentencia de la misma Sala, del día 28 de octubre de 2009, con MP Javier Zapata Ortiz indicó "que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado". En el mismo sentido este tribunal, en Sentencia de 22 de mayo



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

colombianas para abordar el problema planteado y, segundo, porque los retos que introduce el ámbito de comisión del delito señalado encuentran respuesta en las figuras introducidas por esta tesis dogmática. En tal sentido, además de proceder su aplicación por vía de las fuentes de derecho, también resulta útil para arribar a respuestas satisfactorias⁴, a efectos de evitar lagunas de impunidad, pero también excesos que supongan violación de los principios constitucionales que rigen la responsabilidad penal⁵.

Por ende, nos ocuparemos, en primer lugar, de plantear la estructura y lineamientos introducidos por esta teoría, sin pretender, ni mucho menos, desarrollar de manera extensa sus postulados y las discusiones dogmáticas que confluyen alrededor de los mismos, dada la delimitación del objeto de este escrito.

Partiendo de dicha claridad⁶, vale la pena precisar que el origen de esta construcción teórica se remonta a inicios del siglo XIX, cuando los planteamientos filosóficos y jurídicos de la época propenden por la limitación del concepto de imputación de responsabilidad⁷ a aquello que compete al individuo, como su propia obra⁸, excluyendo factores externos, como pueden ser las fuerzas de la naturaleza o el azar.

Sin embargo, la determinación de qué es lo que compete al individuo conduce a diversas respuestas.

La primera de ellas, la causalidad, plantea la responsabilidad a partir de las condiciones en virtud de las cuales se produjo el resultado; y, bajo el entendido de que seguramente se identificarán varias condiciones, se tendrán todas ellas como causas con valor equivalente. De allí que la teoría de la equivalencia de las condiciones⁹ identifique como autor a todo aquel

de 2008 con MP Javier Zapata Ortíz, consagró que acoger la tesis de la imputación objetiva "comporta, desde el comienzo, identificar perfectamente la norma jurídica que establece el deber objetivo a cargo del ciudadano y compararlo con la conducta desplegada por éste, para determinar si hubo o no la infracción que se predica".

4 Al respecto, Cfr. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *La Teoría de la Imputación Objetiva en Bolaños González, Mireya (comp.). Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Bogotá, Universidad de Los Andes, 2005. p. 123

5 COLOMBIA, Constitución Política (20, julio, 1991). *Gaceta Constitucional*. 1991. nro. 116. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html. Artículos 6 y 29.

6 Cfr., entre otros, MIR PUIG, Santiago en *Derecho Penal Parte General*. Barcelona, Editorial Reppertor, 2016, p. 263; LÓPEZ DÍAZ, Op cit., 124-142 y REYES, Yesid., "El concepto de Imputación Objetiva" en Bolaños González, Mireya (comp.). *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*, pp. 173-203 quienes desarrollan el concepto y alcance de la teoría. De igual forma, CANCIO MELIÁ Manuel y SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos en Gunther Jakobs: *La imputación objetiva en derecho penal*, Pamplona, 2016, p. 21. cuya obra aborda las diferentes teorías sobre el origen de la imputación objetiva.

7 No solamente en el ámbito de la responsabilidad penal, sino también en el civil, a efectos de atribuir la responsabilidad derivada del daño causado. Al respecto, Cfr. LARENZ Karl, en *Hegels Zurechnungslehre*, p. 60 citado por LÓPEZ DÍAZ, Claudia Op. cit., p.51.

8 HEGEL, George, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho*. Madrid: Biblioteca Nueva, 200. p 184-184.

9 Cfr., entre otros, MIR PUIG, Santiago. Op. cit., pp. 247-254; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal*



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

que haya supuesto una causa para la producción del resultado¹⁰. Bajo tal presupuesto se tendría como autor de la estafa tanto al tipógrafo que imprimió el cheque, como al mensajero que lo llevó a la empresa, como la secretaria que lo entregó al empleado que finalmente lo falsificó para defraudar el patrimonio de la compañía.

Como complemento de la teoría de la equivalencia de las condiciones se planteó la fórmula de la *conditio sine qua non*¹¹, que identifica aquella que, de ser hipotéticamente suprimida, eliminaría el resultado¹². No obstante, el resultado parece ser el mismo. Si el tipógrafo no imprime el cheque, el empleado no puede falsificarlo.

Estas teorías crean excesos difíciles de corregir, al momento de identificar a los responsables de la conducta típica, en tanto la cadena causal del hecho es realmente interminable¹³. Ello precisamente generó la necesidad de introducir limitaciones que permitieran racionalizar el uso del derecho penal.

Así que, para solucionar estos problemas, surgieron diversas propuestas teóricas¹⁴, entre ellas, precisamente, la teoría de la imputación objetiva, que, partiendo de los planteamientos de la tesis de la adecuación o de la condición adecuada, formula una tesis de aplicación general¹⁵.

Sin embargo, esta teoría va más allá de la determinación del nexo de la conducta y el resultado, para abarcar la posibilidad de atribuir jurídicamente una conducta objetivamente típica a quien debe, desde la perspectiva penal, responder por ella. En tal sentido, la teoría de la Imputación objetiva introduce un proceso sistemático de análisis, que parte del desvalor de la

parte general. Buenos Aires: Hammelabi, 2008 p. 148.

10 Cfr., GLASER Julius, en *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Viena, 1858. (Reimpresión de Scientia Verlag Aalen, 1978.). p. 257.

11 Cfr., entre otros, MIR PUIG, Op. cit. pp. 254-255., ESQUINAS VALVERDE, Patricia, "Conditio sine qua non y conciencia del riesgo en el resultado, cómo eliminar un paso repetitivo en el análisis de la imputación objetiva al tipo", *Revista penal*, ISSN 1138-9168, Nº 40, 2017, pp. 43-76 y PUPPE, Ingeborg, "Alabanza a la fórmula de la conditio sine qua non (Lob der Conditio-sine-qua-non Formel)" *Gotdamer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2010, pp. 551-570

12 MIR PUIG, Op. cit., p. 247.

13 Por ejemplo, "A mata a B, pero para llegar a producir la muerte de su víctima (resultado típico de homicidio) se ha precisado no solo que el agente adquiera el arma, aceche a la víctima y dispare la carga de la pistola sobre ella sino una serie de actividades previas que le son ajenas y sin las cuales el autor no hubiera estado en condición de ejecutar el delito. Si no hubiera existido el expendio de armas, ésta no hubiera podido ser adquirida por el agente; sino se hubiese fabricado la pistola, igualmente no se hubiera podido ejecutar el delito con ella; por último, para que se fabricara el arma, hubo evidentemente necesidad de que se fundiera el metal, se hizo imprescindible que los mineros lo trajeran de la mina" en "La causalidad en el delito". PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *La causalidad en el delito*. México, Editorial Porrua, S.A, 1993 p. 69.

14 Cfr., REYES, Yesid Op. cit., pp. 16 - 43. MIR PUIG, Santiago, Op. cit., pp. 255-258.

15 MIR PUIG, Op. cit., p. 259.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

conducta, a efectos de identificar aquella que realmente es lesiva para el ordenamiento jurídico, y proceder entonces a identificar el sujeto al cual la misma le debe ser atribuida¹⁶.

En tal sentido, si bien su escenario de aplicación por excelencia ha sido la responsabilidad por imprudencia, lo cierto es que ese proceso sistemático de análisis procede también para abordar los supuestos dolosos¹⁷; y, sin distinción, las conductas activas y las omisivas¹⁸.

En tanto ha sido adoptada de manera generalizada¹⁹, se puede actualmente afirmar que corresponde a una postura imperante, comúnmente utilizada, que permite resolver de forma metodológica, y clara, diversos conflictos relacionados con el proceso de atribución de responsabilidad penal al individuo.

A continuación procedemos a explicar los conceptos y procesos de análisis que integran esta teoría, con el fin de poder aplicarlos posteriormente al problema objeto de este escrito.

Es así como, los elementos a través de los cuales esta teoría de la imputación objetiva conduce el análisis que permite arribar a una conclusión respecto de la responsabilidad penal del individuo, son los siguientes:

16 Señala al respecto el profesor MIR que “La moderna teoría de la imputación objetiva, que se ha ido imponiendo en la doctrina, reconoce, en cambio, correctamente, que sólo el tipo penal y la finalidad de la norma correspondiente pueden decidir qué clase de vinculación entre resultado y conducta debe requerirse para que sea relevante para el Derecho penal: esta cuestión jurídico-penal sólo puede resolverse desde el prisma normativo del Derecho penal, y no con la sola ayuda de una categoría ontológica y prejurídica como la de relación causal. Como se ha visto, desde la STS 20 mayo 81 la jurisprudencia española acoge acertadamente este planteamiento (cfr. supra, nota 3).” (p. 247).

17 Al respecto, señala MIR PUIG que los elementos generales del tipo objetivo, tanto en delitos dolosos como imprudentes, son, primero, “un hecho que encaje en la descripción literal del tipo imputable a una conducta peligrosa ex ante” y, segundo, “una determinada relación de imputación entre dicho resultado y la conducta peligrosa” (p. 245, 246). De igual forma, Cfr. KAUFMANN, Armin, “¿Atribución objetiva en el delito doloso?”, Revista Derecho Penal Central, 2(2), pp. 269-307 (Trabajo original publicado el 1 de marzo de 1985); KINDHAUSER, Urs, “Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 59, 2006, pp. 63-82; y LARRAURI, Elena, “Introducción a la imputación objetiva”, Revista Nuevo Foro Penal, No. 46, 1986, pp. 234-240.

18 Cfr. REYES, Ob. cit., p. 82 - 85; Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando, Fundamentos de derecho penal, parte general, pp. 357-358; Cfr. ALCOCER, Wilmer. Teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana en Derecho y Cambio Social, 2015, ISSN 2224-4131 p. 20.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Sala de Casación Penal, del 16 de diciembre de 2015, con MP: Eugenio Fernández Carlier señaló que “la teoría de la imputación objetiva, entendida como el método que permite establecer el “núcleo de la acción penalmente relevante”, es aplicable tanto al delito imprudente como a conductas dolosas”. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha aplicado esta tesis para atribuir responsabilidad por conductas omisivas, tal como se evidencia en la sentencia de la Sala de Casación Penal del día 29 de mayo de 2016, con MP: José Luis Barceló Camacho.

19 Cfr. MIR PUIG, Op. cit., p. 247; Cfr. BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Hammulabi, 1999. p. 271; VELÁSQUEZ, Op. cit., pp. 364-365; GARRIDO M., Mario: “Derecho penal. Parte general”, Tomo II, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2003 pág. 61.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

1.1. CREACIÓN DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO

En oposición al riesgo permitido²⁰, la creación del riesgo jurídicamente relevante, o desaprobado, es el punto de partida del análisis de la relevancia penal de la conducta.

Al derecho penal no le interesa la conducta que se mantiene dentro de los márgenes de riesgo tolerables por la sociedad y que, por ende, no crea un riesgo jurídicamente desaprobado.

La vida en sociedad y los desarrollos industriales y tecnológicos han ido conduciendo la interacción social por terrenos generadores de riesgos, a los que no se está dispuesto a renunciar (por ejemplo, volar en avión, conducir un automóvil, realizar una transferencia bancaria, efectuar una cirugía, entre muchas otras actividades). Por ende, estamos abocados a aceptar ciertos márgenes de riesgo que, entonces, carecerán de reproche jurídico, en aras de obtener los beneficios de las actividades que los involucran (estamos dispuestos a montar en avión para lograr trasladarnos de un lugar a otro, a usar el internet para efectuar un pago sin tener que ir a la oficina física, a someternos a una operación quirúrgica para evitar un problema de salud de mayor entidad).

Se trata así de riesgos socialmente adecuados y tolerables, que todos estamos dispuestos a asumir, y por cuya creación no se puede reprochar su intervención a nadie.

Este análisis, en todo caso, se debe realizar desde una perspectiva *ex ante*²¹. La aprehensión de creación del riesgo debe efectuarse desde la óptica del sujeto, enmarcado en sus condiciones y circunstancias, y antes de haber efectuado la intervención que se cuestiona. Solo de esta forma se podrá valorar, en su real sentido, el desvalor de la conducta.

Dado que este concepto de riesgo permitido atiende al desvalor jurídico de la conducta, se aplica tanto a escenarios dolosos, como imprudentes.

Así, respecto de los supuestos de imprudencia, la violación del deber objetivo de cuidado supondrá la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, en la medida en que el sujeto está excediendo los márgenes de tolerancia que se aceptan respecto de su ámbito de control y respecto de la actividad realizada. El piloto del avión que, entretenido mientras

20 Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel 1964. p. 56

21 Cfr. Ibíd., p. 211.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

conversa con la azafata, activa el comando contiguo, en lugar del tren de aterrizaje, no solamente transgrede el deber objetivo de cuidado que le asiste respecto de las normas técnicas de operación de la aeronave, sino que por lo mismo, crea (mejor, incrementa, en tanto conducir un avión ya involucra riesgos, sin necesidad de transgredir norma técnica alguna) un riesgo jurídicamente desaprobado para los intereses jurídicos involucrados.

En tal sentido, para lograr determinar qué márgenes de riesgo son tolerables y no reprochables, y así identificar los que no lo son y, por ende, integran un riesgo jurídicamente desaprobado objeto de reproche²², algunos autores se decantan por el criterio de lo “socialmente adecuado”, otros por el del “cuidado debido”, y otros entienden que estos dos conceptos son coincidentes²³.

En tal sentido, a efectos de identificar si el riesgo objeto de análisis era o no permitido, deberá establecerse si la actividad en concreto, en cuyo ámbito se generó, está regulada o no.

En ámbitos de actividades reguladas deberá entonces acudirse a las normas pertinentes, las cuales incluyen aquellas que sean generales y aplicables, las normas específicas de la actividad a que se refieren los hechos, los reglamentos, e incluso las normas no escritas.

Dado que este análisis debe realizarse respecto del caso en concreto que se aborda, ese marco normativo y regulatorio será el punto de partida para establecer si la conducta supuso la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o no. Ello, por oposición a análisis genéricos y abstractos acerca de comportamientos ideales en escenarios perfectos y ajenos a la realidad que se aborda.

Sin embargo, hay escenarios de actividades no reguladas en los que, por ende, no podrá acudirse a tal fuente para determinar los márgenes de riesgos permitidos, e identificar aquellos que pudieran ser penalmente relevantes. En esos casos, tal como lo explica CORCOY, “no existe otro recurso que acudir a lo “socialmente adecuado”, entendiendo por tal lo “usual en ese tipo de actividad”, en una palabra, “la costumbre”. Lo

²² *En relación con las diversas posturas doctrinarias respecto del contenido, concepto y fundamento del riesgo permitido, Cfr. CORCOY, Op. cit. pp. 295 - 297. En concreto, adopta la postura que entiende el riesgo permitido como “un principio regulativo general de carácter normativo para el que son posibles todas las ordenaciones sistemáticas”.*

²³ *Cfr, Entre otros, SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. Montevideo: B de F Ltda, 2012. pp. 124-125; ENGISCH, Karl, La causalidad como elemento de los tipos penales, Argentina, Hammulabi, 2008. pp. 25-26.*



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

“socialmente adecuado” sustituye en estos casos a las “reglas técnicas”, delimitando de esta forma, al igual que aquellas, en abstracto, el ámbito del riesgo permitido”²⁴. No sobra sin embargo precisar la necesidad de realizar un análisis especialmente cuidadoso para determinar tales límites, dada la vaguedad del concepto; como indica MEINI, estos vacíos de regulación deben suplirse con los criterios de “razonabilidad”, “prudencia” y “diligencia”, a pesar de los riesgos que se derivan la libre interpretación que puede darse a los mismos²⁵.

Superado ese primer nivel de control, habrá de revisarse el ámbito de competencia del sujeto, cuya intervención en el hecho se analiza, para efectos de determinar qué le competía a esa persona en concreto. Este nivel de análisis es determinante en el ámbito de criminalidad del que se ocupa el presente documento, en tanto las personas que forman parte de una estructura empresarial cumplen un rol específico y tienen por ende un determinado ámbito de competencia que está llamado a delimitar su actuar y, así, la exigibilidad de su comportamiento, en virtud de la división de funciones. Aquí se hace por completo palpable la expresión de JAKOBS respecto de que no todo le incumbe a todos²⁶.

Visto lo anterior, se entiende que **no existe un riesgo jurídicamente relevante** en los supuestos de:

- Disminución del riesgo, que se presenta cuando está en curso un proceso generador de riesgo para el bien jurídico, proveniente de una causa externa al sujeto, el cual interviene para disminuir el margen de lesión que se produciría²⁷. Es el caso de la intervención

²⁴ Cfr. CORCOY, Op. cit., pp. 291, 292. Precisa que la expresión “en abstracto” supone la necesidad de ajustar el análisis de eso que es socialmente adecuado, a las circunstancias específicas del caso, dando como ejemplo el supuesto de tenencia de un herbicida en casa, lo que no supone cuestionamiento alguno, salvo que allí habiten menores de edad y el producto esté guardado a su acceso y sin mecanismo de control alguno.

²⁵ Cfr. MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”. En: Revista Derecho, N° 52 (diciembre 1998/abril 1999), Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 906.

²⁶ “La imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía; y esto rige tanto para la comisión como para la omisión”. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’*, Estudios de Derecho Penal, p. 211. Madrid: UAM Ediciones & Civitas, 2016.

²⁷ En estos supuestos no procede una imputación jurídica del resultado menos lesivo al autor, en tanto el mismo se produjo precisamente para evitar la mayor afectación al bien protegido, que se habría producido de haber seguido su curso el proceso de riesgo que se encontraba en marcha, como sucede cuando un transeúnte que se percata de la inminencia del choque de un vehículo contra el sujeto que está esperando el bus en el andén, lo empuja causándole lesiones de menor entidad. Cfr. DIAZ-ARANDA Enrique, *Imputación normativa del resultado a la conducta, en La imputación normativa del resultado a la conducta*, pp. 63 - 68.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

quirúrgica en que se extrae el apéndice, para evitar que el paciente fallezca por la septicemia derivada del proceso infeccioso.

- Ausencia de determinado grado de riesgo, lo que sucede cuando, de manera *ex ante*, una persona prudente, con los conocimientos que habría tenido si hubiera vivido lo que vivió el sujeto, no hubiese determinado la existencia de un riesgo o su significancia²⁸.

Si bien este denominado principio de insignificancia no corresponde exactamente a un evento de ausencia de riesgo, sí permite eliminar el tipo objetivo, dada la escasa gravedad de la conducta y, por ende, la relativa tolerancia que le compete²⁹. Como sucedería si el operario le da un empujón leve a su compañero, para hacerle una broma, y este pierde el equilibrio y cae justamente contra la punta de una máquina, lo que causa su muerte.

- Riesgo permitido o socialmente adecuado³⁰, supuesto que se presenta en casos en que, aun cuando la conducta deriva, desde una perspectiva causal, en la producción de un resultado lesivo, éste no puede ser jurídicamente imputado al sujeto, por ausencia de tipo objetivo. Es el caso del resultado de muerte o lesiones que se produce a raíz de un accidente de tránsito en el cual ninguno de los conductores involucrados infringe sus respectivos deberes objetivos de cuidado³¹, o del operario que se cercena la mano mientras trabaja en la maquinaria, no obstante no se han transgredido las normas técnicas que rigen su funcionamiento.
- Creación del riesgo por factores ajenos a la conducta del sujeto³², como puede ser la intervención de un tercero o de la víctima. Sería, por ejemplo, el caso del operario que se cercena la mano, pero ahora porque, al distraerse contestando el teléfono, la introduce en medio de las poleas.

Ahora bien, en el ámbito de conductas objetivamente típicas que se producen en el escenario de la empresa, asunto que ocupa este escrito, resulta especialmente relevante la teoría del incremento del

28 MIR, *Op. cit.*, p. 252.

29 Señala al respecto MIR PUIG: "Por otra parte, la falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal de los tipos -cuando la conducta no encaja en la letra de ningún tipo penal-, pero también de una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella. Ello sucede, según la doctrina actual, cuando se trata de hechos que, aun cabiendo en la literalidad típica, no implican una afectación suficientemente peligrosa (**falta de imputación objetiva**), por consistir el bien jurídico típico en la facultad de disponer de algo por parte de su titular y existir **conformidad** de éste, o por ser los hechos adecuados socialmente (**adecuación social**) o insignificantes (**principio de insignificancia**). Se habla en estos casos de **causas de exclusión de la tipicidad** -que deben contraponerse a las causas de justificación, las cuales presuponen la existencia de tipicidad. Ibíd., pp. 159-160.

30 Ibíd. pp. 260-262.

31 Es el caso del resultado de muerte o lesiones que se produce a raíz de un accidente de tránsito en el cual ninguno de los conductores infringe sus respectivos deberes objetivos de cuidado. Cfr. DIAZ-ARANDA *Op. cit.*, pp. 63 - 68.

32 Cfr. CORCOY, *Op cit.*, pp. 288-289.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

riesgo³³, para definir las intervenciones penalmente relevantes³⁴, en tanto la empresa supone, por sí misma, una estructura generadora de riesgos, de forma tal que el asunto no será haber creado un riesgo, sino haber incrementado un riesgo tolerado, al punto de convertirlo en desaprobado³⁵.

1.2. TRADUCCIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO LESIVO PRODUCIDO

Este segundo criterio de imputación objetiva pretende establecer si existe una relación de determinación entre el riesgo desaprobado, ya identificado, y el resultado concreto objeto de análisis. En tal sentido, busca definir si el resultado fue efectivamente ocasionado por el riesgo desaprobado creado por la conducta del sujeto³⁶ y no por otro³⁷.

A diferencia del elemento anterior, este sí debe evaluarse desde una perspectiva *ex post*³⁸.

Su verificación es necesaria, en tanto es posible establecer la producción de un riesgo jurídicamente desaprobado, y también la existencia de un resultado lesivo, pero que no se haya derivado de ese riesgo en concreto, sino de cualquier otro que haya incidido en el curso causal de los acontecimientos.

33 La Teoría del incremento del riesgo surge con la obra de V. KRIES, que hablaba de «incremento o no de la posibilidad de realización del resultado», según fuera el peligro inherente al concreto comportamiento o no. ROXIN retoma esta construcción, pero limitándola a los delitos imprudentes y, más aún, a los supuestos de comportamientos alternativos adecuados a derecho. En un primer momento, se tiene que determinar el riesgo que se quiere controlar o evitar, para poder calificarlo como típicamente relevante. Esta operación debe realizarse antes de comparar la conducta que supuestamente infringe la norma de cuidado con la conducta que sería «idealmente» adecuada a derecho. ROMERO FLORES Beatriz, en *La Imputación objetiva en los delitos imprudentes*. p. 267, Universidad de Murcia. 2001.

34 Al respecto, Cfr. JAKOBS, Op. cit., p. 287.

35 De este asunto nos ocuparemos con más detenimiento en la siguiente unidad, aparte 2.3.2.

36 Al respecto, Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal*, p. 372. También, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, MARTÍN LORENZO, María, VALLE MARISCAL DEL GANTE, Margarita, señalan que «Se entiende que para que el resultado sea imputable y pueda incrementar la pena tiene que ser el reflejo del desvalor de la conducta del sujeto, es decir, tiene que ser la realización del riesgo por el cual la conducta del sujeto estaba prohibida y no la realización de cualquier otro riesgo que la norma infringida no tenía por misión evitar o disminuir, por mucho que la conducta del sujeto lo haya desencadenado causalmente. Se trata de que el resultado pueda ser considerado como obra del autor y no sólo producto del azar», en *DERECHO PENAL INTRODUCCIÓN TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO* Materiales para su docencia y aprendizaje, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 101.

37 Se pueden incluir en estos supuestos los casos de interrupción del nexo causal. Al respecto, Cfr. MIR PUIG, Op. cit. p. 262, 263

38 Cfr. REYES, Op. cit. p. 211.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Este elemento fallaría en supuestos de:

- Conductas alternativas conforme a derecho³⁹, en los que se puede concluir que, aun de haberse verificado los deberes objetivos de cuidado debidos, el resultado se hubiera igualmente producido. Es el caso, por ejemplo, del ciclista que conduce en zig zag por la vía, encontrándose bajo el efecto de sustancias alucinógenas, es atropellado por el conductor que no guarda la distancia mínima requerida.
- Comportamiento de la víctima⁴⁰ o de un tercero⁴¹, que inciden de manera dolosa o culposa en la producción de un resultado de mayor entidad que el que se habría producido en virtud del riesgo inicialmente creado por el sujeto, (por ejemplo, de las lesiones personales ocasionadas en la riña, cuando la víctima falleció por una mala práctica en el hospital al que fue conducido).

En lo que respecta al ámbito de responsabilidad de la víctima, se evidencian situaciones en que su intervención incide en la producción del resultado, al punto que excluye la responsabilidad del sujeto que creó el riesgo jurídicamente desaprobado, en tanto debe asignarse la afectación del bien jurídico protegido a su propio ámbito de responsabilidad⁴². Sería el caso, por ejemplo, del operario que se cercena la mano al introducirla en las poleas de la maquinaria, a raíz de la distracción que le genera la llamada telefónica, haciéndose así responsable de su propia lesión, aun cuando en ese momento la máquina funcionaba a una velocidad superior a la debida, a raíz de la mala práctica del compañero a cargo de tal aspecto.

Respecto del comportamiento de un tercero, en forma similar, su intervención en la producción del resultado podrá excluir o modular

39 Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal General*. p. 374. "Pese a que el agente supera el riesgo permitido al aumentar el peligro corrido por el bien jurídico, no le es imputable el resultado por no ser éste uno de los que trata de evitar la norma infringida.

40 Ibíd. p. 376.

41 Ibíd. p. 377.

42 Cfr. CANCIO MELIÁ, *La Imputación normativa...* pp. 27 - 32. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de abril de 2018, con Rad. 49680, con MP Luis Antonio Hernández Barbosa, indicó que "De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, en no pocas ocasiones aplicada por la Corte, para que un resultado pueda ser atribuido a un agente, ha debido crear o incrementar un riesgo jurídicamente desaprobado que finalmente se concretó en la producción de la consecuencia típica (relación de determinación entre infracción al deber objetivo de cuidado y resultado), de modo que la autoría no se funda únicamente en criterios causales (relación de causalidad entre acción y resultado)". En el mismo sentido, la providencia mencionada indica que "En las acciones a propio riesgo o autopuestas en peligro, la víctima, con plena conciencia se pone en tal situación o permite que otra persona la coloque en esa circunstancia riesgosa, razón por la cual no puede imputarse al tercero el tipo objetivo, porque quien conscientemente se expone a un acontecer amenazante se hace responsable de las consecuencias de su propia actuación".



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

el ámbito de responsabilidad de quien creó el riesgo desaprobado. En tal sentido, el sujeto sólo responderá por el ámbito en el que el riesgo jurídicamente desaprobado, que él creó, se tradujo efectivamente en el resultado. Por ejemplo, se le podrían atribuir las lesiones personales ocasionadas en la riña, pero no la muerte, aun cuando la víctima falleció por una mala práctica en el hospital al que fue conducido.

Otro criterio de enorme importancia para efectos de analizar la posibilidad de atribuir la responsabilidad derivada del resultado al sujeto, que corresponde así a una manifestación del riesgo permitido⁴³, es el denominado **principio de confianza**⁴⁴.

Según este, en tanto la persona solo debe responder de sus propios actos, y no de los de terceros, es legítimo confiar en que los demás intervenientes en el tráfico jurídico se comportan correctamente⁴⁵. En términos de JAKOBS, el principio de confianza permite, precisamente, confiar⁴⁶.

De no existir el principio de confianza, sería imposible desarrollar diversas actividades permitidas en la vida en sociedad, en tanto abocaría a actuar sobre la base de la previsión del comportamiento ajeno en violación de las reglas aplicables, lo que derivaría en la imposibilidad de interactuar socialmente y desarrollar tareas con división de funciones.

En tal sentido, este principio autoriza a los sujetos para que regulen su propio comportamiento, sobre el supuesto de que los demás actuarán conforme a derecho⁴⁷.

Esta figura resulta una herramienta muy útil para dilucidar situaciones complejas de responsabilidad en escenarios de división de funciones, en los que debe primar una relación de confianza para que el equipo pueda emprender la labor asignada.

Respecto del tema objeto del presente escrito, resulta pertinente destacar la postura de SILVA SÁNCHEZ, en el sentido de distinguir la aplicación del principio de confianza en las estructuras verticales, de las horizontales, para señalar que, en las segundas, lo que realmente opera es el principio

43 Cfr. REYES, *Op. cit.*, pp. 156.

44 Al respecto, Cfr. REYES, *Op. cit.*, pp. 148 - 164.

45 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha ocupado del concepto y alcance del principio de confianza, por ejemplo, en sentencia del 18/01/17, proferida dentro del Rad. No. 47100, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar.

46 Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, ed. Marcial Pons, 1997, pp. 253 - 257.

47 Cfr. REYES, *Op. cit.*, pp. 148 - 152.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

de “estricta competencia” o de “separación estricta de esferas”, mientras que en las líneas verticales rige el principio de “desconfianza”, en tanto los superiores tienen el deber de vigilar la conducta del subordinado y neutralizar sus intervenciones defectuosas⁴⁸.

De ello se deriva la posibilidad de estructurar, eventualmente, responsabilidad por omisión al superior por fallas en los deberes de vigilancia y control del subordinado que le asisten, más no al compañero de trabajo que se encuentra en el mismo nivel de la organización y que, por ende, no tiene una relación de superioridad, ni los deberes especiales que a esta le competen. De este asunto nos ocuparemos en la siguiente unidad.

Ahora bien, para lograr estructurar este ámbito de confianza, se deberán haber cumplido los deberes concretos que competen al sujeto, los cuales pueden ser: i) de vigilancia y control, ii) selección del personal y asignación de funciones en atención a los conocimientos especiales requeridos, y iii) comunicación de la información necesaria para la ejecución de la actividad asignada⁴⁹.

Un ejemplo que resulta ilustrativo de la situación es el de la muerte del paciente durante el post operatorio, a raíz de la infección producida por una gasa que fue dejada en su organismo durante la cirugía, resultado del cual el médico podría distanciarse argumentando que esa labor era de competencia de la enfermera, y que al concluir el procedimiento ella había reportado adecuado manejo de sus elementos.

Por otra parte, en lo que respecta a los elementos de la imputación objetiva de creación del riesgo, y su traducción en el resultado, también resulta relevante la institución de la **prohibición de regreso**⁵⁰, que pretende solucionar posibles situaciones de extensión de la responsabilidad penal a todo aquél que con su conducta pudo haber hecho posible la ejecución del hecho típico desde la perspectiva de la causalidad natural⁵¹.

48 Cfr. SILVA Sánchez Jesus María, “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración”. En: *InDret*, 2011, pp. 1, 2.

49 Cfr. REYES, Op. cit., pp. 159 - 164.

50 Esta figura ha tenido una amplia evolución en la doctrina, al respecto, y en relación con el concepto, Cfr. REYES, Op. cit., pp. 331 - 375

51 La prohibición de regreso supone la intervención formalmente inocua en el curso de una conducta típica de un tercero, de la que no se deriva responsabilidad penal, en tanto no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Cfr. CANCIO MELIÁ, *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*, en *La Imputación normativa del resultado a la conducta*, pp. 24-26 Buenos Aires: Rubinzal Culzoni editores, 2004.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En términos de JAKOBS, “Este ámbito se caracteriza por el hecho de que el “interviniente” realiza una aportación que en sí es inocua y cotidiana y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso”⁵².

La Corte Suprema de Justicia colombiana ha reconocido y dado aplicación a esta figura, respecto de la cual señala que “cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante, excede los límites del riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra”⁵³.

Un ejemplo de esta situación puede ser el del paciente indicado atrás, suponiendo que la enfermera dejó la gasa de manera dolosa, para causar la muerte quien, casualmente, era su ex novio, caso en el cual no puede atribuirse el resultado al médico, aun cuando éste hubiera omitido verificar la labor de la enfermera.

1.3. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

Este concepto⁵⁴ se utiliza como mecanismo de corrección de posibles desviaciones en el análisis de atribución del resultado al riesgo desaprobado. Para ello, se parte de la base del propósito de la norma en punto de la protección de determinados bienes jurídicos, para excluir la imputación jurídica del resultado al sujeto que incrementó el riesgo, al apartarse del deber impuesto, si tal resultado no era de aquellos que la norma pretende proteger⁵⁵.

El ejemplo clásico que ha utilizado la doctrina⁵⁶ para explicarlo es el del conductor que, luego de haber resultado involucrado en un accidente de tránsito de menor entidad, fallece por los problemas desencadenados a raíz de la crisis nerviosa que le generó la colisión, pero no por heridas derivadas de la misma.

52 JAKOBS, *Op. cit.*, p. 842.

53 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 04/04/03, Magistrado Ponente Alvaro Orlando Pérez, Rad. 12742. *En el caso de autos, un taxi que circula por la carretera desatiende las órdenes dadas por los agentes de tránsito para que se detuviera en el retén, ante lo cual los funcionarios emprenden su persecución, hasta que de un momento para otro uno de los pasajeros se baja del vehículo y les disparó occasionándole la muerte a uno de ellos. A pesar de reconocer que el conductor creó un riesgo jurídicamente desaprobado al transgredir la orden de pare, concluye la Corte que no se le puede atribuir responsabilidad penal en tanto el resultado muerte fue producto del actuar doloso de un pasajero.*

54 Que JAKOBS denomina “procesos inadecuados”, Cfr. JAKOBS, *Op. cit.*, p. 274.

55 Cfr. DIAZ-ARANDA *Op. cit.*, pp. 87 - 91.

56 Cfr. REYES, *Op. cit.*, pp. 212 - 213.



2. ESTRUCTURAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

Para efectos de avanzar hacia los problemas propios de la imputación de responsabilidad, por conductas cometidas en el ámbito de la empresa, objeto del presente estudio, abordaremos a continuación los aspectos centrales de los conceptos de autoría y participación, en escenarios de acciones y omisiones, dolosas e imprudentes.

No pretendemos, sin embargo, realizar en este espacio un análisis exhaustivo de las teorías⁵⁷ que ha formulado la dogmática en el pasado para definir la intervención del autor y del partícipe, ni las diversas discusiones que siguen actualmente abiertas en relación con diversos aspectos en torno a estos temas, dado el alcance y limitaciones del presente escrito. Sin embargo, en tanto más adelante apelaremos a estos conceptos, resulta de enorme importancia plantearlos desde una perspectiva general.

2.1. MODELOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La legislación penal colombiana⁵⁸ establece, como formas de intervención en el hecho punible, la autoría y la participación.

A efectos de determinar el contenido de estas figuras, la doctrina ha planteado dos modelos de regulación: los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio. En los primeros, es el deber específico que compete a determinados sujetos el que fundamenta el reproche por vía de autoría, mientras que, quien no lo tenga, solo podrá ser partícipe. En los delitos de dominio, por el contrario, la responsabilidad se fundamenta en los actos organizativos de quien ocupa un ámbito de organización determinado y, en virtud de este, tiene el dominio del hecho; ese sujeto será entonces el autor, mientras que los demás que intervengan podrán ser calificados como partícipes⁵⁹.

El **autor** puede cometer la conducta típica por sí mismo y de manera individual, caso en el cual será un autor directo; o utilizando a otro como instrumento y entonces se denominará autor mediato; o con otros que intervengan también en calidad de autores, asignándoles, por ende, a todos, el carácter de coautores⁶⁰.

En tanto los delitos son descripciones típicas de autoría, en ellos se indica

57 Acerca de las teorías unitarias, extensivas, restrictivas, objetivo - formal y objetivo - material de autor, Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en Derecho Penal*.

58 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2000. nro. 44907. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html Arts. 28, 29 y 30.

59 Cfr. JAKOBSS, *Op cit.*, pp. 718 - 719.

60 Cfr. VELÁSQUEZ, *Op cit.* p. 570.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

la conducta cometida, precisamente, por el autor. Por ende, se entiende que es autor quien realiza por sí mismo los elementos del tipo penal. A efectos de identificar al autor, la teoría dominante, y ampliamente acogida por nuestra jurisprudencia⁶¹, es la del dominio del hecho planteada por el profesor ROXIN⁶².

La figura del **autor mediato**, reconocida por el primer inciso del art. 29 CP, supone ausencia de responsabilidad en el sujeto de adelante, en el ejecutor de la conducta típica, en tanto sólo interviene como instrumento del sujeto de atrás, que sí será penalmente responsable. En tal sentido, esta figura logra solucionar⁶³ lagunas de impunidad que se presentarían, precisamente, por la imposibilidad de asignar jurídicamente el delito a quien ejecuta la conducta⁶⁴.

Las razones tradicionales por las que se estructura la autoría mediata responden a supuestos de error, fuerza o actuación en situación de inimputabilidad del ejecutor de la conducta típica. En los supuestos de error e inimputabilidad, el sujeto de atrás es capaz de dirigir el suceso en virtud de la supra-determinación configuradora de sentido; en los eventos de coacción, el dominio del hecho reside en el sujeto de detrás, porque este domina la formación de la voluntad del ejecutor⁶⁵.

Sin embargo, ROXIN introdujo una cuarta posibilidad a esta figura, que denominó **autoría mediata en aparatos organizados de poder**⁶⁶.

Según ella, el sujeto de atrás, autor mediato, o autor de escritorio, tiene a su disposición una “maquinaria personal” integrada por ruedecillas articuladas, que corresponden a los ejecutores, por medio de la cual puede realizar conductas delictivas y, por consiguiente, responde penalmente en calidad de autor, aun cuando el ejecutor es, a su vez, plenamente responsable de su propio comportamiento criminal.

61 Según indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 9 de marzo de 2006, MP Sigifredo Espinosa Pérez, Rad. N° 22.327 “De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho”.

62 ROXIN. Autoría y dominio del hecho, pp. 44 y ss.

63 Sobre el origen de la teoría, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal Español Parte General, 16^a ed., Madrid, Dykinson, 1993, pp. 800-801.

64 Cfr. WELZEL. DP, pp. 106-108.

65 Cfr. ROXIN. Autoría y dominio del hecho, p. 269.

66 Cfr. ROXIN. Autoría y dominio del hecho, p. 273.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Es así como esta tesis supone, precisamente, una excepción de figura de la autoría mediata, dado que la devuelve a su punto de partida, esto es, el de un ejecutor responsable y otro sujeto que no interviene personalmente en la realización del hecho delictivo.

No obstante parecer relevante esta construcción teórica, en lo que atiende al objeto del presente escrito, lo cierto es que la misma fue diseñada, y sigue siendo defendida, para ámbitos de aparatos organizados de carácter delincuencial. En efecto, desde la perspectiva de ROXIN, el elemento de la marginalidad del aparato organizado respecto del derecho es esencial para la verificación de su tesis, en la medida en que refleja la capacidad de motivación del ejecutor respecto de la orden del superior. Por el contrario, entiende ROXIN, en estructuras que se encuentran inmersas en el ordenamiento jurídico, el ejecutor no es fácilmente reemplazable y, por ende, no integra la máquina que permite traducir la responsabilidad al superior, en la medida en que no estará previamente dispuesto a ejecutar una orden de contenido antijurídico⁶⁷.

La mayoría de la doctrina⁶⁸ se ha opuesto a la posibilidad de utilizarla también para estructuras empresariales lícitas⁶⁹, incluyendo a ROXIN⁷⁰. Sin embargo, dado que posteriormente suavizó el alcance del requisito de apartamiento del aparato respecto del derecho, al aceptar la posibilidad de verificarlo sólo a efectos y en relación con las conductas delictivas ejecutadas⁷¹ pareciera con ello haber abierto en algo la puerta para

67 Cfr. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho*, pp. 274-275

68 Cfr. al respecto, FARALDO CABANA Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 307. Por su parte, SCHÜNEMANN desarrolla el tema de manera amplia y precisa, para concluir que en estructuras no delincuenciales no puede aplicarse la figura de la autoría mediata, en tanto en éstos no se verifica el supuesto de temor que convierte a los ejecutores en piezas de la máquina que cumplen sin cuestionar el contenido de la orden. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. "Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación", trad. de Beatriz Spínola Tártalo, ADPCP, vol. 55, 2002, pp. 18-20. JESCHECK rechaza la aplicación de esta teoría en supuestos de responsabilidad plena del ejecutor. JESCHECK, Op cit., p. 722. Por su parte, MEINI advierte cierto escenario de aceptación de la teoría, pero termina concluyendo en que sus dificultades llevan a la figura de la comisión por omisión a ser la llamada a responder el problema, en *Responsabilidad penal de los empresarios por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. pp. 3 - 5. También BOLEA, Carolina *El autor tras el autor (autoría y participación en aparatos organizados de poder)* en I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, p. 2 Univ. de Barcelona, 29-30 mayo 2015, pp. 11 y 12, en que se decanta por la postura de la coautoría vertical.

69 Realiza un amplio análisis respecto de la posibilidad de verificar los elementos integradores de esta figura en escenarios de delincuencia empresarial MEINI Iván, *El dominio de la organización en Derecho penal*. Colección Derecho PUCP. Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 182 y ss.

70 Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, Op cit., p. , pp. 274 y ss. Y ROXIN, Claus, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, Sevilla: Revista penal, ISSN 1138-9168, N° 18, 2006, pp. 247 y 248, en que afirma que en estos escenarios empresariales faltan, al menos, los elementos de desvinculación del aparato al derecho, la intercambiabilidad de los ejecutores dispuestos a realizar acciones criminales y la disponibilidad de los mismos al hecho.

71 Cfr. ROXIN. "El dominio de organización", Ibíd. p. 245. Al respecto, Cfr. MEINI Ivan, MEINI Iván, *El dominio de la organización en Derecho penal*. Colección Derecho PUCP. Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 47-61.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

conducir su tesis hacia el ámbito de organizaciones lícitas. En cualquier caso, muy pocos autores aceptan la aplicación de esta teoría, planteada por ROXIN, al ámbito empresarial⁷².

Si bien este tema desborda por completo el alcance y límites del escrito que ahora nos ocupa, no podemos dejar de advertir que el desarrollo de esta teoría incidiría de manera importante en la forma en que podrían resolverse los problemas de imputación de la conducta típica en este tipo de escenarios.

La **coautoría**, por su parte, requiere un escenario de co dominio funcional del hecho⁷³, de manera tal que, aun cuando un sujeto no realice directamente y, en forma integral todos y cada uno de los elementos del delito, se le puede atribuir responsabilidad penal por la ejecución del hecho global⁷⁴.

Los coautores dominan así tal hecho global, en virtud de los elementos⁷⁵ objetivo (intervención acorde con el plan derivado del acuerdo común) y subjetivo (voluntad de actuar en conjunto, según el plan⁷⁶) de la figura y, en consecuencia, todos responden por la totalidad de la conducta típica, al margen de su aporte específico, y salvo supuestos de exceso⁷⁷.

La jurisprudencia nacional ha distinguido dos tipos de coautoría: la propia y la impropia, según se trate de intervenciones totales en el hecho típico⁷⁸ o de intervención parcial en virtud de la división de tareas surtida entre los distintos coautores⁷⁹.

72 Se pronuncia a favor de esta posibilidad MUÑÓZ CONDE, aunque precisa que debería hablarse mejor de "coautoría mediata", y cuestiona la posibilidad de cumplir el requisito de la fungibilidad del ejecutor en dichos escenarios. Cfr. MUÑÓZ CONDE, ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho? *Revista penal*, ISSN 1138-9168, N° 6, 2000, pp. 111 y 112.

73 Cfr. ROXIN, *Claus. Autoría y dominio del hecho*. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2000 pp. 308 y ss.

74 ROXIN. *Autoría y dominio del hecho*, pp. 162-164.

75 Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 4^a ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 129.

76 Este elemento se remite al concepto de dolo común de coautoría, que se refiere al conocimiento y voluntad del actuar colectivo. Al respecto, Cfr, por ejemplo, VELÁSQUEZ Op. cit., p. 579.

77 El dominio global del hecho tiene como límite el acuerdo integrador de coautoría, de forma que los excesos al mismo, en que haya ocurrido algún coautor, le serán imputables a éste y no al colectivo. Al respecto, entre otros, Cfr. VELÁSQUEZ. Op. cit., p. 580.

78 En todo caso se trata de un concepto distinto al de la autoría simultánea (que no coautoría), en la que varias personas cometen el hecho típico de manera independiente y completa. Al respecto, Cfr. JAKOBS, DP, pp. 787 - 788.

79 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de mayo de 2018 (MP: Luis Antonio Hernández Barbosa), rad. 46263.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Los elementos que se aceptan de manera general⁸⁰, como integradores del concepto de coautoría son los siguientes⁸¹:

- El acuerdo común, que corresponde al elemento volitivo de la coautoría. Sin embargo, para superar el inicial concepto estrictamente subjetivo⁸², entendido como la postura interna del sujeto frente al hecho, la doctrina actual interpreta este elemento como el fundamento de la transmisión de responsabilidad entre los coautores y, así, el dominio global del hecho⁸³. En tal sentido, como indica JAKOBS, este elemento del acuerdo común será necesario en supuestos de ejecución parcial del hecho típico, a efectos de lograr atribuir responsabilidad a todos por el todo⁸⁴, los cuales corresponden a la figura que nuestra jurisprudencia denomina coautoría impropia.

Este elemento es reconocido por la legislación colombiana al referirse, el art. 29 CP, al acuerdo común que debe mediar entre los coautores.

En cuanto a su contenido, resulta pertinente precisar que el acuerdo carece por completo de formalidades, de manera que puede presentarse incluso de manera tácita, y puede surtirse en forma previa o concomitante al hecho, pero no posterior a la ejecución de la conducta típica⁸⁵.

Respecto del alcance del acuerdo, no hay unanimidad en la doctrina, aun cuando para la mayoría basta que el mismo incluya los aspectos esenciales de la conducta a cometer⁸⁶. La jurisprudencia colombiana coincide con esta postura mayoritaria⁸⁷.

80 No todos los elementos indicados son aceptados de manera unánime por la doctrina. Por ejemplo, tal como lo desarrolla de manera extensa GARCÍA DEL BLANCO. La coautoría, pp. 602-636, algunos autores rechazan el elemento del acuerdo común, al centrar el reproche en conceptos estrictamente normativos.

81 Cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría, 3^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 352-427.

82 Se remonta a la teoría del complot introducida por la doctrina alemana, que explica VON LISZT en los siguientes términos: "El complot es el concierto de varias personas para la comisión de uno o varios delitos determinados (...) la antigua opinión hacia responsables a todos los miembros como 'instigadores recíprocos' del resultado común o castigaba el concierto mismo como tentativa de delito": VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2007, p. 486.

83 Cfr. MAYER, Max Ernst. Derecho Penal, Parte General, trad. de Sergio Politoff, Buenos Aires, B de F, 2007, p. 473

84 Cfr. JAKOBS, DP, p. 746.

85 Caso en el cual se trataría de supuestos de Encubrimiento (arts. 446 y 447 CP).

86 Al respecto, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. La autoría en Derecho Penal, p. 653; en el mismo sentido, HERNÁNDEZ ESQUIVEL. "La coautoría", p. 100. Propenden por un plan preciso, por ejemplo, MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. "La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización", Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 4, 2003, p. 269.

87 Frente a esto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-015 de 14 de marzo de 2018 con M.P. Cristina Pardo, indicó que "es algo generalmente aceptado que, para que haya coautoría, debe existir, como nexo subjetivo entre los actuantes, un plan común, entendido éste como un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, en definitiva, un dolo común en el sentido



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Otro de los aspectos relevantes en punto del acuerdo común generador de coautoría es el conocimiento que del mismo se deriva, acerca de la existencia de otros, aspecto que sustenta la atribución recíproca de responsabilidad entre ellos, sin que se requiera, sin embargo, tener claridad respecto de la identidad concreta de los demás, y tampoco que se conozcan entre ellos⁸⁸.

- Un aporte de importancia a la conducta típica. Esta es precisamente la expresión utilizada por el art. 29 CP: aporte de importancia. Sin embargo, algunos autores se refieren a contribución esencial, lo cual introduce un estándar más estricto de valoración de la conducta, para asignar el carácter de coautor. En cualquier caso, en tanto se ostenta la calidad de autor, lo cierto es que el aporte tiene que otorgar al sujeto el dominio del hecho.

La discusión al respecto se refiere al criterio que permite identificar la importancia del aporte, presentándose tesis que refieren a un dominio negativo del hecho y atienden al concepto de aporte esencial, como la planteada por ROXIN⁸⁹, a la que se asimila la tesis de la causalidad hipotética de BACIGALUPO⁹⁰. Otras que parten del concepto de dominio positivo del hecho, para limitar la perspectiva anterior, en tanto la entienden excesivamente amplia, dado que incluso la eliminación del aporte del determinador o de los cómplices puede conducir al fracaso del plan, no por su no intervención en el hecho sino, incluso, si llaman a la policía⁹¹. Otras tesis, de carácter normativista, se refieren a la introducción de la “impronta” del sujeto en el hecho⁹².

Al respecto, nuestra jurisprudencia, ha acudido, tanto al criterio del carácter esencial del aporte⁹³, como al de trascendencia del aporte, que parece más comprensivo de los posibles escenarios de intervención del coautor⁹⁴.

en que hablé de tal al tratar la teoría del acuerdo previo, sin que sea necesario un detallado plan o un acuerdo previo".

88 En este sentido JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal, parte general*. P. 624. Granada: Comares. 2002, p. 730.

89 Plantea la eliminación hipotética del aporte para identificar si de ello deviene la imposibilidad de comisión de la conducta típica, caso en el cual se tendría como esencial el aporte y así, constitutivo de coautoría. Cfr. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho*, pp. 314-315

90 Adiferencia de ROXIN, señala que no se requiere hacer imposible el hecho al eliminar hipotéticamente la intervención del sujeto, sino advertir que este sea “dificilmente reemplazable”. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 1996, p. 199

91 Cfr., entre otros, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Teoría del dominio objetivo y positivo del hecho como una de las teorías del dominio del hecho en la autoría (determinación objetiva del hecho)”, ponencia rendida en el “Congreso Internacional de Derecho Penal”, organizado por la Fiscalía General de la Nación (Bogotá, 28, 29 y 30 de septiembre de 2010); y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en Derecho Penal*, pp. 669-670, 690 y ss.

92 Por ejemplo, Cfr. JAKOBS. DP, p. 752.

93 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de marzo de 2006 MP Sigifredo Espinosa Pérez, Rad. N° 22.327.

94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 22 de enero de 2014 MP Eugenio Fernández Carlier, Rad. N° 38725.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

- El aporte realizado en fase de ejecución del delito. Referimos este elemento, aun cuando no es un requisito de la norma colombiana, en tanto ha sido tradicionalmente aceptado por una parte importante de la doctrina⁹⁵; sin embargo, algunos autores la modulan al plantear que no se requiere una intervención personal, sino que la misma puede realizarse incluso a la distancia⁹⁶. Otros autores⁹⁷, por el contrario, sostienen que este requisito restringe la posibilidad de calificar de coautor a quien haya realizado aportes determinantes para la comisión del delito en fases previas a la ejecución.

La jurisprudencia colombiana ha planteado que se verifica un supuesto de coautoría cuando plurales personas comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos, y los medios delictivos dispuestos para su consecución, sin que sea necesario que todos concurran por sí mismos a la realización material de los delitos específicos, porque de todos ellos puede predicarse el dominio del hecho colectivo y cada uno gobierna su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les corresponde efectuar, según la división del trabajo planificada de antemano, o acordada desde la ideación criminal⁹⁸.

- La relación de carácter horizontal entre los coautores. Si bien este elemento no es requisito formal del concepto de coautoría, y no está incluido en la ley colombiana, sí ha sido formulado por la doctrina⁹⁹, y resulta de enorme utilidad para diferenciar supuestos de coautoría, de aquellos de complicidad, más aún en el ámbito empresarial, al que se refiere el presente escrito.

En tal sentido, la verificación de una estructura vertical en punto de la comisión del delito, que no de la organización empresarial a la que pertenecen los sujetos, denota un supuesto más próximo al ámbito de la complicidad que de la coautoría.

95 Por ejemplo: ROXIN. Autoría y dominio del hecho, pp. 305-323, BACIGALUPO. Manual, pp. 197-199, GIMBERNAT. Autor y cómplice, pp. 73-80; y en Colombia: SUÁREZ SÁNCHEZ. Autoría, pp. 399-409 y RAMÍREZ BASTIDAS. "Concurrencia de personas", pp. 288-289, entre otros.

96 MIR PUIG. DP, p. 403.

97 Por ejemplo, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. Derecho penal. Parte General, Buenos Aires: Marical Pons, 1995, pp. 370-378, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. DP, pp. 449, 501-504; y en Colombia, REYES ECHANDÍA, Alfonso. Obras completas, tomo I, Bogotá, Temis, 1998, pp. 500-504, REYES CUARTAS, José Fernando. "La autoría mediata con aparatos organizados de poder", DPC, vol. XXV, N° 75, enero-junio, 2004, p. 147, y HERNÁNDEZ ESQUIVEL. "La coautoría", pp. 101-109.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 01 de julio de 2015 MP Gustavo Enrique Malo Hernández, Rad. 42293.

99 Cfr. ROXIN. "Sobre la autoría y participación", p. 65 y Cfr. BACIGALUPO. Manual, p. 197, entre otros.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En lo que respecta a la **participación**¹⁰⁰, lo primero que debe advertirse es que, dado el principio de accesoriedad limitada acogido por nuestra legislación^{101 102}, la responsabilidad del determinador y del cómplice dependerá de que el autor cometa un injusto (conducta típica y antijurídica); de lo contrario, aquellos tampoco responderán penalmente¹⁰³. A ello se refiere la teoría de la accesoriedad limitada de la participación¹⁰⁴ acogida por nuestra legislación¹⁰⁵.

Ahora bien, su identificación se suele surtir por vía negativa, en tanto corresponde al sujeto que interviene en el hecho, pero que no cumple los presupuestos o requisitos para ser denominado autor del delito. Por la misma razón, el concepto tiene que atender a la definición introducida por la parte general del Código Penal, en tanto esta figura no corresponde a la que es identificada en la descripción típica realizada en la parte especial.

En tal sentido, el determinador es el que crea, en el autor la idea de realizar la conducta típica y antijurídica, y está sometido, según lo establecido por el art. 30 CP, a la pena prevista por el tipo.

El fundamento del reproche de la conducta del **determinador** es la comisión del injusto¹⁰⁶ por parte del autor¹⁰⁷, no obstante haber sido ello objeto de amplio debate en la doctrina¹⁰⁸.

¹⁰⁰ *Acerca de los conceptos y características de las figuras que se enmarcan en esta modalidad de intervención en la conducta típica, Cfr. VELÁSQUEZ, Op. cit., pp. 588 - 601.*

¹⁰¹ *La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en sentencia del 27 de octubre de 2021 con MP Gerson Chaverra Castro, Rad. 55836 ratifica la postura de la jurisprudencia al acoger la teoría de la accesoriedad limitada en el tratamiento de autores y partícipes en el marco de la conducta punible.*

¹⁰² *Nótese que el art. 30 CP se refiere a "conducta antijurídica" al describir al determinador y también al describir al cómplice.*

¹⁰³ *Cfr., entre otros, STRATENWERTH. DP, pp. 406-410*

¹⁰⁴ *Al respecto, MIR PUIG, "Según la cual basta para ésta un hecho antijurídico del autor, aunque éste no sea culpable" Op. cit., p. 412.*

¹⁰⁵ *COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2000. nro. 44907. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html. Art. 30.*

¹⁰⁶ *Precisamente, a raíz de la tesis de la accesoriedad limitada de la participación que acoge nuestra legislación.*

¹⁰⁷ *La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en sentencia del 27 de octubre de 2021 con MP Gerson Chaverra Castro, Rad. 55836 indica que "la punición del inductor deviene del proceder típicamente antijurídico del autor, dado que, la conducta del determinador, por sí sola, no constituye delito. Es preciso, además, la existencia de un nexo entre la acción del inductor y el hecho delictivo cometido por el autor, de manera que este sea el resultado de la influencia del determinador, pues no de otra forma sería posible establecer la efectividad de los medios persuasivos desplegados por el determinador."*

¹⁰⁸ *Debate que se refiere a las teorías de la participación en la culpabilidad y del favorecimiento en la causación. Al respecto, cfr. JESCHECK, Hans. Op cit., pp. 737 - 738.*



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Para reprochar entonces la conducta del determinador se requerirá: i) que la conducta típica del autor se derive de la conducta del determinador, lo cual no sucede, por ejemplo, en situaciones de autores ya previamente determinados, figura conocida en la doctrina como *omnimodo facturus*¹⁰⁹. Y ii) que el determinador obre con dolo de creación de la idea criminal en el autor¹¹⁰.

En todo caso, el determinador no tiene el dominio del hecho, porque, de tenerlo, la figura (accesoria) sería desplazada por la principal, y sería calificado como autor.

Una modalidad de determinación que resulta interesante, a efectos del tema objeto del presente escrito, es la que se conoce como determinación *en cadena*, que supone la creación de la idea criminal de un sujeto a otro, en forma sucesiva, hasta llegar a quien finalmente ejecuta la conducta típica.

Sin embargo, esta figura no es unánimemente aceptada por la doctrina¹¹¹, dada, entre otras razones, por la distancia que media entre los sujetos y su falta de definición en la legislación. Otros autores¹¹², por el contrario, la reconocen como un mecanismo útil para asignar responsabilidad por conductas cometidas en estructuras organizadas, en las que suelen cursarse las órdenes de superiores a inferiores, hasta llegar al ejecutor. Al efecto, señalan que la distancia entre los sujetos, y el desconocimiento del determinador respecto de la identidad del ejecutor es irrelevante¹¹³. Otros autores plantean una posición intermedia, para asignar la calidad de determinador al último en generar la idea en el autor¹¹⁴, o al primero y máximo superior de la cadena¹¹⁵, mientras que los demás podrían ser considerados cómplices.

¹⁰⁹ La figura corresponde a la situación en la cual "Quien ya esté decidido a cometer el hecho de todos modos (omnimodo facturus) ya no puede ser inducido con éxito": JAKOBS. DP, p. 806.

¹¹⁰ Se refiere al denominado "doble dolo", referido al de comisión de su propio comportamiento, y de que el autor cometa el suyo, VELÁSQUEZ, Op. cit., , pp. 590 - 591

¹¹¹ Rechazan la figura, por ejemplo, HERNÁNDEZ PLASENCIA. "La codelincuencia", p. 78; MIR PUIG. DP, pp. 415-416; GIMBERNAT. Autor y cómplice, pp. 166-167 y 293-295; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. DP, pp. 509-510; CEREZO MIR. Obras completas, p. 1117; GÓMEZ RIVERO. La inducción, pp. 118-129.

¹¹² Cfr, entre otros, VON LISZT. Tratado, pp. 490-493; MAYER, DP, p. 487; STRATENWERTH. DP, pp. 450-451; JESCHECK. La coautoría, p. 37; JESCHECK, Op cit. p. 739.

¹¹³ En tal sentido, JESCHECK/WEIGEND. Tratado, p. 739, indican que: "El inductor que se encuentra en la cadena no necesita saber ni el número ni el nombre de los eslabones intermedios, así como tampoco del autor; basta con que posea una representación concreta del hecho principal"

¹¹⁴ Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA. La codelincuencia, p. 78, quien considera que podría ser inductor el último mando que da la orden directa al ejecutor, es decir, el "eslabón final", pero no los intermedios.

¹¹⁵ Cfr. GIMBERNAT. Autor y cómplice, pp. 166-167.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En lo que respecta al **cómplice**, se tiene que su intervención consiste en contribuir o prestar ayuda al autor, mediando concierto previo o concomitante (art. 30 CP, inc. 3o).

Ese concurso que presta el cómplice al autor puede ser realizado por medios psíquicos o físicos¹¹⁶. En todo caso, se requerirá que exista un nexo o vínculo entre la conducta del cómplice y la del autor, de forma tal que la primera suponga realmente un aporte a la segunda. Y, al igual que respecto de la determinación, el cómplice también debe realizar la conducta de manera dolosa. Lo que sí se admite es la complicidad, tanto por vía de acción, como de omisión¹¹⁷.

En lo que respecta a la intensidad del aporte suministrado por el cómplice, respecto de la conducta del autor, se entiende que puede ser necesaria o no necesaria, distinción que tendrá incidencia en la consecuencia punitiva a asignar. Si bien nuestro legislador no distingue estas modalidades en la descripción de la figura, sí lo hace en el aspecto que resulta relevante, cuales, precisamente, la graduación de la pena¹¹⁸.

Por último, debemos ocuparnos de dos figuras previstas en nuestra legislación en relación con la autoría y la participación.

La primera es la del **interviniente**, que fue introducida por el legislador colombiano en el cuarto inciso del art. 30 CP, entendiendo por tal a quien concurre en la realización del tipo penal, sin tener las calidades especiales exigidas por el mismo. Ello supone que la figura aplica solamente en supuestos de tipos penales con sujeto activo calificado. Y la consecuencia será una rebaja punitiva.

Respecto del ámbito de aplicación de esta figura existe una profunda discusión, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Una postura sostiene que la figura del interviniente se aplica a los partícipes, y otra defiende que procede sólo respecto de los coautores.

La primera postura¹¹⁹ se basa en la interpretación sistemática de la norma, en tanto la misma corresponde a la categoría del partícipe y no del autor.

116 Cfr. JESCHECK/WEIGEND *Op cit.*, pp. 744 - 745.

117 Cfr. CASABIANCA-ZULETA Paola, *Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos* p. 131, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

118 En efecto, el art. 61 CP se refiere, como fundamento de graduación de la pena, al "mayor o menor grado de la contribución o ayuda".

119 Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. *Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana. Libro homenaje a Bernardo Gaitán Mahecha*", p. 12 ediciones Legis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

De allí se extrae un claro propósito del legislador, en el sentido de aplicarla exclusivamente a esta forma de intervención. Adicionalmente, en lo que respecta al sentido político criminal de la figura, se halla razón en aplicar una doble rebaja punitiva al cómplice que interviene en el hecho, sin ostentar la calidad especial prevista en el tipo penal respectivo, en tanto una disminución compete a la entidad de su aporte, mientras que la otra obedece al hecho de no infringir éste el deber especial al que atiende la calificación prevista por el tipo, dado que carece de ella. Esta segunda rebaja, por ende, introduce un correctivo que restablece el principio de igualdad, en la medida en la intervención del cómplice no calificado no alcanza el mismo nivel de injusto y, por ende de reproche, de quien sí lo es. En términos más sencillos: dado que la pena del tipo es la del autor especial (calificado), y la pena del cómplice se rebaja por la menor entidad de su intervención en la conducta típica (carece del dominio del hecho), se requiere introducir una rebaja adicional¹²⁰, para reconocer la ausencia del deber especial que se reprocha en la pena del autor¹²¹.

La postura contraria sostiene que la ubicación de la figura en el art. 30 CP carece de relevancia, y que la doble rebaja no tiene sustento alguno desde una perspectiva material, ni de política criminal, razón por la cual solo puede considerarse interviniente al coautor que no tiene la calidad prevista por el tipo penal¹²². Esta parece ser la tesis actual y mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia¹²³. Sin embargo, la crítica a esta línea argumentativa es que no se entiende cómo puede tener el dominio del hecho, y por ende ser coautor, de un delito especial, quien no ostenta la calidad exigida por la norma¹²⁴.

120 La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal manifestó en sentencia del 25 de abril de 2002 MP Carlos Eduardo Mejía Escobar, Rad. 12191 que "si se trata de un particular que interviene participando, como cómplice de una de estas infracciones, su pena es la que corresponde a la naturaleza secundaria de 'su grado de participación (inciso 30 del artículo 30 C.P.), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición".

121 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de abril de 2002 MP Carlos Eduardo Mejía, Rad. 12191.

122 Cfr. VELÁSQUEZ, Op. cit., pp. 598 - 599. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de septiembre de 2019, MP Luis Antonio Hernández Barbosa, Rad. 52816.

123 La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal cambió el paradigma sostenido previamente, a través de la sentencia del 8 de julio de 2003 MP Carlos Augusto Gálvez Argote, Rad. 20704, al indicar que "Por eso, cuando dicha norma utiliza el término *intervinientes* no lo hace como un símil de *partícipes* ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de *intervinientes* para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase".

124 REYES ALVARADO señala al respecto que, "Como el tipo penal está dirigido al autor, todo aquel



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

La segunda es la del **actuar por otro**¹²⁵, a la que se refiere el inciso 3º del art. 29 CP¹²⁶, para solucionar el vacío que se genera en supuestos en que es una persona jurídica quien cumple la calificación prevista por el tipo para el autor; en esos casos no se verificaría el requisito objetivo, en tanto, en nuestra legislación, los entes ficticios no son sujetos de responsabilidad penal. Es el caso, por ejemplo, de la calidad de contribuyente a la que se refieren, entre otros, los delitos de Omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes y Defraudación o evasión tributaria, la cual recae sobre la persona jurídica y no sobre el representante legal, el directivo o el empleado que realiza el hecho típico. Para solucionar estos posibles vacíos de punición¹²⁷, el código asume que el requisito se cumplirá en el “miembro u órgano de representación autorizado o de hecho” de la persona jurídica¹²⁸. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la verificación de la calidad del autor es tan solo uno de los elementos del tipo objetivo, de manera que, para atribuir responsabilidad penal al sujeto, se tendrán que cumplir los que sea reputado como tal debe poseer la cualificación eventualmente exigida por el tipo en respecto al principio de legalidad Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana. Libro homenaje a Bernardo Gaitán Mahecha, p. 12 ediciones Legis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

125 Las legislaciones española y alemana incluyen esta figura del actuar por otro. La española, en el art. 31 del CP, que al efecto indica: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.” Por su parte, en el §14 StGB, que señala: Código Penal (StGB) §14 Actuar en nombre de otro (1) Si alguien actúa 1. como órgano de una persona jurídica autorizada para representar o como miembro de dicho organismo, 2. como socio autorizado para representar a una sociedad con capacidad jurídica, o 3. como representante legal de otro, por lo tanto, una ley según la cual las características o circunstancias personales especiales (características personales especiales) dan lugar a responsabilidad penal también es aplicable al representante si estas características no existen en él sino en la persona representada. (2) Es alguien del propietario de un negocio u otra persona autorizada 1. instruido para administrar todo o parte del negocio, o 2. instruidos expresamente para llevar a cabo, bajo su propia responsabilidad, las tareas que incumben al propietario de la explotación, y si actúa sobre la base de ese mandato, se aplicará también al agente una ley en virtud de la cual las características personales especiales den lugar a responsabilidad penal si esas características no existen en él sino en el propietario de la explotación. La empresa es igual a la operación en el sentido de la oración 1. Si una persona actúa sobre la base de un mandato correspondiente para un organismo que desempeña tareas de la administración pública, la frase 1 se aplicará mutatis mutandis. 3) Los apartados 1 y 2 se aplicarán también si el acto jurídico que debe dar lugar a la facultad de representación o a la relación contractual es inválido. En: § 14 StGB - Estándar único (gesetze-im-internet.de) (traducción libre).

126 El inciso 3º del artículo 29 del Código penal colombiano indica que: “También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”.

127 Acerca de las razones político criminales que fundamentan la figura del actuar por otro, sus críticas y ventajas, Cfr. RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. Imputación de responsabilidad penal para la empresa. Montevideo: IB de F, 2015. pp. 65 y ss.

128 SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, La autoría en el actuar por otro en el Derecho Penal colombiano. Bogotá: Derecho Penal y Criminología 2004, p. 173 “Se entiende que el actuar por otro El “actuar por otro” o “actuar en lugar de otro” o “actuación en nombre de otro” o “actuar por otra persona” es la realización de conducta punible descrita en tipo penal de delito especial por el extraneus que ha entrado en la misma relación con el bien jurídico respectivo que tiene el intraneus, al actuar como representante autorizado o de hecho de una persona jurídica o de un ente colectivo sin tal atributo, o como representante legal o voluntario de una persona natural”. JAKOBS señala, respecto de esta figura (la prevista en el Código Penal alemán), que la norma se requiere para abarcar supuestos de personas cualificadas que, por motivos fácticos o jurídicos (este último sería el caso en Colombia, en tanto las personas jurídicas no tienen capacidad de responsabilidad penal) no pueden cumplir el deber. Precisa además que, en todo caso, debe verificarse el aspecto subjetivo del delito en el autor responsable. Cfr. JAKOBS, DP, p. 724.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

demás elementos del delito. En tal sentido, no puede entenderse esta figura como una patente de corso para realizar imputaciones penales por vía de responsabilidad objetiva, ni transgredir los principios constitucionales que rigen la materia.

2.2. LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

El art. 25 CP colombiano describe las modalidades comisiva y omisiva de la conducta típica.

La **acción** supone la ejecución de actos físicos que producen una modificación en el mundo exterior, y producen un resultado de carácter jurídico, en el sentido de lesionar o poner en peligro un bien jurídico protegido, al margen de tratarse de un delito calificado por el resultado o de mero comportamiento¹²⁹.

La **omisión** supone el no actuar, teniendo el deber de hacerlo.

El legislador sanciona la **omisión propia**, mediante tipos penales que introducen conductas de no hacer (por ejemplo, no interponer la denuncia respecto de determinado delito o no pagar el IVA recaudado).

Por su parte, la **omisión impropia** es la que comete quien, teniendo posición de garante, infringe ese deber especial de actuar que le asiste, al omitir la acción debida, y a raíz de ello se produce el resultado previsto por la norma, que el sujeto estaba en capacidad de impedir. El incumplimiento de este deber será equiparable a la conducta activa prevista en el tipo penal (por ejemplo, matar), en lo que supone una identidad valorativa del no hacer, respecto de la acción prevista por el tipo. Ello se conoce como comisión por omisión. En estos casos entonces, la persona incurrirá en un delito cuya comisión está tipificada como una acción (por ejemplo, la madre que no alimenta a su hijo y por esta causa su hijo muere)¹³⁰.

¹²⁹ Respecto de estas categorías delictuales, al legislador no le interesa la producción de un resultado exterior, contrario a los delitos que se caracterizan de manera exclusiva por la obtención del resultado. Cfr. VELÁSQUEZ, Op. cit., pp. 357-358.

¹³⁰ La Corte Suprema de Justicia se ha ocupado de la figura de la comisión por omisión, su contenido y requisitos, en diversas sentencias. Al respecto, por ejemplo, Cfr. sentencia del 04 de febrero de 2009, MP: Sigifredo Espinosa Pérez, Rad 26.409; sentencia del 11 de abril de 2012, MP: Augusto Ibáñez Guzmán, Rad. 33.920; sentencia del 14 de noviembre de 2007, MP: Julio Enrique Socha Salamanca, Rad. 28017.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Los requisitos de esta figura son, entonces, la posición de garantía del agente, y haber sido capaz, en abstracto, de evitar la producción del resultado mediante la ejecución de la acción omitida¹³¹.

La posición de garantía ha sido desarrollada como un criterio utilizado para describir una particular relación de algunos sujetos con los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, o con las fuentes de peligro que se encuentran en su ámbito de competencia.

El artículo 25 CP prevé dos esquemas de fuentes de posición de garantía: una que parte de un deber de carácter jurídico, aplicable respecto de cualquier delito, y otra referida a específicos ámbitos de protección y actuar precedente, sólo pertinentes frente a ciertos tipos penales.

Esta doble estructura de fuentes, planteada por nuestro legislador, acoge, tanto la teoría formal del deber jurídico, para la cual las fuentes de la posición de garantía son la ley, el contrato y el actuar precedente¹³², como la teoría de las funciones¹³³, que se enfoca en la relación funcional existente, desde una perspectiva material, entre el sujeto y el bien jurídico o la fuente de peligro¹³⁴.

Dado el objeto del presente escrito, resulta relevante la fuente de posición de garantía que corresponde al deber de controlar una fuente de peligro, en tanto, como ya lo hemos indicado, la empresa involucra necesariamente la administración de escenarios de creación de riesgos.

Ahora bien, verificada la existencia de una posición de garantía, el segundo elemento de la estructura de la comisión por omisión es la no realización de la acción que debió haber ejecutado el sujeto, en virtud de ese deber especial de actuar que le asiste¹³⁵.

131 Cfr. JAKOBS, DP, p. 956.

132 Cfr. MIR, p. 327.

133 La posición de garante se caracteriza en la moderna teoría funcional, según la función defensiva o protectora del omitente respecto del bien jurídico. Por un lado, el sujeto omitente debe ocupar una posición de protección de un bien jurídico contra todos los ataques (función de protección de un bien jurídico) que pudiera sufrir, cualquiera sea el origen de los mismos. Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la vigilancia de una determinada fuente de peligro en relación a cualquier bien jurídico que pueda ser amenazado por ella (función de vigilancia de una fuente de peligro. BACIGALUPO, Enrique, Derecho penal parte general, p. 546 Argentina: Hammulabi, 1999. "Ciertamente la infracción de un mandato para la defensa de lesiones o peligros de un bien jurídico es constitutiva de los delitos improprios de omisión; pero no toda lesión de tal mandato realiza el tipo de estos delitos, sino sólo la infracción de un garante" KAUFMANN, Armin, Die Dogmatik der Untelassungsdelikte, 1959, p. 284.

134 Al respecto explica el profesor Fernando VELASQUEZ que nuestro Código Penal optó por la combinación de la teoría formal (que deduce la posición de garantía de la ley, el contrato, la conducta anterior, la asunción de hecho y las relaciones de lealtad), la teoría de las funciones o material (que la extrae de los criterios derivados de la relación del agente con el bien jurídico) y la teoría mixta o formal-material. VELÁSQUEZ, Fernando, Op cit., p. 419.

135 La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado ampliamente el concepto de la responsabilidad por vía de comisión por omisión. Al respecto, por ejemplo, Cfr. sentencia del 14 de noviembre de 2007, MP: Julio



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Pero, adicionalmente, se requerirá que: i) el sujeto haya podido efectivamente realizar la acción debida; ii) que, de haberla realizado, hubiera podido evitar el resultado; y iii) que el resultado efectivamente se produzca.

En tal sentido, si el resultado se hubiera producido, aún si el sujeto obligado hubiera ejecutado la conducta debida, el mismo no le podrá ser imputado, aun cuando haya ostentado una posición de garantía que le hubiera obligado a actuar.

Ello nos conduce a la discusión respecto del contenido del nexo causal entre la conducta omitida y el resultado producido, a efectos de la cual se advierten diversas posturas doctrinarias.

Una es la tesis del *juicio hipotético de causalidad*, para determinar si, de haberse realizado, se puede concluir con probabilidad rayana en la certeza que el resultado ha desaparecido¹³⁶, postura que, sin embargo, ha sido objeto de cuestionamientos, dada la ambigüedad de su contenido y los riesgos que introduce respecto del derecho a la presunción de inocencia¹³⁷.

Otra alternativa de valoración es la introducida por la tesis de la *disminución del riesgo*¹³⁸, según la cual se podrá atribuir el resultado si la acción omitida hubiera disminuido el riesgo que se tradujo en el resultado lesivo, la cual, sin embargo, parece adolecer de las mismas debilidades¹³⁹.

Como mecanismo de corrección se plantea el uso complementario de la tesis del *incremento del riesgo*, para verificar responsabilidad en los casos en que la no acción determinó la intensificación del riesgo que se tradujo en el resultado^{140 141}.

136 *Enrique Socha Salamanca, Rad 28017.*

137 *Cfr. BACIGALUPO, Enrique, Derecho penal parte general, pp.535-536, Argentina: Hammurabi, 1999.*

138 *Cfr. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e in dubio pro reo-, en: La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2002. p. 539.*

139 *Cfr. STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible. p. 153 Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 4^a edición, 2008.*

140 *Al respecto Cfr. MEINI Iván, Responsabilidad penal de los empresarios por los hechos cometidos por sus subordinados, Ob Cit, pp. 279-280.*

141 *MEINI señala al respecto que "...en los delitos realizados vía comisión por omisión tampoco puede existir certeza plena de que el omitente haya dominado el curso de los hechos hacia la lesión del bien jurídico, por la simple razón de que incluso haciendo eco de la teoría del incremento del riesgo, no es factible establecer que algo que no existe (la ausencia de una determinada acción) produzca un resultado. Pero esto es irrelevante, porque lo que interesa aquí es que haya incrementado el riesgo y a partir de ahí desencadenado el proceso causal que produce el resultado. En la omisión el sujeto activo deja que los hechos sigan su curso y produzcan el resultado; no interfiere en él durante todo el proceso que dura el iter hasta su consumación." En MEINI Iván, Responsabilidad penal de los empresarios por los hechos cometidos por sus subordinados, Ob Cit, p. 280. La Corte Suprema de Justicia ha adoptado la tesis del incremento del riesgo para integrar el análisis de imputación jurídica del resultado a la conducta, aplicando así la estructura de la imputación objetiva. Al respecto, por ejemplo, Cfr. sentencia del 28 de octubre de 2009, MP. Javier Zapata Ortiz, Rad. 32582.*



2.3. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR IMPRUDENCIA

Las expresiones culposo e imprudente son equivalentes, a efectos de la identificación de esta forma de comisión de la conducta penalmente relevante¹⁴².

De conformidad con el art. 23 del CP colombiano, “la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

De acuerdo con el contenido de esta norma, los supuestos de ausencia de riesgo permitido, excluyen el tipo objetivo¹⁴³. Ello resulta acorde con la postura generalmente aceptada en la actualidad, respecto de la ubicación de la imprudencia en el injusto y no en la culpabilidad¹⁴⁴.

Por otra parte, el legislador introdujo las dos clases de imprudencia: con representación y sin representación, las cuales se distinguen según el agente haya o no previsto la producción del resultado típico. Esta distinción adquiere especial relevancia en punto de la identificación de supuestos de comisión del delito por dolo eventual¹⁴⁵.

En cuanto a la estructura de la conducta típica del delito imprudente, se tiene que está integrada por dos elementos:

- Un elemento objetivo, que corresponde a la infracción de la norma de cuidado, que, a su vez, se traducirá en la creación del riesgo jurídicamente desaprobado¹⁴⁶, y a la producción de un efecto jurídico de lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión.
- Un elemento subjetivo, que corresponde al querer realizar la conducta, sin haber querido la producción del resultado.

¹⁴² La doctrina ha preferido la utilización de la expresión imprudente, a efectos de distinguir el término del elemento de la culpabilidad. Al respecto, por ejemplo, MIR, p. 293.

¹⁴³ Respecto de las diversas posturas doctrinarias acerca de la ubicación dogmática del riesgo permitido, Cfr. CORCOY, Op. cit., p. 297.

¹⁴⁴ Superándose así las iniciales posturas de corte psicológico. Al respecto, Cfr. por ejemplo, MIR, pp. 297-298.

¹⁴⁵ Art. 22 CP: “(...) También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.”

¹⁴⁶ La doctrina ha unificado estos dos conceptos, bajo el entendido de que la creación del riesgo desaprobado supone las situaciones de infracción del deber de cuidado. Al respecto, Cfr. CORCOY, Op. cit., pp. 296, 297.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En términos de JAKOBS, solo es penalmente relevante la previsibilidad del riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable al sujeto¹⁴⁷.

Respecto del deber de cuidado, resulta pertinente la distinción realizada por la doctrina respecto de un deber de cuidado interno, que atiende al deber de advertir del peligro y, por ende, está presente en los dos tipos de imprudencia. Y un deber de cuidado externo¹⁴⁸, que comprende la conducta de ajustar el comportamiento conforme a la situación advertida y, dado ello, solo aplicable a la denominada culpa inconsciente o sin representación.

Este deber de cuidado externo tiene tres manifestaciones¹⁴⁹, que resultan relevantes desde la perspectiva del objeto del presente estudio, a saber:

- El deber de omitir acciones peligrosas en situaciones que se advierten con elevado nivel de peligrosidad, como sucede en casos de impericia profesional, en que el sujeto realiza la conducta sin contar con los conocimientos necesarios para ello.
- El deber de realizar actos de preparación e información previa, antes de realizar conductas que se advierten *ex ante* como peligrosas.
- El deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas, a efectos de evitar la concreción de un resultado lesivo para un bien jurídico.

Adicionalmente, se requiere que esa violación del deber de cuidado, que supone la infracción del riesgo jurídicamente desaprobado, se traduzca en el resultado que afecta o pone en peligro el bien jurídico.

En relación con la imprudencia es relevante precisar que rige, como postura mayoritaria en la doctrina¹⁵⁰, y así también en nuestra jurisprudencia¹⁵¹, un concepto unitario de autor. Ello supone que compete el carácter de autor a todo aquél que verifique los requisitos de esta forma de responsabilidad, de forma que cada intervintente será responsable, por sí mismo, como autor, de la infracción de su propio deber de cuidado, en tanto este se haya traducido en el resultado y sin haber querido producirlo.

147 Cfr. JAKOBS, DP, p. 385.

148 Cfr. JESCHECK, Hans. I. Op cit., P. 624.

149 Cfr. MIR, Op cit., p. 300.

150 Al respecto: ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, Navarra: Civitas, 2014 p. 25; MIR PUIG, Op cit., p. 379; ROSO CAÑADILLAS, Raquel, *Los criterios de autoría en el delito imprudente*, Madrid: Universidad de Alcalá, 2000, p. 228; MIR PUIG, Op. cit., p. 371; JESCHECK, Op cit., p. 900, entre otros.

151 Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, sentencias del 1 de julio de 2020, MP: Eyder Patiño Cabrera, Rad. 51444 y sentencia del 8 de julio de 2003, MP: Carlos Augusto Gálvez Argote, Rad. 20704.



3. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

Responsabilidad Penal Individual		
1. Punto de partida: La teoría de la imputación objetiva Esta teoría busca limitar el concepto de imputación de responsabilidad a aquello que compete al individuo, como su propia obra, excluyendo factores externos, como pueden ser las fuerzas de la naturaleza o el azar.		
Elemento	Definición	Para tener en cuenta...
Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado	Conductas que, a la luz del marco normativo y regulatorio o de lo “socialmente adecuado”, resultan intolerables y reprochables.	<ol style="list-style-type: none">1. No existe un riesgo jurídicamente relevante en supuestos de:<ul style="list-style-type: none">● Disminución del riesgo.● Ausencia de determinado grado de riesgo.● Riesgo permitido o socialmente adecuado.● Creación del riesgo por factores ajenos.2. También existe un riesgo jurídicamente relevante cuando se incrementa un riesgo que no fue creado.
Traducción del riesgo en el resultado lesivo producido	Aquello que permite establecer si el resultado fue efectivamente ocasionado por el riesgo desaprobado creado por la conducta del sujeto y no por otro, no atribuible al mismo.	<ol style="list-style-type: none">1. Hay ausencia de este elemento en:<ul style="list-style-type: none">● Supuestos de conductas alternativas conforme a derecho.● Casos de comportamiento de la víctima o de un tercero.● Supuestos donde haya lugar al principio de confianza (en estructuras horizontales).● Casos donde haya lugar a aplicar la institución “prohibición de regreso”.
Ámbito de protección de la norma	Mecanismo de exclusión de imputación jurídica del resultado al sujeto que incrementó el riesgo, al apartarse del deber impuesto, si tal resultado no era de aquellos que la norma pretende proteger.	



2. Estructuras de la responsabilidad penal individual

En la presente unidad se abordaron los aspectos centrales de los conceptos de autoría y participación, en escenarios de acciones y omisiones, dolosas e imprudentes.

2.1. Formas de intervención en el hecho punible

Autoría	Forma de autoría	Desarrollo
	Autor directo	Comete la conducta típica por sí mismo y de manera individual. Tiene el dominio del hecho material.
	Autor mediato	Utiliza a otro como instrumento. Supone ausencia de responsabilidad en el sujeto de adelante. Tiene el dominio del hecho por organización.
	Autor mediato en aparatos organizados de poder	Excepción de la figura general, en tanto el ejecutor es plenamente responsable. No es generalmente aceptada su aplicación en el ámbito de la empresa. Requisitos: <ul style="list-style-type: none">○ Apartamiento del aparato respecto del ordenamiento jurídico (al menos en forma parcial)○ Aparato organizado con estructura jerárquica y superior con poder de mando.○ Fungibilidad de los ejecutores (fácilmente sustituibles en virtud de la amplia disposición a cometer la conducta típica)
	Coautor	Comete la conducta típica con otros que intervienen también en calidad de autores. Todos responden por la totalidad de la conducta típica. Todos tienen el dominio global del hecho. Requisitos: <ul style="list-style-type: none">○ El acuerdo común que permita la atribución de responsabilidad recíproca (a todos por el todo)○ Un aporte de importancia a la conducta típica (lo diferencia del cómplice) <p>La doctrina, además, plantea:</p> <ul style="list-style-type: none">○ Aporte en fase de ejecución (no el CP colombiano) y○ Postura horizontal de los coautores



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Participación	Forma de participación	Desarrollo
	Determinador	<p>Crea en el autor la idea de realizar la conducta típica y antijurídica. Está sometido a la pena prevista por el tipo.</p> <p>Requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none">Que el autor cometa una conducta típica y antijurídica.Que la conducta típica del autor se derive de la conducta del determinador (nexo de determinación).Doble contenido de dolo (respecto de la conducta de generación de la idea criminal en el autor y respecto de la comisión de la conducta por parte del autor).
	Cómplice	<p>Contribuye o presta ayuda al autor. La importancia de la contribución incide en la graduación de la pena.</p> <p>Requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none">Que el autor cometa una conducta típica y antijurídica.Que medie acuerdo previo o concomitante.
Interviniente		Concurre en la realización del tipo penal sin tener las calidades especiales exigidas por el mismo. La consecuencia será una rebaja punitiva.
Actuar por otro		En supuestos en que es la persona jurídica quien cumple la calificación prevista por el tipo para el autor, tal requisito objetivo se cumplirá en el miembro u órgano de representación autorizado de la persona jurídica.
2.2. Formas de conducta		
Acción		Ejecución de actos físicos que modifican el mundo exterior y lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido.
Omisión	Propia	Tipos penales que introducen conductas de no hacer.
	Impropia	Quien teniendo posición de garante infringe el deber especial de actuar que le asiste, al omitir la acción debida, y a raíz de ello se produce el resultado previsto en la norma, de forma que el no actuar se equipara jurídico penalmente a la acción.
	Posición de garantía: fuentes	Protección de un bien jurídico Control de una fuente de riesgo



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

2.3. La responsabilidad penal por imprudencia

Elementos integradores de la conducta típica del delito imprudente	Elemento objetivo	Infracción de la norma de cuidado (creación del riesgo jurídicamente desaprobado) que se traduce en la producción de un resultado que lesiono o pone en peligro un bien jurídico.
	Elemento subjetivo	Querer realizar la conducta, sin haber querido la producción del resultado.
Tipos de imprudencia	Con representación	El agente previó la producción del resultado típico.
	Sin representación	El agente no previó la producción del resultado típico.
Deber de cuidado	Interno	Deber de advertir el peligro.
	Externo	Deber de omitir acciones peligrosas (impericia profesional) Deber de realizar actos de preparación e información previa. Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas.

4. ESTRATEGIAS EVALUATIVAS

1. Para imputar objetivamente un delito a un sujeto se debe verificar:
 - a. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su concreción en un resultado lesivo.
 - b. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el ámbito de protección de la norma.
 - c. El ámbito de protección de la norma y la consumación de un resultado lesivo.
 - d. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, su concreción en un resultado lesivo y el ámbito de protección de la norma.
2. Al derecho penal le resultan relevantes sólo aquellos riesgos que resultan jurídicamente desaprobados, de manera que no cualquier actividad riesgosa tendrá importancia en el ámbito penal.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Postulados:

- I. No existe riesgo jurídicamente desaprobado en los casos de disminución de riesgo.
- II. No existe riesgo jurídicamente desaprobado en los casos de riesgo permitido o socialmente adecuado.

Analice si:

- a. De la tesis se deducen los postulados I y II.
 - b. De la tesis se deduce el postulado I.
 - c. De la tesis se deduce el postulado II.
 - d. De la tesis no se deduce ningún postulado.
3. A, empleado del grupo de transporte de la empresa, solicita a B, su jefe, la llave de uno de los vehículos a su cargo, al cual accede y procede a estrellar contra una de las oficinas, causando la muerte de un empleado que recientemente le había quitado a su novia. Al respecto podría decirse que:
- a. B puede exonerarse de responsabilidad penal invocando el principio de confianza.
 - b. B puede exonerarse de responsabilidad invocando la prohibición de regreso.
 - c. A y B responden penalmente como coautores.
 - d. A responde penalmente como autor mientras que B responde como cómplice.
4. A, representante legal de la empresa, es vinculado a una investigación penal por el delito de Omisión de agente retenedor o recaudador en calidad de autor, a raíz del no pago de sumas recaudadas por concepto de IVA, ante lo cual, sus abogados esgrimen, correctamente, la siguiente tesis de defensa:
- a. En este caso no se satisface el requisito de calificación del sujeto activo requerido por el tipo, en tanto el "agente retenedor" es la empresa y no su representante legal.
 - b. Si bien, en virtud de la tesis del actuar por otro, se puede satisfacer la calificación del sujeto activo, ello no es suficiente para atribuir responsabilidad penal al directivo, de forma que debe verificarse que él haya creado el riesgo desaprobado y que éste haya sido el que se tradujo en el resultado.



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

- c. El representante legal no podrá ser calificado coautor, dado que, aun cuando podría tenerse como intervینiente, no participó en forma mancomunada con un actor calificado penalmente responsable.
- 5. La Fiscalía llama a imputación al director farmacéutico de una compañía, a raíz de la muerte ocasionada a un paciente por el consumo de un medicamento producido por la compañía en la que labora, pero su equipo de defensa advierte que el resultado se produjo porque el paciente consumió el doble de la dosis sugerida del medicamento. Dado ello, la defensa debe plantear:
 - a. Ausencia de creación de riesgo jurídicamente desaprobado, en tanto se cumplieron todos los requisitos y presupuestos necesarios para sacar el producto al mercado.
 - b. Ausencia de traducción del riesgo en el resultado por intervención exclusiva de la víctima.
 - c. Culpa sin representación, dada la imprevisión respecto del uso indebido que daría el paciente al medicamento.



UNIDAD 2: IMPUTACIÓN PERSONAL EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES

UNIDAD 2	IMPUTACIÓN PERSONAL EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES
OG	Aplicar las figuras del derecho penal general a las situaciones de atribución de responsabilidad penal por conductas típicas cometidas en el ámbito de la empresa
OE	Advertir las características de la estructura empresarial e identificar la naturaleza de la empresa Adquirir una metodología de análisis que permita revisar el tema de la responsabilidad penal en forma sistemática y respetuosa de los principios constitucionales Advertir el contexto en que fue utilizada la empresa respecto de la producción del resultado Identificar los problemas relacionados con atribución de responsabilidad por la conducta típica cometida en el ámbito de la empresa Adquirir herramientas para advertir y diferenciar la intervención constitutiva de autoría de la que deriva en participación Adquirir herramientas para advertir y diferenciar la intervención por vía de acción y la que corresponde a supuestos de omisión Adquirir herramientas para advertir y diferenciar la intervención dolosa de la imprudente
COMPETENCIA ESPECÍFICA	Adquirir conocimientos y desarrollar habilidades para identificar los problemas y aplicar los conceptos jurídicos necesarios para realizar una adecuada imputación de responsabilidad penal al individuo por la comisión de conductas típicas en el ámbito de la empresa. Esto se hará a partir del estudio de la doctrina y jurisprudencia sobre la materia, y acudiendo a la regulación internacional que resulte aplicable a esta temática.



1. PROBLEMÁTICA REFERIDA A LA CRIMINALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

El objeto central de este escrito es el análisis de las particularidades que rodean el planteamiento de imputación de responsabilidad penal por conductas típicas cometidas en el ámbito de la empresa.

No sobra precisar que no nos referiremos a la responsabilidad penal de la empresa, en tanto nuestra legislación no ha introducido la capacidad de las personas jurídicas para cometer delitos¹⁵², sino a la que compete al sujeto que comete el delito en el entorno de la empresa.

En tal sentido, luego de haber realizado un repaso respecto del contenido de las figuras que, en materia de derecho penal general, están llamadas a resolver el ejercicio de atribución de responsabilidad penal al individuo, procede adentrarnos en el objeto referido.

Para ello, lo primero que debemos definir es el ámbito de aplicación del análisis; esto es, qué se entiende por empresa, para los efectos de este estudio. Y lo segundo es qué se entiende por comisión de conductas típicas en ese ámbito; es decir, cuál es realmente el escenario en que se evidencian las dificultades de aplicación de las normas de atribución de responsabilidad.

Determinados dichos presupuestos, revisaremos las herramientas y conceptos que ha introducido la doctrina extranjera y colombiana, y que ha recogido la jurisprudencia nacional, para efectos de dar respuesta a las situaciones problemáticas que se presentan en desarrollo del análisis de imputación que se deriva de la comisión de conductas típicas en el ámbito de la empresa.

Debemos, sin embargo, precisar que con este análisis no pretendemos formular nuevas teorías, ni resolver las discusiones teóricas que permanecen abiertas en la materia, sino retomar los conceptos que esas fuentes jurídicas han planteado, y que resultan de utilidad para abordar esta problemática en la práctica, así como esbozar una metodología de análisis que permita realizar tal análisis de manera consistente.

¹⁵² No obstante ha habido diversos intentos legislativos para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En la actualidad, está en trámite el Proyecto de Ley No. 076 de 2021, cuya ponencia fue debatida en primer debate el 9 de octubre del presente año.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

De esa forma, pretendemos brindar herramientas para enriquecer el estudio del que se ocupan los funcionarios en desarrollo de su labor judicial, y ayudar a que el mismo se conduzca por vías que atiendan los principios constitucionales aplicables.

1.1. SOBRE EL CONCEPTO DE EMPRESA

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, empresa es una “Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”¹⁵³. Según el artículo 25 del Código de Comercio, es empresa “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”

De lo anterior se observa que una empresa supone una estructura organizacional en movimiento, dispuesta para el cumplimiento de determinados fines, los cuales buscan satisfacer intereses de terceros, y cuyas labores son desarrolladas por individuos a quienes se encargan labores específicas, e interactúan entre sí en virtud de los roles concretos que ocupan, generando líneas verticales y horizontales de relación, dominio y control.

En tal sentido, y para lo que compete a este escrito, se enmarca en tal concepto, tanto una empresa constituida totalmente por recursos privados, como aquella que tenga carácter mixto¹⁵⁴, e incluso totalmente público.

Y, dadas las características del concepto, que resultan relevantes en punto de los problemas que generan, de cara al análisis de imputación de responsabilidad penal, para estos efectos se entienden incluidas también las entidades públicas, las cuales, si bien no corresponden a la definición de empresa, sí comparten con ellas la estructura organizacional que determina su funcionamiento, y que, a su vez, genera las dificultades jurídicas de que se ocupa el presente escrito. Ello, sin desconocer que el carácter de servidor público de quien trabaja para una empresa del Estado incide en diversos aspectos relevantes para el asunto penal, tanto de la parte especial, como general y procesal.

¹⁵³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Disponible en: <https://dle.rae.es/empresa>.

¹⁵⁴ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (16, junio, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 1971. nro. 33.339. Disponible en http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html : “Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Estas sociedades se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Por otra parte, respecto de la estructura de la empresa, no sobra recordar que la legislación prevé distintos tipos societarios, que deberán ser consultados y analizados, en punto de sus características propias, al momento de proceder con la evaluación de la posible responsabilidad penal por el resultado producido en el ámbito empresarial. En concreto, se tienen los siguientes: sociedad anónima¹⁵⁵, sociedad en comandita por acciones¹⁵⁶, sociedad por acciones simplificada¹⁵⁷, sociedad de economía mixta¹⁵⁸, sociedad colectiva¹⁵⁹, sociedad en comandita simple¹⁶⁰, sociedad de responsabilidad limitada¹⁶¹, y empresa unipersonal¹⁶². En cada tipo de sociedad, la estructura de responsabilidad puede diferir en el ámbito civil y comercial, así como el mapa organizacional que las rige, y aspectos podrán ser relevantes al momento de evaluar la posible responsabilidad penal de uno de sus empleados o directivos, de manera que será importante tener en consideración tales conceptos.

1.2. ESCENARIOS DELICTIVOS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En el ámbito de la empresa se pueden presentar diversas situaciones de comisión de conductas típicas que, de una u otra forma se relacionan con su estructura y funcionamiento, o son utilizados para la ejecución del delito¹⁶³.

En este aparte nos ocuparemos de identificar dichas situaciones, para efectos de realizar más adelante las distinciones que resulten pertinentes, a efectos del análisis de determinación de responsabilidad penal del individuo.

155 *Ibíd. Art. 373.*

156 *Ibíd. Art. 323.*

157 *COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 (5, diciembre, 2008). Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. [en línea]. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial. 2008. nro. 47194. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html. Artículo 6.*

158 *COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. Op. cit., Art. 461.*

159 *Ibíd. Art. 294.*

160 *Ibíd. Art. 323.*

161 *Ibíd. Art. 353.*

162 *COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 (20, diciembre, 1995). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial 1995. nro. 42156. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html. Art. 71.*

163 *Al respecto, Cfr. ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio. En: Panorama. Vol. 3 Núm. 7 (2009), Panorama. Vol. 3 Núm. 7 (2009), p.72 y ss.*



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

1.2.1. *La empresa como estructura creada y operada para cometer delitos*

En este supuesto, la empresa es constituida con el propósito de cometer conductas delictivas, como puede ser, por ejemplo, prestar un servicio de telecomunicaciones¹⁶⁴ o un servicio financiero sin las autorizaciones legales requeridas¹⁶⁵; vender facturas por conceptos no reales, para que otras compañías generen gastos ficticios¹⁶⁶; o producir armas o municiones sin la autorización requerida¹⁶⁷.

En esos casos, el objeto social mismo, el propósito económico de la empresa, estará en contraposición con el ordenamiento jurídico. Eso no quiere decir, sin embargo, que la persona jurídica no realice conductas en el marco de la ley, en tanto su funcionamiento le exigirá, en todo caso, entablar relaciones jurídicas de curso ordinario con terceros, como puede ser comprar los insumos de papelería a un contratista, adquirir y pagar los servicios públicos, arrendar un inmueble, pagar impuestos, entre otras.

También puede suceder que, en el entorno de su objeto social, la empresa se ocupe, en forma paralela, de actividades lícitas y otras que no lo sean, como sucedería si la empresa que funge como operador ilegal del servicio de telecomunicaciones, también ofrece y presta servicios técnicos de reparación y mantenimiento de equipos celulares y de cómputo, para aprovechar los recursos humanos y técnicos que tiene a su disposición y, eventualmente, distraer la atención de las autoridades al momento de adelantarse una investigación.

Estos dos escenarios referidos tendrán implicaciones respecto del análisis de posible responsabilidad penal de los individuos que trabajan en la empresa, dada la evidencia del alejamiento del derecho de las conductas a las que se dedica la sociedad y, por ende, el mayor margen de conocimiento que, a su vez, podrán tener aquellos.

Procedemos entonces a evaluar las diversas figuras dogmáticas disponibles para el análisis.

¹⁶⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2000. nro. 44907. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html. Art. 257 CP.

¹⁶⁵ Ibíd. Art. 316.

¹⁶⁶ Ibíd. Arts. 289 y 434A.

¹⁶⁷ Ibíd. Arts. 312 y 365



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En primer lugar, tendríamos que el hecho de que el objeto de la empresa se refiera a la comisión de conductas al margen del derecho, podría abrir la posibilidad de plantear un esquema de autoría mediata en aparatos organizados de poder, bajo el entendido del alejamiento del derecho de la empresa en sí misma, y sobre la base del conocimiento previo y concomitante de los empleados respecto del alcance y reproche de sus funciones, lo que los convierte en instrumentos de los directivos a efectos de la comisión de las conductas típicas de que se ocupa la estructura empresarial. No obstante ello, continuaría el cuestionamiento respecto de la fungibilidad de los ejecutores, en tanto no serán fácilmente sustituibles los empleados que estén dispuestos a atender ciegamente órdenes de contenido evidentemente antijurídico, lo que devendría en la inoperancia del aparato y la consecuente imposibilidad de aplicación de la figura dogmática referida. En síntesis, la posibilidad de aplicar la autoría mediata en supuestos de comisión de conductas típicas en el ámbito de la empresa, cuando el ejecutor es plenamente responsable, es aún una tarea pendiente de la doctrina y la jurisprudencia, por lo cual, acudir a dicha figura supone retos, tanto teóricos como normativos difíciles de superar.

En lo que respecta a la determinación, estos escenarios delictivos en que se tiene claridad, respecto del contenido del injusto de la función que se desempeña, podría verificar el límite del *ominodo facturus* al que nos referimos en la unidad anterior, lo que imposibilita el uso de esta forma de participación, al menos respecto de los empleados directos que han aceptado ex ante su intervención en las conductas objeto de la organización. Asunto distinto sería el caso de, por ejemplo, asesores externos o contratistas, en quienes no se verifique la resolución al hecho, y al margen de que la remuneración prevista motive su disposición a intervenir en su comisión¹⁶⁸.

En cuanto a la coautoría, parecería que puede formular respuestas satisfactorias, dada la división de funciones, el acuerdo común y el dominio del hecho compartido que se evidencia en este tipo de situaciones. Ello, al margen de que no todos intervengan en la fase de ejecución del tipo en concreto, ni tengan una relación horizontal en punto del organigrama, aun cuando sí frente a la comisión de las conductas que derivarán en la producción del resultado lesivo.

¹⁶⁸ Al respecto Cfr. MEINI Iván, *El dominio de la organización en Derecho penal. Colección Derecho PUCP*. Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 77-78.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Será viable también verificar supuestos de participación, en especial de complicidad, respecto de la intervención de aquellos cuyo aporte al hecho no les otorgue el dominio del mismo, en especial tratándose, por ejemplo, de terceros como contratistas.

Por otra parte, estos escenarios delincuenciales arraigados en el objeto y sentido de la existencia de la empresa tendrá relevancia en punto de la adopción de mecanismos procesales previstos por el legislador, a manera de sanciones para la empresa por la comisión de delitos en su ámbito de organización, como es el caso de la suspensión o cancelación de la personería jurídica y el cierre temporal o definitivo de establecimientos de comercio¹⁶⁹, asunto del que nos ocuparemos más adelante.

1.2.2. Comisión de delitos en el ámbito de la empresa como mecanismo para generar beneficios o satisfacer intereses de la persona jurídica

Otro supuesto distinto sería el de la empresa que tiene un objeto social ilícito, que se ocupa de actividades económicas inmersas en el ordenamiento jurídico, pero que implementa prácticas que transgreden las normas, con el propósito de obtener determinados beneficios para sí y para sus socios o accionistas.

Un ejemplo de ello sería la realización de vertidos de los productos químicos derivados del proceso industrial realizado por la empresa, a las fuentes hídricas de la zona, para evitar los gastos que supone realizar un adecuado tratamiento de tales sustancias. O la creación de pasivos inexistentes para impactar el monto a pagar por concepto de impuesto de renta, y generar mayores utilidades al final del ejercicio fiscal¹⁷⁰. E incluso la política de limitar los derechos sindicales de los trabajadores, para obtener mayores niveles de productividad en la compañía¹⁷¹.

A diferencia del supuesto anterior, en estos casos no se presentará un conocimiento extendido y generalizado respecto de la práctica alejada del derecho y, por ende, habrá que hacer un mayor esfuerzo para determinar qué sujetos en concreto tenían tales decisiones en sus ámbitos de competencia y contaban con el conocimiento que les permitiera tener conciencia del carácter ilícito de la misma.

¹⁶⁹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (1, septiembre, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [en línea]. Santa fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial, 2004. nro. 45658. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#TITULO%20P Art. 91.

¹⁷⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2000. nro. 44907. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html. Art. 434 A.

¹⁷¹ Ibíd. Art. 200.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

De tal análisis podrá concluirse quiénes tenían el dominio del hecho y podrán ser calificados como autores, o coautores, y quiénes prestaron solamente un aporte, y corresponden a esquemas de complicidad. También sería viable encontrar supuestos de determinación, en caso de que alguien en concreto hubiera ideado y planteado el esquema a quien se encargaría de implementarlo, siempre que no haya intervenido con posterioridad, en tanto en tal caso su participación accesoria se podría transformar en coautoría.

Por otra parte, y en este caso, en forma similar al supuesto anterior, podrá no ser tan compleja la verificación del aspecto subjetivo del tipo, en tanto se trata usualmente de conductas de carácter doloso, que se realizan precisamente para obtener un provecho o beneficio, y no de comportamientos imprudentes.

En cuanto a la forma de comisión de la conducta, será posible incurrir en ella por vía de acción, como sucede respecto del empleado encargado de la ejecución de la labor en el marco de la cual se produce el resultado típico (el vertido), o de omisión, como podría responder el superior que infringe los especiales deberes de vigilancia y control del subordinado que produjo el resultado. De estos aspectos nos ocuparemos más adelante.

1.2.3. Administradores que cometen delitos en el ámbito de la empresa

Otro posible supuesto es el de la empresa que se dedica a actividades lícitas, que está estructurada para atender y dar cumplimiento a las normas legales aplicables a su objeto social, que interactúa con terceros en el tráfico jurídico de manera debida, pero que en algún momento resulta administrada por individuos que aprovechan ese escenario para satisfacer sus propios beneficios, a través de la comisión de conductas que trascienden al reproche penal.

En estos casos, sujetos que ostentan cargos de dirección y control, utilizan el engranaje de la empresa para lograr tales objetivos, poniendo a su disposición las actividades de los empleados, incluso sin que ellos tengan necesariamente conocimiento de lo que realmente está sucediendo.

Ejemplos de ello sería el del gerente de la empresa que crea una sociedad paralela para convertirla en proveedor y canalizar a través de ella todas las compras requeridas por la primera, aun cuando se suministren bienes o servicios de mala calidad o en inferiores cantidades. O el que aprovecha el capital humano y técnico de una empresa de call center para implementar un negocio paralelo de comercialización de sustancias de comercio restringido.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Si bien ese directivo que implementó el plan y dispuso la gestión de las actividades propias del mismo podría ser identificado con cierta facilidad, el mayor reto será establecer qué empleados colaboraron con el mismo, con conocimiento del contexto típico y, por ende, podrían ser también llamados a responder penalmente, bien sea en supuestos de coautoría, o de autoría respecto del superior y complicidad del empleado, según la observancia del dominio del hecho que corresponda. O, por el contrario, advertir si los subordinados actuaron a ciegas y, por ende, en virtud de error que elimina su propia responsabilidad, trasladándose al superior que los utilizó como instrumento y que responderá en virtud de la figura de la autoría mediata en su concepción tradicional¹⁷².

En estos casos, podría también plantearse responsabilidad por omisión de los administradores (junta directiva) que hubieran advertido la situación y no hubieran hecho nada para evitar que continuara, aun cuando para ello deberá verificarse que se cumplan todos y cada uno de los presupuestos de dicha figura.

En todo caso, se tratará, por lo general, también de conductas dolosas. Y, en lo que respecta al directivo que gestó la conducta, se podría configurar el delito de administración desleal¹⁷³, al margen de aquellos en que se enmarcan las conductas ejecutadas.

1.2.4. *Empleados que cometan delitos en desarrollo de sus funciones*

En este supuesto, el plan delictivo no se desarrolla por instrucción y dirección de un empleado de alto nivel y control, que pone a funcionar la estructura de la empresa en su favor y beneficio, sino de la comisión de conductas típicas por parte de empleados de niveles inferiores que, por ende, no tienen la capacidad de disponer la operación de la empresa a operar en su beneficio, aun cuando sí la que compete a su propio ámbito de dominio organizacional.

Las conductas delictivas cometidas por dichos sujetos no estarán, por ende, enmarcadas en los objetivos, intereses, ni protocolos de la empresa, sino que serán contrarias a los mismos, al punto de resultar esta incluso víctima de los hechos, a raíz del impacto que generarán en punto del buen nombre e incluso de su patrimonio.

En estos casos, las personas que se involucran en estas actividades suelen aprovechar o introducir mecanismos que impiden a la organización conocer la situación, en tanto, de hacerlo, se adoptarán las medidas de contención y control del riesgo que le impedirán continuar con el plan.

172 *Ibid. Art. 29 inc. 1o.*

173 *Ibid. Art. 250 B.*



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Ejemplo de ello sería el del cajero del banco que implementa un mecanismo fraudulento para apoderarse de recursos de los clientes, sin que estos, ni la propia entidad financiera, se percaten de ello, al menos durante un tiempo. O del empleado de la entidad oficial que recauda y administra los datos de identificación de los ciudadanos, que se presta para modificar los registros de las huellas dactilares para evitar que los demás sujetos de la banda sean identificados al cometer las conductas delictivas de que se ocupan.

Dado el rol del ejecutor integrante de la empresa, y la ajenidad de la conducta respecto del objeto e intereses de la misma, el cuestionamiento de responsabilidad en estos casos se centrará en el o los empleados en concreto que estén involucrados en los hechos y, en principio, sin mayores dificultades respecto de la aplicación de la figura del autor directo.

Lo anterior, salvo que por vía de comisión por omisión pudiera atribuirse el resultado lesivo a quien, teniendo el deber jurídico de evitarlo, no lo hiciere, aun cuando se encontrara en posibilidad de hacerlo¹⁷⁴; o que se configure alguno de los delitos de omisión propia que reprocha la infracción del deber de solidaridad, como puede ser el caso de la omisión de denuncia de particular¹⁷⁵ o del servidor público¹⁷⁶.

En cualquier caso, resulta cuestionable la posibilidad de defender una posición de garantía en el superior, que permita atribuirle responsabilidad por omisión por el delito cometido por el subordinado, por el solo hecho de ostentar un deber de vigilancia y control de su labor, en tanto la misma no se refiere al ámbito de la organización empresarial, ni a los intereses y objetivos de la empresa¹⁷⁷.

1.2.5. La producción de resultados lesivos en desarrollo de las actividades de la empresa

Este escenario de comisión de conductas típicas en el ámbito de la empresa es, tal vez, el que presenta mayores retos respecto del análisis de imputación de la responsabilidad penal que corresponde a los individuos involucrados en estas.

174 *Ibid. Art. 25.*

175 *Ibid. Arts. 219 B, 441.*

176 *Ibid. Art. 417.*

177 Al respecto señala SCHÜNEMANN que “si el comitente actúa en interés de la empresa, se podrá suponer, en principio, que se le podía haber inducido hacia un comportamiento conforme a las normas a través de una apropiada dirección, control y coordinación; mientras que cuando actúa en propio interés se documenta un distanciamiento de las instrucciones de acción internas del grupo, por lo que tampoco es ya dirigible con los medios normales de control.” SCHÜNEMANN, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1988, p. 540.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

A diferencia de los supuestos anteriores, en este nos enfrentamos más a estructuras de responsabilidad por imprudencia, o incluso de dolo eventual, y por omisión impropia, más que por acción, en los que se materializan las dificultades propias de la estructura de la empresa, que incidirán necesariamente en la verificación de las figuras dogmáticas aplicables.

Es el caso, por ejemplo, de la comercialización de un producto alimenticio que tiene entre sus componentes un ingrediente perjudicial para la salud, del cual no se percatan antes de sacarlo a la venta, porque en el proceso de ahorro de costos decidieron omitir unos análisis biológicos que les habría permitido conocer tal situación.

En estos supuestos será fundamental adquirir un conocimiento preciso de la forma de operación y funcionamiento de la empresa, de las áreas involucradas en los hechos de los que se derivó la producción del resultado, y la efectiva intervención de los sujetos que, en concreto, incidieron en ellos.

Vistas las alternativas de comisión de conductas típicas en los escenarios empresariales que nos ocupa, resulta pertinente advertir cuáles son las dificultades que, desde la perspectiva jurídico dogmática, surgirán en el análisis de responsabilidad penal pertinente.

1.3. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA DELINCUENCIA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Al momento de abordar el análisis del carácter delictivo de la conducta cometida en el escenario de la empresa, se advierten situaciones y circunstancias que dificultan la aplicación de las figuras dogmáticas pertinentes, a raíz de las características que rodean la actuación en el ámbito de la empresa.

Tales situaciones son, en concreto, las siguientes:

1.3.1. *Distintos sujetos involucrados en distintos momentos de la comisión de la conducta*

Por lo general, diversas personas que trabajan en la empresa, con o sin intervención de terceros, participan en la comisión de las conductas con relevancia penal, bien sea utilizando sus posiciones y roles al interior de la compañía, para llevar a cabo su plan (perspectiva de dolo), o infringiendo cada uno sus propios deberes de cuidado y derivando de ello el resultado dañoso (imprudencia).



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

La razón de esta frecuente interacción es el sentido colaborativo y coordinado que se finca en la estructura misma de una empresa, como conjunto de esfuerzos mancomunados en aras de la obtención de los objetivos de la organización.

La excepción a ello será aquel escenario en que un sujeto, de manera aislada, y por completo al margen de sus compañeros y superiores, realice la conducta (el ejemplo del cajero del banco al que nos referiremos en el siguiente aparte), caso en el cual no presentará mayores dificultades la aplicación de las figuras dogmáticas pertinentes (autoría unitaria por conducta de acción dolosa).

La confluencia de diversos sujetos supone retos mayores cuando se trata de esquemas de producción de resultados lesivos que derivan en responsabilidad en comisión por omisión, y/o en estructuras de responsabilidad por imprudencia. Y, más aún, cuando respecto del mismo resultado confluyen intervenciones que deben abordarse, cada una, en virtud de una estructura de responsabilidad distinta, de forma que alguno puede responder del delito doloso de acción, mientras que otro por imprudencia y otro en comisión por omisión, imprudente o dolosa.

En esos casos, lo determinante será realizar un análisis segmentado del aporte del sujeto, para evaluar, en forma independiente, el proceso de verificación de imputación penal que le corresponda, de acuerdo con su rol, su ámbito de control, sus deberes especiales, conocimientos y posibilidades.

En tal sentido, deberá revisarse, respecto de cada uno, si creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se haya traducido en el resultado, al margen de que otro haya hecho lo mismo, para luego ocuparse de entender si se trató de un supuesto de intervención plural en el hecho y, por ende, debe resolverse por vía de coautoría o de autoría y participación, o si se presenta un esquema de responsabilidad individual de más de uno¹⁷⁸.

1.3.2. Compleja estructura de relaciones entre los sujetos

Las empresas están organizadas de manera vertical y horizontal, de forma tal que sus empleados y directivos se relacionan entre sí de acuerdo con sus posiciones específicas, en aplicación de los criterios de división de funciones y delegación.

¹⁷⁸ JAKOBS se refiere a estos escenarios como "riesgos en supuestos de incumbencia de varios". Cfr. JAKOBS, DP, p. 278.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Adicionalmente, con frecuencia, cuentan con agentes externos que apoyan su labor para brindar conocimientos especiales que se requieren para determinadas actividades (como pueden ser abogados externos, proveedores de servicio contable, auditoría, revisoría fiscal, seguridad social, vigilancia, entre otros). Razones de eficiencia en la gestión también suelen motivar la contratación de terceras empresas para que desarrollen ciertas actividades que podrían ser ejecutadas a través de personal interno (por ejemplo, la fuerza de ventas de productos de consumo masivo, el servicio de nómina, de manejo informático, archivo, entre otros).

Todos estos aspectos deben ser considerados al momento de analizar quién tiene responsabilidad por el hecho típico, y de qué forma.

Por ejemplo, en tanto será relevante respecto de la definición de los ámbitos de competencia y el alcance del conocimiento que tiene cada sujeto respecto del contexto del hecho y, por ende, de la capacidad que tendrá para advertir la ilegalidad del mismo y ajustar su comportamiento según ese conocimiento.

Y también tendrá consecuencias en lo que respecta a las consecuencias que puede acarrear para la empresa la comisión de la conducta delictiva de que es responsable su empleado, asunto del que nos ocuparemos en otra unidad.

Por ende, el análisis de responsabilidad penal por la comisión de conductas cometidas en el escenario de la empresa requerirá que el funcionario judicial involucrado adquiera un conocimiento preciso y detallado de la forma concreta de operación de esa empresa, sus niveles de jerarquía y organización, las funciones desempeñadas por cada área y por cada sujeto. Pero ese análisis debe efectuarse con base en evidencias que permitan adquirir un conocimiento real de la operación y no simplemente derivado de los organigramas formales y de los manuales de funciones, dada la distancia que puede existir entre la práctica y el esquema teórico de la organización empresarial.

1.3.3. Conocimiento compartimentado de la información

En la medida en que cada individuo atiende las funciones propias de su posición en la empresa, tendrá a su acceso la información necesaria para cumplir esa labor en concreto, y, por ende, será frecuente encontrar situaciones en que esa persona no haya tenido el contexto suficiente para advertir la ilegalidad de la conducta en la que, desde su posición, está incidiendo.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Esto lleva a que los mandos bajos y medios, que suelen estar más cerca de las labores de ejecución de las conductas, estén a su vez más lejos del contexto que permite entenderlas en su completa dimensión, mientras que respecto de los superiores sucede precisamente lo contrario.

Este problema de división o compartimentación de la información en el ámbito de la empresa puede tener directa incidencia, tanto en el aspecto objetivo del tipo, como en el subjetivo.

En el objetivo, en lo que respecta a la advertencia de la previsibilidad de creación del riesgo jurídicamente desaprobado.

Y, en el aspecto subjetivo de la conducta, desde la perspectiva del dolo, en cuanto al conocimiento e intención de realización de la conducta típica, al menos en lo que corresponde a su aporte; y de la imprudencia, en punto de la infracción del deber de cuidado y la previsibilidad del resultado dañoso que se derivará de esta.

1.3.4. Alto contenido técnico de las conductas

Otro de los aspectos que suelen introducir dificultades, al momento de realizar el análisis de valoración de la conducta del sujeto que realizó un aporte a una conducta típica cometida en el ámbito de la empresa, es el contenido técnico de las actuaciones que se desarrollan en tal escenario.

Primero, porque ello introducirá la necesidad de consultar y atender normas extra penales que ríjan esos ámbitos de actividad, como sería el caso, por ejemplo, de la regulación ambiental, cuando se trate de vertidos tóxicos a las fuentes de agua, o de las normas que permiten obtener la habilitación para prestar un servicio de telecomunicaciones, si se trata de prestación ilegal del mismo. Lo anterior, en tanto la técnica de las normas penales en blanco y el uso de elementos normativos del tipo es frecuentemente utilizada por el legislador para integrar las descripciones típicas de los delitos económicos y aquellos que, en general, tienen cabida en el ámbito de la empresa.

Por otro lado, la innegable expansión del derecho penal económico (en sentido amplio) deriva en la creación de nuevos tipos penales, referidos a sectores específicos de las actividades empresariales, que por demás involucran conceptos propios de otros ámbitos del derecho, como puede ser el comercial o el tributario.

Las zonas grises que pueden generarse a partir de las diversas posturas de interpretación de las normas especiales, o de la falta de conocimiento



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

del alcance de las mismas, puede incidir en el análisis del aspecto objetivo del tipo, desde la perspectiva de la creación del riesgo, o del error¹⁷⁹; o en el subjetivo, en punto del dolo, y abriendo la posibilidad de evaluar supuestos de imprudencia, sin que tampoco en tales escenarios resulte libre de debate el análisis de la infracción al deber de cuidado pertinente.

Así, el operador jurídico requerirá conocer de forma precisa la forma en que opera la empresa en desarrollo de sus actividades, para poder advertir aquellos aspectos técnicos que pudieran incidir en las decisiones que se adoptaron, en virtud de las cuales se produjo el resultado lesivo.

2. SOBRE LA FORMA DE ABORDAR LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE DERIVAN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA EMPRESA EN EL ANÁLISIS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En este aparte nos ocuparemos de los mecanismos que se pueden utilizar para abordar y resolver los problemas de atribución de responsabilidad penal al individuo por los delitos cometidos en el ámbito de la empresa. Mecanismos que se plantean en dos perspectivas.

La primera, es de carácter metodológico, en el sentido de adelantar el análisis de una forma que permita avanzar hacia la definición de los aspectos jurídicos pertinentes, de manera sistemática y consistente.

La segunda, referida a las figuras dogmáticas que pueden resultar útiles para enfrentar las dificultades advertidas en páginas anteriores.

2.1. PUNTO DE PARTIDA METODOLÓGICO

A continuación procedemos a plantear una propuesta metodológica de análisis de la responsabilidad penal por conductas típicas cometidas en el ámbito de la empresa, que podrá servir de orientación al momento de abordar un problema de esta naturaleza, y permitirá atender un orden que facilite arribar a resultados satisfactorios, desde la perspectiva constitucional.

Lo primero que vale la pena señalar es que no resulta viable analizar la relevancia típica de la conducta en forma desligada de la intervención del sujeto que la cometió o participó en ella. El delito es conducta típica, antijurídica y culpable, de forma tal que el punto de partida a efectos del análisis tiene que ser básicamente la conducta del sujeto. No resulta correcto, desde una perspectiva dogmática, evaluar y concluir la tipicidad de una conducta en forma desligada de la intervención del sujeto que la cometió.

¹⁷⁹ Al respecto resulta pertinente recordar que la enorme mayoría de delitos con incidencia en el ámbito de la empresa están tipificados exclusivamente por vía dolosa, lo que determinará ausencia de tipo objetivo, tanto en supuestos de error vencible como invencible.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Si bien es una realidad el hecho de que las autoridades adquieran el conocimiento de los hechos a partir de la producción del resultado lesivo advertido, debe hacerse un esfuerzo por evitar conclusiones apresuradas que impidan adelantar un análisis riguroso en punto de la relevancia penal de la conducta y de quien fuera su posible responsable.

En síntesis, no porque una entidad del Estado haya pagado más por una obra encargada al contratista, ni porque se produzca la muerte de un operario de una fábrica al momento de manipular la maquinaria, ni porque se viertan residuos tóxicos a una fuente de agua, o resulte con lesiones graves el consumidor al ingerir un producto alimenticio, se puede afirmar que se cometió un delito. Cualquiera de esos supuestos puede corresponder a un escenario de riesgo permitido y, en tal sentido, ser incluso atípico desde su perspectiva objetiva.

Y, en cualquier caso, el análisis de la creación del riesgo tiene que partir del sujeto en concreto cuya conducta se analiza.

En ese sentido, si bien el funcionario se enfrentará usualmente al análisis penal desde el final de la historia (el resultado dañoso), tendrá que retroceder para efectuar una revisión de los acontecimientos de manera lógica y sistemática, a efectos de arribar a conclusiones jurídicas satisfactorias.

Bajo ese entendido, se plantean los siguientes pasos de evaluación de los hechos y de las estructuras jurídicas pertinentes, tratándose de conductas cometidas en el escenario de la empresa:

- Identificación del resultado dañoso para el bien jurídico. Se refiere al análisis del injusto, desde la perspectiva de la producción del resultado material o de la puesta en peligro al interés jurídico protegido, según corresponda.
- Conocimiento de la estructura de la empresa desde una doble perspectiva: formal y material.
- La formal atenderá a dos ámbitos:
 - General, que corresponde a la naturaleza jurídica de la empresa (si totalmente privada, pública o mixta) y al tipo de empresa de que se trate (si anónima, SAS, limitada, etc.).
 - Específico, respecto de la estructura organizacional de esa empresa en concreto, el cual podrá realizarse, en un principio, a partir de sus registros públicos, organigramas, manuales de



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

funciones, procesos y procedimientos internos, códigos de ética y cumplimiento, y demás documentos con que cuente en que se refleje su estructura y forma de operar.

- La material, que buscará verificar si los presupuestos formales advertidos en el análisis formal efectivamente se aplican y reflejan la realidad de la empresa para la época de los hechos, y advertir posibles desviaciones respecto de la teoría que reflejan los documentos. De esta forma, se hará un análisis de ajuste, que solucione riesgos de transgresión de los principios constitucionales que rigen la materia.
- Identificación del ámbito de la organización con incidencia en la producción del resultado lesivo. Para efectos de determinar el hilo de los acontecimientos que precedió a la producción del resultado material o la puesta en peligro del interés jurídicamente protegido. Ello, bajo el entendido de que no todas las áreas o divisiones de una empresa participan o intervienen en todas las actuaciones o actividades que se desarrollan en el ámbito de la misma, y por ende no todas ostentan relevancia para este análisis.
- Identificación de los sujetos en concreto que, en tanto pertenecientes a esas áreas, intervinieron de una u otra forma en la producción del resultado dañoso para el bien jurídico. No solamente no todas las áreas pueden ser relevantes, sino además, seguramente tampoco lo son todos los individuos que forman parte de esas áreas relevantes identificadas. Por ende, se debe avanzar en el estudio de la estructura de la empresa, para identificar quiénes tienen roles específicos con incidencia en el desarrollo de la actividad que desencadenó el resultado jurídico objeto de revisión.
- Análisis de la conducta de cada sujeto en concreto, de manera independiente, atendiendo a la estructura del delito y de las figuras dogmáticas que inciden en el análisis.

Al respecto resulta fundamental advertir que procederá la aplicación del principio *in dubio pro reo* en aquellos casos en que no se pueda demostrar, a nivel de certeza, si la actividad en concreto es considerada, en el medio social o profesional, como correcta o adecuada¹⁸⁰.

En el siguiente acápite se abordan esas figuras y sus particularidades, en lo que respecta a su aplicación respecto de la producción de resultados dañosos en el ámbito de la empresa.

¹⁸⁰ Cfr. REYES, Op. cit., p. 112.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

2.2. ALGUNOS ASPECTOS GENERALES DEL FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA QUE INCIDEN EN EL ANÁLISIS DE RESPONSABILIDAD PENAL

A continuación abordaremos dos aspectos que resultan útiles para el análisis de la responsabilidad penal por la conducta cometida en el ámbito de la empresa, en tanto recogen o resuelven particularidades específicas de la operación de estructuras organizativas, y reflejan así su forma de operar.

Se trata, por una parte, de la delegación de competencias y, por otra, del principio de confianza y la prohibición de regreso.

2.2.1. *La delegación*

La delegación es el mecanismo mediante el cual se instrumentaliza la división de funciones, como hilo que permite el funcionamiento de la empresa mediante la intervención coordinada de los agentes que participan en el desarrollo de su objeto.

Dada la imposibilidad de los administradores de ejecutar todas las actividades requeridas para realizar las labores de que se ocupa la empresa, la delegación permite que otros sujetos intervengan en las distintas instancias, para desempeñar cada uno las competencias¹⁸¹ en concreto que les sean asignadas.

En lo que respecta a la responsabilidad penal, la delegación es claramente relevante, en la medida en que tal acto incidirá en la identificación del sujeto al que le asisten los deberes que incidieron en el curso que derivó en la producción del resultado típico, tanto en escenarios de imprudencia, como de comisión por omisión.

En tal sentido, la delegación produce efectos, tanto respecto del delegado, como del delegante.

Al primero, le asigna los especiales deberes inmersos en las competencias objeto de delegación, y al segundo le transforma sus iniciales deberes en otros distintos a los que tenía inicialmente¹⁸².

Así, el delegado responderá por los deberes que le fueron transmitidos en virtud del acto de delegación, y así mismo por aquellos que, aun cuando no transmitidos expresamente, son necesarios para dar cumplimiento a los deberes derivados de la función delegada¹⁸³.

¹⁸¹ Respecto de la diferencia entre la delegación de competencias y la asignación de funciones específicas, y los efectos de tal distinción en relación con la atribución de responsabilidad penal, Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. "Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles" En: *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Madrid: Edisofer, 2016., pp. 135, 136.

¹⁸² Al respecto, Cfr. LASCURAÍN, p. 95.

¹⁸³ En lo que respecta a la figura del actuar por otro, en el ámbito de la delegación, Cfr. JAKOBS, DP, pp. 724 - 725.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Mientras que el delegante deberá cumplir con sus propios deberes derivados, para poder valerse de la delegación como mecanismo de alteración de sus competencias y, así, de su posible responsabilidad respecto del resultado dañoso. Tales deberes se verifican, unos de manera previa y otros en forma concomitante al desarrollo de las funciones, así:

- Realizar una adecuada selección de la persona a la cual va a delegar la competencia, en atención a la naturaleza de la misma y a las capacidades del potencial delegado, con el fin de propender porque este pueda ejecutarla de manera adecuada.
- Suministrar al delegante la capacidad de gestión necesaria para que pueda cumplir las competencias de manera adecuada.
- Proveer al delegado la información y herramientas necesarias para la ejecución de las competencias de manera adecuada.
- Ejercer actos de vigilancia y control respecto de la actuación del delegado, con el fin de conocer acerca de posibles actos de desviación en la administración de los riesgos que le competen. Tales actos de control serán más precisos, o más amplios, en tanto más cercano o más lejano esté el delegado respecto del superior cuya conducta se analiza. En tal sentido, los miembros de junta directiva recibirán información general respecto de la operación de la compañía, y más precisa en la medida en que les corresponda la adopción de decisiones concretas; mientras que el superior inmediato del delegado tendrá una carga más activa de control respecto de la forma en que su subordinado está adelantando sus funciones.
- Sustituir al delegado en caso de ser necesario, para propender por la adecuada administración de los riesgos inmersos en las competencias delegadas.

Lo anterior no puede conducir a pensar que, en el ámbito de la empresa, todas las competencias son delegadas por el máximo órgano de administración, que podría ser, por ejemplo, la junta directiva y el gerente general, y que todos los empleados obran como delegados de sus miembros, dado, por una parte, la imposibilidad de ejercer el deber residual de vigilancia y control hacia abajo de manera ilimitada, y en tanto que la estructura horizontal no supone una relación de delegación sino, por el contrario, de complemento y posición propia, no enmarcada en un supuesto de delegación y de la que, por ende, no se derivan los deberes residuales indicados arriba.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Sería ilógico pretender que el gerente general tenga que controlar la labor de cada operario, no solo porque físicamente resulta inviable, sino porque carece de los conocimientos necesarios para hacerlo. Ello conduce a la viabilidad de delegar también las competencias referidas a funciones de vigilancia y control a quienes, como superiores de los delegados finales, tendrán que ejercerlas y no ya el máximo superior¹⁸⁴.

Respecto de la forma de atribución de responsabilidad, la doctrina plantea que el delegado podrá responder en calidad de autor, por los resultados lesivos producidos como concreción del riesgo que se encuentra en su ámbito de dominio, sea por acción o por omisión, según corresponda. El delegante, por el contrario, que transgrede su especial deber de vigilancia y, en tal sentido, omite instar al delegado a cumplir con los suyos, podría responder en calidad de partícipe, en comisión por omisión¹⁸⁵.

En otros casos, la responsabilidad del delegante podría derivarse de la infracción de los referidos deberes que ostenta, antes y durante la ejecución de las competencias y funciones delegadas, y, en tal sentido, por vía de imprudencia¹⁸⁶.

2.2.2. Principio de confianza y prohibición de regreso

En el escenario de la empresa se verifica la máxima de que nadie está llamado a lo imposible, ni podrá controlarlo todo. Si bien en la empresa confluyen los aportes de todos, en aras del desarrollo de su objeto, de forma que cada uno desempeña aquella porción que le fuera asignada, con las herramientas y el conocimiento que le competen, también lo es que -al margen de la diligencia debida que haya de imprimir a sus funciones- no todos pueden, ni deben hacerlo todo, y por ello cada uno debe confiar en que los demás cumplirán su parte en la forma debida.

De este postulado se derivan las dos figuras referidas en este título: el principio de confianza y la prohibición de regreso.

En virtud del **principio de confianza**, es viable creer que los demás involucrados en el desarrollo del curso causal van a obrar de acuerdo con las normas, y actuar con base en dicho presupuesto, de forma que, en caso de concretarse un resultado dañoso al final del proceso, no podrá atribuirse responsabilidad por aquél que obró sobre tal base¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Cfr. al respecto MEINI, MEINI Iván, *Responsabilidad penal de los empresarios por los hechos cometidos por sus subordinados*, Ob Cit., p. 370.

¹⁸⁵ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. "Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles", Op Cit, pp. 140, 141.

¹⁸⁶ Cfr. Ibíd., p. 141.

¹⁸⁷ Al respecto, mencionó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de octubre de 2017 con radicado 48321 con MP Fernando León Bolaños que "la sociedad actual se encuentra debidamente organizada y a cada individuo se le impone la satisfacción de determinados roles; ello conlleva, la carga correlativa de confiar en que en idénticas condiciones, los demás actúen de acuerdo con los requerimientos socio-culturales impuestos por la comunidad en que conviven. Es por esto que, no se imputan objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado esperando que otros actúen de acuerdo con los mandatos legales dentro de su competencia".



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Por ejemplo, el director del área de manejo de recursos y medio ambiente, que ha contratado a una empresa experta en la disposición de los recursos tóxicos resultantes del proceso productivo de la compañía, puede confiar en que sus operarios cumplirán los procesos de remisión de tales productos al contratista, para que éste les dé el destino que se ajusta a la norma técnica aplicable. De forma que, si el subalterno decide enterrar las sustancias en la zona boscosa contigua a la planta, para evitar el desgaste de llevarlos al depósito del contratista, no podrá cuestionarse la conducta del superior, por más que en sus funciones tenga la de velar por la adecuada disposición de los desechos. Menos aún podrá cuestionarse la conducta de los directores administrativos o miembros de junta directiva, en tanto su conocimiento general acerca del cumplimiento de las normas, de la existencia de los procesos necesarios para que ello se verifique en la práctica, y de la contratación de las personas idóneas para que se encarguen de la labor, será suficiente para desvirtuar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado de su parte.

En lo que respecta a escenarios de división de funciones, propios del ámbito empresarial, resulta relevante el uso de capacidades especiales de terceros, que exceden el ámbito de conocimiento y experiencia de los empleados de la empresa, y que, por ende, se contratan con esos terceros que podrán suministrar esas habilidades o competencias especiales. En tal sentido, se podrá confiar en que esos terceros realicen su labor de acuerdo con las reglas que rigen el especial escenario de conocimiento que les asiste¹⁸⁸. Ejemplo de ello sería la labor del experto tributarista que define las actividades respecto de las cuales la empresa debe cobrar y pagar el IVA, o del técnico en química que evalúa las condiciones del alimento que se va a sacar al mercado.

En cualquier caso, el principio de confianza no es absoluto, de manera que tiene límites que definen los escenarios en que resulta viable apelar a esta tesis para plantear ausencia de responsabilidad.

En tal sentido, no resulta viable atenerse al principio de confianza, en las siguientes circunstancias¹⁸⁹:

- La advertencia concreta y probada de que el sujeto al que compete el ámbito de dominio desconoce las reglas o no está en capacidad de cumplirlas, sin que baste para ello una mera suposición¹⁹⁰.

188 Al respecto, Cfr. REYES, *Imputación objetiva*, pp. 161 - 162.

189 Al respecto, Cfr. DONNA Edgardo Alberto, *El delito imprudente*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012, pp. 205 - 208, y ABRALDES Sandro, *El delito imprudente y el principio de confianza*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2010, pp. 317 y ss. En el mismo sentido lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de diciembre de 2011, radicado 35899 con MP Augusto Guzmán.

190 Crítica esta limitación, dada su falta de precisión, añadiendo la necesidad de que, quien de ello se percate, sea en sí mismo competente para evitar la producción del daño: REYES, *Imputación objetiva*, p. 154.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Ejemplo de ello sería el caso en que el jefe de transporte de la empresa se percata de que el conductor asignado a la ruta que lleva a los empleados a sus casas llegó esa tarde a recogerlos en estado de embriaguez y, como consecuencia de ello, se produce un accidente con resultados de muerte y lesiones.

- La advertencia respecto de la intervención de personas no libres o no capaces de culpabilidad, que en la situación en concreto evidencian su imposibilidad de obrar conforme a derecho. En estos casos, el sujeto debe ajustar su comportamiento a efectos de evitar la producción del resultado.

Sería el caso del gerente técnico que evidencia que el contratista encargó a un menor de edad de disponer los desechos tóxicos producidos en la fábrica.

- Supuestos en que el deber de cuidado se dirige precisamente a vigilar y controlar el comportamiento de un tercero¹⁹¹, de forma que no podrá excusar en el vigilado su propia responsabilidad.

En tal contexto, el líder de la cuadrilla encargada de instalar los cables de alta tensión necesarios para proveer energía a un barrio, no podrá invocar el principio de confianza para excusar el hecho de no haber advertido al operario a su cargo la ejecución del procedimiento indebido que condujo a la producción del resultado.

- Para parte de la doctrina, la transgresión de los propios deberes de cuidado impide invocar el principio de confianza. Sin embargo, para otros autores, la propia infracción del deber de cuidado es precisamente la que hace necesario acudir al principio de confianza¹⁹². Al respecto, nuestra jurisprudencia ha aplicado la primera tesis¹⁹³ con mayor frecuencia, aun cuando también ha apelado a la segunda en algunos casos¹⁹⁴.

191 *En términos de REYES, "El concepto de imputación objetiva" Op. cit.,: "Desde luego que quien está encargado de vigilar que los demás cumplan sus tareas de acuerdo con las reglamentaciones vigentes no puede descuidar esa labor mediante la invocación del principio de confianza, puesto que la función que le ha sido encomendada es justamente la de cerciorarse de la forma como determinadas actividades se realizan, sin suponer que ellas son adelantadas correctamente", p. 160. En el mismo sentido, Cfr. ROXIN, Ibíd. p. 1005.*

192 *Este límite no es unánimemente aceptado por la doctrina. A favor, por ejemplo, MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl H & ZIPF, Heinz, Derecho penal. Parte general. Vol. II. Buenos Aires: Astrea, 1995. También REYES, quien señala que, en tanto el principio de confianza es una manifestación del riesgo permitido, "la existencia de un riesgo desaprobado y la vigencia del principio de confianza son incompatibles" Op cit., p. 156. En contra, por ejemplo ROXIN, Claus. Op cit., quien a través de un ejemplo tomando en cuenta los accidentes automovilísticos que "quien conduce un coche en un estado de incapacidad para conducir a consecuencia del consumo de alcohol, a pesar de ello debe quedar exento de responsabilidad penal invocando el principio de confianza cuando otro no respeta su prioridad de paso y el accidente tampoco habría sido evitable para el conductor sobrio", es decir, para Roxin es necesario que el resultado lesivo se haya producido por la infracción del deber objetivo de cuidado ya que si no es así, el principio de confianza sigue operando sin tener en cuenta la transgresión. p. 1005.*

193 *Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de julio de 2006, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Rad. 25536; sentencia del 16 de marzo de 2011, MP: Julio Enrique Socha Salamanca, Rad. 386625; sentencia del 17 de febrero de 2010, MP: José Leonidas Bustos, Rad. 32254; sentencia del 2 de mayo de 2012, MP: Sigifredo de Jesús Espinosa, Rad: 36422.*

194 *Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 12 de febrero de 2014, MP: Rad. 42000.*



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Estos supuestos se evidencian en el caso en que el cirujano omite realizar la pregunta de rigor a la enfermera, al final del procedimiento, respecto de si verificó que tenga todos los elementos utilizados, evitando así dejar alguno al interior del cuerpo del paciente, habiendo ésta, en efecto, dejado una gasa que deriva en una infección y en un resultado de muerte.

Por su parte, la **prohibición de regreso** también permite controlar escenarios de exceso derivados de la causalidad natural, en los que intervienen, en el curso de los acontecimientos, sujetos que realizan aportes en sí mismo inocuos, pero de los que parten otros para cometer el injusto. En consecuencia, no es dable devolver o regresar el análisis de imputación hasta aquellos que realizaron esas intervenciones no dañosa¹⁹⁵.

Sería el caso, por ejemplo, del supuesto de los vertidos tóxicos indicado arriba, pero en el que el operario cumple con su deber de transportarlos al contratista, el cual, sin embargo, no dispone de ellos conforme lo debido según la norma y el contrato, sino que los lanza al río más cercano.

Las figuras dogmáticas referidas deberán ser objeto de análisis al momento de evaluar la responsabilidad penal del individuo por el resultado lesivo producido en el ámbito de la empresa.

2.3. FIGURAS DOGMÁTICAS PERTINENTES RESPECTO DE LA DELINCUENCIA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

A continuación nos ocuparemos de las particularidades de las figuras dogmáticas a las que ya nos referimos en la unidad anterior, ahora referidas de manera concreta a su utilidad para solucionar los problemas que han sido mencionados en el ámbito delincuencial que ocupa este escrito.

2.3.1. *La coautoría y la participación*

Sobre la base de la intervención plural en el hecho, que se presenta con gran frecuencia en la comisión de conductas típicas en escenarios empresariales, se tienen dos alternativas de imputación: la coautoría o la participación.

¹⁹⁵ Así lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de enero de 2017, radicado 47100, MP Patricia Salazar Cuéllar.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Respecto de la **coautoría**, merecen comentario dos de los elementos que suelen requerirse para verificar su ocurrencia: la intervención en fase de ejecución del delito y la horizontalidad que rige la relación de los coautores.

La razón es que, en principio, ni el uno ni el otro se advierten en supuestos de delincuencia en el ámbito empresarial. Sin embargo, el análisis de tales conceptos, a la luz de las características propias de los escenarios de empresa, permite aplicar la figura.

Sobre el primero, resulta relevante precisar que, como se indicó atrás, la normativa colombiana no exige la intervención del coautor en la fase de ejecución del delito, lo que amplía el margen de acción de la figura y permite involucrar a superiores e inferiores que, de manera mancomunada, emprendan la comisión de la conducta típica. Cada uno incidirá en el resultado desde su propio lugar en la organización y, por ende, utilizando el ámbito funcional que le compete. Sin embargo, tanto el uno como el otro tendrán que ostentar el dominio del hecho desde su propia perspectiva¹⁹⁶.

En este sentido, aun cuando el superior no haya realizado su aporte en la fase de ejecución de la conducta, o no lo haya hecho de manera física o material, podrá ser coautor, si su intervención le otorga el dominio del hecho en conjunto con el ejecutor.

Este supuesto puede verificarse, tanto en esquemas dolosos de acción, como de omisión, e incluso de acción para el ejecutor y omisión para el superior que, previo acuerdo, no impide la producción del resultado.

Respecto de la relación horizontal de los coautores, resulta pertinente la postura de ROBLES PLANAS¹⁹⁷, quien propone el concepto de "coautoría vertical", para recoger aquellos supuestos en que los intervenientes que, en calidad de coautores, realizan la conducta delictiva, tienen posiciones previas al hecho que no son intercambiables, porque actúan en esferas organizativas diversas.

Lo cierto es que el concepto de horizontalidad en la relación de los coautores no atiende a su posición en un organigrama, sino a la forma en que intervienen en el curso que deriva en la producción del resultado, de forma que incluso tratándose de un superior y un subordinado, es viable advertir una interacción conjunta, coordinada y dirigida a la producción del resultado lesivo.

¹⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de marzo de 2006 (MP Sigifredo Espinosa Pérez), radicado N° 22.327.

¹⁹⁷ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, Madrid: Marcial Pons. pp. 269-271.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Otro escenario de coautoría, que adquiere especial relevancia en el ámbito de la empresa, es el que puede plantearse a raíz de la toma de decisiones conjuntas en el escenario de cuerpos u órganos colectivos, cuando tales decisiones derivan en la producción de resultados lesivos¹⁹⁸.

Es el caso de las juntas directivas, en las que cada uno de sus miembros debe votar de manera afirmativa, negativa o en blanco, respecto de las decisiones que la administración pone a su consideración.

Al respecto, los supuestos de voto negativo excluyen la atribución del riesgo a quien procedió de tal forma, al igual que la no asistencia a la sesión o el voto en blanco, en tanto ninguna de esas alternativas se tradujeron en la adopción de la decisión objeto de cuestionamiento¹⁹⁹ y, por tanto no pueden tenerse como supuesto de creación del riesgo desaprobado.

Asunto distinto será la posibilidad de atribuir responsabilidad en comisión por omisión, en caso de verificarse los presupuestos de dicha figura, de los cuales, al efecto, tendrá especial relevancia la previsibilidad de la producción del resultado y la capacidad de evitación del sujeto en concreto.

En todo caso, la definición de la atribución de responsabilidad en estos escenarios no está exenta del proceso de análisis enmarcado en la estructura de la imputación objetiva, ni de la satisfacción de los demás elementos del delito. Ello supone, necesariamente, que ese riesgo creado a partir de la adopción de la decisión se materialice en la ejecución de la misma y en la producción del resultado lesivo; de lo contrario se trataría de la intervención en etapa preparatoria impune.

Ahora bien, en lo que respecta a la **participación** en el ámbito de la empresa, podrán verificarse supuestos de determinación, con la limitación que supone la figura en cadena, la cual no es aceptada por la mayoría de la doctrina, tal como nos referimos en la unidad anterior.

La complicidad tampoco parece generar dificultades, en caso de presentarse situaciones de aporte al hecho de otro, que no se traduce en el otorgamiento del dominio del hecho al sujeto. En tal sentido, la importancia del aporte, como criterio de distinción entre la coautoría y la complicidad, adquiere enorme relevancia.

¹⁹⁸ Realiza un profundo tratamiento del tema MEINI Iván, *Responsabilidad penal de los empresarios por los hechos cometidos por sus subordinados*. Op Cit, pp. 213 y ss.

¹⁹⁹ Para un análisis detallado de los diversos eventos que pueden presentarse en relación con la adopción de decisiones en el ámbito de cuerpos colegiados, de cara a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal, cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. "Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles", Op cit, pp. 155 ss.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

2.3.2. *La comisión por omisión*

La figura de la responsabilidad por omisión impropia, o en comisión por omisión, parece ser la llamada a responder varios de los problemas de atribución de responsabilidad por la conducta dañosa ejecutada por el inferior, al superior que, no obstante no haber intervenido en su comisión, sí pudo haber evitado la producción del resultado, teniendo el deber especial de hacerlo²⁰⁰.

La doctrina ha calificado estos supuestos como de infracción de deber²⁰¹, en tanto en la base del reproche penal se encuentra precisamente la violación de un deber especial de acción que ostenta ese sujeto en concreto, respecto de ese bien jurídico o esa fuente de peligro²⁰². De allí que el fundamento de la autoría no sea el dominio del hecho sino el quebrantamiento del deber del sujeto en punto de la evitación del resultado²⁰³.

Así, para definir la posibilidad de aplicar la figura, lo primero que habrá de resolverse es quiénes tenían, en el ámbito de organización de la empresa en el cual se produjo el resultado dañoso, el deber especial de evitar la concreción de ese riesgo.

Dado que, en virtud de la división de funciones, no todo compete a todos en la estructura empresarial, será el concreto ámbito de organización, en que se produjo el resultado, el que adquiera interés para el análisis de definición de posibles responsables por el hecho.

Este primer paso de análisis es relevante para filtrar posibles márgenes de riesgo ajenos a la empresa, que por ende no competen a sus empleados ni directivos²⁰⁴. Al respecto precisa MEINI que el límite de la responsabilidad

200 Cfr. SILVA Sánchez Jesús María, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Madrid: Edisofer, 2016., p. 117.

201 Cfr. RESTON María Inés, *Los delitos de infracción de deber ¿es admisible un doble criterio de determinación de autoría?* Buenos Aires: B de F, 2014, pp. 71 - 106.

202 Cfr. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho*. Barcelona-Madrid: Marcial Pons. 2000, pp. 498 - 501. Al respecto, JAKOBS señala que en estos delitos existe una relación entre el autor y el bien, que no determina solamente un deber de no lesionar, sino también la acción positiva, en virtud del "estatus" o deber especial en sentido estricto que ostenta el autor respecto de ese bien; al respecto, Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal Op. cit.*, pp. 266 - 267.

203 Cfr. ROXIN, Ibíd. pp. 501 - 502.

204 Como lo explica LASCURAÍN con claridad, "De cara a la responsabilidad penal individual omisiva en la actividad de la empresa importa destacar que existe una posición de garantía del titular de la empresa precisamente por su calidad de emprendedor: porque comienza una actividad productiva. Como esa actividad productiva supone riesgos para terceros, quien la inicia será garante de su control, sea por injerencia, sea por mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio, en su círculo de organización. En la propia razón de ese deber de garantía están sus límites. El empresario no es garante en relación con todos los peligros que para terceros surjan de su empresa, sino sólo en relación con aquellos que sean expresión de la actividad propia de la empresa y que la catalogan como fuente de peligro (...). Tampoco parece merecer mayor discusión la posición de garantía de la empresa respecto de las personas, objetos o datos cuyo cuidado se encomiendan a la empresa. En este caso la fuente del deber de garantía será la delegación." LASCURAÍN Juan Antonio. "La responsabilidad penal individual en los delitos de la empresa". En: *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018, p. 94.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

en comisión por omisión está en el dominio que se ostenta respecto de la causa del resultado, como sucede cuando la nocividad del producto surge por cuenta de una situación ajena al ámbito de competencia del productor, enmarcada en el manejo que se le dio en el proceso de comercialización²⁰⁵.

Ahora bien, en tanto la empresa está estructurada, no sólo de manera horizontal, sino además vertical, ese ámbito de organización en concreto se irá ampliando, en la medida en que vaya subiendo hacia niveles superiores de dirección, sin desconocer que el dominio respecto de la causa del resultado debe verificarse también desde su perspectiva personal, lo que supone que el superior debe tener poder de dirección respecto de los subordinados ejecutores²⁰⁶.

Si de contaminación de aguas fluviales²⁰⁷ se trata el resultado lesivo objeto de indagación, serán las áreas encargadas de la disposición de los residuos derivados del proceso productivo de la empresa aquellas que resulten involucradas en el ámbito de la organización pertinente y no, por ejemplo, el equipo contable o de transporte. Pero si el asunto se refiere a la realización de un acuerdo restrictivo de la competencia²⁰⁸, las áreas que determinarán el ámbito de la organización relevante serán las comerciales y administrativas encargadas de los procesos de contratación. Más allá de ello, la posibilidad de involucrar a los máximos niveles de la empresa, a cargo de los roles de administración y dirección (niveles de gerencia e incluso junta directiva), dependerá de la verificación de los requisitos propios de la figura en el caso concreto.

Para definir ello habrá de acudirse, en primer lugar, a los organigramas y manuales de funciones de la empresa, lo que permitirá acceder a un conocimiento formal de la estructura y los ámbitos de gestión de la misma. Sin embargo, como se indicó atrás, resulta de enorme importancia efectuar un proceso de ajuste de tal marco teórico, respecto de la realidad de la operación de la compañía, lo que supondrá establecer si tales parámetros se cumplen realmente en la práctica, y estaban vigentes para la época de los hechos, o si, por ejemplo, algunas de esas funciones fueron delegadas a terceros contratistas en un momento dado, o se trasladaron a otra área, aun cuando no se efectuó la actualización pertinente en el manual de funciones.

205 Cfr. MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, Op Cit, p. 307.

206 Cfr. MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, Op Cit, p. 308.

207 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2000. nro. 44907. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html. Art. 334.

208 Ibíd. 410A del CP.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Este proceso de ajuste será determinante para evitar caer en supuestos de responsabilidad objetiva y respetar los principios de autorresponsabilidad y responsabilidad por el hecho, que rigen en materia penal. Adicionalmente, dado que el carácter de jurídicamente desaprobado, que debe acompañar la creación del riesgo que tendría relevancia penal, es un concepto dinámico, que se ajusta a lo que se tiene como socialmente aceptable en una época y lugar determinados, tal proceso de ajuste indicado permitirá evitar arribar a conclusiones en abstracto, que no recojan la realidad del momento que resulta relevante para el análisis²⁰⁹.

Por otra parte, como con claridad lo explica SILVA SANCHEZ²¹⁰, los supuestos de responsabilidad por omisión respecto de los hechos de los empleados se estructuran en el marco de los específicos ámbitos de dominio de los superiores, a partir de la estructura vertical de la empresa, en que operan deberes de vigilancia y control de la actuación del subordinado, análisis que debe efectuarse de arriba hacia abajo. Por el contrario, en escenarios de líneas horizontales rigen el principio de confianza y la prohibición de regreso, a los que se refiere la unidad anterior.

En síntesis, el objetivo de este primer paso es adoptar el estudio del elemento de creación del riesgo a los postulados constitucionales. Determinado el ámbito de organización en concreto, se deberá establecer quiénes ostentaban ese deber especial de garantía que permita asignar responsabilidad por no haber actuado.

Al respecto es importante recordar que la empresa es un ente generador de riesgos, aun cuando socialmente aceptables, permitidos, dado el beneficio que su objeto reporta para la comunidad²¹¹. En tal sentido, resulta pertinente la tesis de MEINI respecto del incremento del riesgo como criterio de identificación de la responsabilidad en comisión por omisión en el ámbito de la empresa, dado que, en estos casos, los riesgos pre existen y procede por ende su administración a efectos de evitar su incremento y que de tal forma se traduzcan en la producción de resultados dañinos evitables²¹².

Esclaro así que, por ejemplo, una fábrica de galletas introduce riesgos para la integridad de los operarios, los desechos derivados del proceso productivo generan riesgos para el medio ambiente, el manejo fiscal supone riesgos de afectación a la capacidad de recaudo del Estado, el registro de los datos personales de los empleados supone un riesgo respecto de su derecho a la intimidad, entre muchos otros supuestos.

209 Cfr. CORCOY, Op. cit., p. 294.

210 SILVA SANCHEZ Jesús María, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Op cit., p. 126.

211 Al respecto, Cfr., por ejemplo, MEINI Ivan, *Responsabilidad del superior*, Op Cit., p. 896.

212 Cfr. MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, Op. Cit., pp. 265 y ss.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En tal sentido, para que esos riesgos no se concreten en resultados lesivos, tendrán que ser administrados en forma adecuada, lo que supone ejecutar los procesos internos y externos de conformidad con las reglas aplicables al ámbito concreto que resulte pertinente.

Sin embargo, como se refirió en la unidad anterior²¹³, si bien muchos de tales escenarios están regulados de manera precisa por normas técnicas, administrativas o de gestión (respecto del ejemplo anterior: los manuales de operación de la maquinaria, las reglas de seguridad en el trabajo, el estatuto tributario, las normas de habeas data), también puede suceder que otros carezcan de regulación específica que permita dotar de contenido el deber especial que compete a los sujetos a cargo de la administración de tales riesgos. En tales casos, se plantea acudir al baremo de la conducta socialmente adecuada, y al de diligencia debida (respecto de los cuales el tema del cumplimiento resultará especialmente relevante), para establecer la distinción entre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la ejecución de una conducta socialmente adecuada (y, por ende, ausencia de creación del riesgo).

Identificado así el ámbito de la organización de la empresa que resulta pertinente para el análisis en concreto, e identificadas las reglas que rigen la administración de los riesgos involucrados en ese ámbito de organización en que se produjo el resultado, se puede continuar con la revisión de los demás elementos involucrados en el proceso de imputación del resultado a quien deba responder por él.

El paso siguiente será establecer si, en el proceso de administración de esos riesgos generados por la empresa, en la línea de organización que derivó en el resultado, se transgredieron los límites permitidos o socialmente aceptables a través de la omisión de la conducta debida y, en tal sentido, se produjo un riesgo jurídicamente desaprobado que ostente relevancia penal.

En caso afirmativo, procederá la verificar quién o quiénes, de las personas que integran esa línea de estructura organizativa, tenían el deber de evitar la concreción del riesgo cuya administración estaba a su cargo, bien fuera respecto de los bienes o personas que se le confiaron a la empresa en virtud de las funciones que les fueron asignadas, o del control de una fuente de peligro que subyace al desarrollo del objeto de la empresa y en virtud del “dominio sobre el comportamiento de las instancias subordinadas en la jerarquía”²¹⁴.

213 Revisar página 7.

214 SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas*, Op Cit., p. 540.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Ejemplos del primer supuesto pueden ser los menores de edad estudiantes de un colegio, o los billetes para una empresa de custodia de valores. Del segundo, el adecuado funcionamiento de la maquinaria de una termoeléctrica, o los vehículos en una empresa de transporte.

Sin embargo, debe precisarse que la titularidad o control de la fuente de peligro, como vía de creación del deber especial constitutivo de posición de garantía, genera un amplio debate en la doctrina que se ocupa de la responsabilidad en el ámbito de la empresa, en cuanto al alcance que supone respecto de la responsabilidad de los administradores.

En tal sentido, parece generalmente aceptado el escenario en que la fuente de peligro se enmarca de manera estricta en los fines y objeto de la empresa, mientras que el referido a deberes generales, como puede ser evitar el uso de la empresa para realizar actos de lavado de activos o de corrupción, es discutido²¹⁵. Señala SCHÜNEMANN al respecto que “el dominio del garante solo alcanza hasta donde el hecho sea expresión del dominio del grupo, y en este sentido sea un «hecho del grupo»²¹⁶, lo que supone la exclusión de la responsabilidad por omisión al superior, respecto de conductas del subordinado que no se enmarquen en el sentido de la empresa.

En cualquier caso, deberá identificarse qué sujetos en concreto tenían el control de ese riesgo en su ámbito de dominio. En términos de MEINI, “Respecto al dominio sobre las cosas y procedimientos, y teniendo en cuenta la división de trabajo en el ámbito empresarial, cada cotitular de la custodia será responsable según su parte de dominio, además, los que se encuentren más cerca de la cosa tienen que realizar actividades materiales relativas a su competencia en el establecimiento que están indicadas para el control de la fuente de peligro (deberes primarios de garante); los superiores jerárquicos que son cotitulares de la custodia se encuentran obligados a la coordinación y al control (deberes secundarios de garantía)”²¹⁷.

Por otra parte, la figura de la coautoría es viable en escenarios de comisión por omisión²¹⁸, en tanto se verifiquen sus requisitos, como sucedería si varios miembros de junta directiva de una sociedad dejan seguir el causal de los acontecimientos que termina produciendo la muerte del

²¹⁵ Al respecto, Cfr. LASCURAÍN, *Op cit.*, p. 105.

²¹⁶ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas*, *Op. Cit.*, p. 540.

²¹⁷ MEINI Iván, *Responsabilidad del superior*, *Op Cit.*, p. 901.

²¹⁸ La jurisprudencia nacional ha aceptado esta posibilidad, por ejemplo en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 5 de junio de 2014, (MP Eugenio Fernández Carlier), radicado 35113.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

consumidor, a raíz de la contaminación del producto que conocían y respecto de la cual no hicieron nada para evitar el ingreso del producto al comercio. En el mismo sentido, en lo que respecta a la intervención que, por omisión, supone la colaboración a la conducta del autor, por vía de complicidad²¹⁹. Señala al respecto ROXIN que el deber de evitar el resultado no convierte a cualquier omitente en autor, dado que, además, se requiere que la no evitación satisfaga el injusto de un tipo de acción, de manera que, en tanto falte dicha equivalencia, la trasgresión del deber de garantía derivaría en responsabilidad por complicidad²²⁰. Esta postura, sin embargo, no es aceptada por algunos autores²²¹.

En tal sentido, para efectos de distinguir la autoría de la participación, se debe establecer si los sujetos que intervienen en el curso causal mediante la omisión de la conducta debida, que pertenecen al ámbito de organización del autor, co-determinaron la configuración del hecho en pleno de igualdad, respecto del aporte del autor principal, caso en el cual se podría plantear una coautoría²²², o lo hicieron con menor nivel de trascendencia, y se trataría de complicidad.

2.3.3. *La imprudencia*

En el módulo anterior nos referimos a la responsabilidad por imprudencia, sus elementos y requisitos, de manera que partimos de allí para evaluar la utilidad de la figura, a efectos de dar respuesta a los problemas propios de la comisión de conductas delictivas en el ámbito de la empresa.

En concreto, permitirá resolver el reproche jurídico de la intervención en el desarrollo del curso causal que desencadenó la producción del resultado lesivo que resultaba previsible, sin tener el conocimiento y la voluntad necesarios para integrar supuestos de dolo, pero transgrediendo los deberes objetivos de cuidado que le asistían al agente, dado su rol en la estructura empresarial.

Para efectos de dotar de contenido el concepto de los deberes que se derivan del ámbito de la empresa, y cuya infracción resulta el punto de partida de los supuestos de responsabilidad por imprudencia, podemos remitirnos a las consideraciones realizadas en el apartado anterior respecto de la creación del riesgo.

²¹⁹ Cfr. FIERRO Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 35 - 38.

²²⁰ No se reconoce, por el contrario, la posibilidad de configurar autoría mediata ni determinación en supuestos de omisión, dado que la esencia de dichos escenarios de intervención es de acción. Cfr. ROXIN, *Claus. Autoría y dominio del hecho*. Barcelona-Madrid: Marcial Pons. 2000 p. 518 y 524.

²²¹ Es el caso de ARMIN KAUFMANN. Respecto de su postura y las críticas de la misma, Cfr. Ibíd., p. 509 y 533 - 536.

²²² Al respecto, cfr. JAKOBS, *Derecho Penal*, Op. cit., p. 1024.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Por otra parte, en este entorno adquieren especial relevancia los procedimientos de debida diligencia adoptados al interior de la empresa, que se enmarcan en el concepto de actos de cumplimiento, a los que nos referiremos a continuación, en tanto permitirán oponerse al supuesto de infracción del deber de cuidado que fundamenta la responsabilidad por imprudencia²²³.

3. INCIDENCIA DE LOS MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO EN EL ANÁLISIS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

Resulta de enorme importancia, para el asunto objeto del presente escrito, que nos ocupemos del tema de los mecanismos de cumplimiento, que se ha ido fortaleciendo y generalizando en las diversas áreas de la economía, tanto en el ámbito internacional como en Colombia. Sin embargo, debemos precisar que no nos ocuparemos de manera exhaustiva de esta materia, ni nos referiremos a todas las discusiones que surgen al respecto, sino de aquellos aspectos que resultan de mayor utilidad respecto de la problemática de la delincuencia en el ámbito empresarial que nos ocupa.

En consecuencia, nos referiremos al concepto, las normas que lo rigen en Colombia y a nivel internacional y a la utilidad de las políticas de cumplimiento de cara a riesgos de responsabilidad penal.

3.1. SOBRE LOS MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO

Los mecanismos de cumplimiento, comúnmente conocidos “compliance” hacen referencia, en términos estrictos, al cumplimiento normativo²²⁴. Sin embargo, en el ámbito de la empresa, el concepto adquiere una connotación mucho más amplia, y genera repercusiones en materia penal.

Así, la doctrina ha señalado que los mecanismos de cumplimiento son aquellas políticas internas adoptadas por las empresas con el fin de que su actividad empresarial, y por su puesto económica, se realice en el marco de la legalidad²²⁵.

223 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de mayo de 2017, [MP: Luis Armando Tolosa], radicado 05001.

224 PARRA, William J. *Responsabilidad penal de la empresa multinacional: ¿filosofía o sociología de los derechos humanos?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p.640 . “La etimología de la palabra ‘compliance’, en las diferentes traducciones del inglés al alemán o al español, remite a obedecer, someterse, cumplir o estar en conformidad con la norma, y es traducido de manera general como cumplimiento del derecho”.

225 BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo; ABUSHIHAB, Majer Nayi. *Consecuencias jurídicas penales en contra de las personas jurídicas en Colombia, y políticas de prevención del delito en las empresas. Una mirada al modelo chileno. Parte General.* Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica: 2014, pp.15-16. PARRA, William J. Op Cit., p.640.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Ahora bien, estos mecanismos pueden ser entendidos de dos formas.

Primero, como un sistema de organización para que, tanto administradores como empleados, cumplan con la normatividad vigente aplicable al objeto social²²⁶. Y, segundo, en términos de una política interna de administración y gestión de riesgos, entre ellos los que puedan llegar a ostentar relevancia penal, que si bien se basa en el cumplimiento de los estándares éticos de la empresa y de la ley, tiene como fin particular la prevención de la comisión de conductas típicas.

El presupuesto esencial de la existencia de las políticas de cumplimiento es el reconocimiento de que cualquier actividad empresarial crea por sí misma riesgos que no se pueden eliminar, y que, por ende, deben ser administrados en el curso propio de los negocios, para evitar que se traduzcan en la producción de resultados lesivos²²⁷.

En ese sentido, la gestión de los riesgos pretende incentivar a los empleados y directivos de las empresas a cumplir con las políticas de cumplimiento, puesto que esto, además de reflejar la atención de los parámetros de debida diligencia, en términos de administración de riesgos, mejora el posicionamiento empresarial²²⁸. Y, en lo que respecta al tema objeto del presente escrito, permite evitar la atribución de consecuencias de naturaleza legal y económica, tanto para la empresa, desde una perspectiva colectiva, como respecto de los funcionarios, en su órbita individual²²⁹.

226 PARRA, William J. *Op Cit.*, p.640. En un sentido parecido, BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo; ABUSHIHAB, Majer Nayi. *Op Cit.*, p.15-16. PARRA, William J. *Op Cit.*, p. 640-641. Desde esta perspectiva podría considerarse el compliance involucrando diferentes áreas como [...] el derecho laboral, la intermediación financiera, el medio ambiente, la producción de alimentos, los derechos de los consumidores, y toda forma de autorregulación que hace parte del gobierno corporativo".

227 BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo; ABUSHIHAB, Majer Nayi. *Op Cit.*, p. 24. c. En: E.M. nº 39 Septiembre-Diciembre 2011, Universidad Autónoma de Madrid, pp. 3-4. La autora precisa que: "Una forma de minimizar los riesgos y de proteger la estructura empresarial y a sus directivos ante la eventual responsabilidad penal lo constituye lo que en el derecho americano se conoce como programas de cumplimiento normativo (compliance programs). No son desconocidos en el derecho español, donde ya existen, por ejemplo, en materia de prevención del blanqueo de capitales y de prácticas anticorrupción. En este caso, sin embargo, las obligaciones de prevención vienen definidas legalmente, mientras que en el caso de los delitos como estafa, corrupción o tráfico de influencias, el riesgo no está previsto en una legislación extrapenal que permita definir sus contornos. No obstante ello, la institución de programas de compliance y códigos éticos especialmente diseñados para disminuir los riesgos penales pueden poner de manifiesto que la empresa -sus administradores y directivos- ha adoptado medidas de debido control y prevención que permitirán -como prevé el Código penal- una disminución de la pena a imponer a la empresa". CHANJAN DOCUMET, Rafael H. "Repercusiones jurídico penales del criminal compliance. A propósito de la regulación española", En: *Nuevo Foro Penal*, 95, (2020), pp. 138-139.

228 RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 101.

229 CHANJAN DOCUMET, Rafael H. "Repercusiones jurídico penales del criminal compliance. A propósito de la regulación española", En: *Nuevo Foro Penal*, 95, (2020), p.143. "En términos generales, los sistemas de compliance tienen dos finalidades que promueven en las organizaciones medidas diferenciadas. Por un lado, la "función de prevención" generará la adopción de medidas de vigilancia y supervisión dentro de la empresa. Para ello, se considerará llevar a cabo una prevención situacional de los ilícitos, a efectos de modificar los factores ambientales que propician su aparición. Se busca impedir los riesgos empresariales neutralizando su fuente y evitando la afectación de bienes jurídicos de terceros. Por otro lado, la 'función de confirmación del derecho' supondrá la adopción de mecanismos confiables y seguros para la detección interna, investigación y denuncia de ilícitos cometidos dentro de la empresa".



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Por ende, tras identificar con precisión los eventuales riesgos que se derivan de la operación y funcionamiento de la empresa, su grado de exposición y posibilidad de concreción, se deberán identificar a su vez los mecanismos de control y administración que resultan pertinentes para evitar la concreción de esos riesgos y así la producción de resultados dañinos, sea a los propios empleados, a la empresa o a terceros.

Esos mecanismos de control deben plasmarse en procesos, procedimientos y funciones específicas, que deben ser asignadas y comunicadas a los individuos encargados de implementarlas, para que ese marco teórico se traduzca en la aplicación de los mecanismos de control en la práctica y resulte, por ende, eficaz, en la medida de lo posible.

Así, la institucionalización, la constante actualización y el acatamiento de los mecanismos de cumplimiento permitirá que las actuaciones en el ámbito de la empresa se realicen dentro de los límites de los riesgos jurídicamente aprobados²³⁰.

De esa forma, el establecimiento de los mecanismos de cumplimiento, en conjunto, se traduce en una cultura empresarial que fomenta adecuadas prácticas corporativas²³¹.

3.2. NORMATIVIDAD RELEVANTE

Como antecedente de los mecanismos de cumplimiento se puede referir el "Foreign Corrupt Practices Act" creado en Estados Unidos en 1977, como mecanismo para combatir los actos de corrupción. Más adelante, a raíz de los atentados del 9/11 se implementaron medidas contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, que se convirtieron en elementos fundamentales para los programas de cumplimiento frente a las entidades financieras²³². Por su parte, en Europa, los mecanismos de cumplimiento empezaron a fortalecerse a partir de la crisis económica del 2007, derivada de las situaciones irregulares presentadas en los mercados financieros y, en especial, en el sector privado²³³.

230 RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op., Cit. p. 101.

231 BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo; ABUSHIHAB, Majer Nayi. Op Cit., p. 19. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Op.Cit, p. 26. Al respecto, precisa la autora que ""Los procesos de cambio y modificación de culturas, incluso las empresariales, requieren tiempo, pero se presentan como un nuevo reto no sólo para la cultura empresarial y el buen gobierno corporativo, sino también para la justicia penal!".

232 CHANJAN DOCUMET, Rafael H. Op Cit., p.142. La obligación fue reiterada en 2010 en el Dood-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.

233 Ibíd, p. 142. "En la Unión Europea, se publicó la Directiva 2007/36/CE 'de derechos de los accionistas para proteger al inversor, impulsar su participación en las juntas y mejorar el gobierno de las compañías', a fin de que los Estados fomenten el compromiso de las organizaciones privadas en la protección de economía. Esto generó que, en el 2010, España introdujera por primera vez el sistema de responsabilidad penal autónoma de personas jurídicas mediante LO 5/2010, fomentando la utilización de los compliance en las empresas".



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En abril de 2020, tras distintas reformas en materia legislativa, que se extendieron por aproximadamente 5 años, Colombia se convirtió en el miembro 37º de la “OCDE”. Para ello, Colombia hizo un importante esfuerzo a efectos de adecuar y armonizar la normativa interna a los estándares de la OCDE.

Una de las materias en la que se adelantó este proceso de adecuación y armonización tiene relación con las buenas prácticas en el mercado a nivel mundial. En esta línea, de acuerdo con las exigencias de la OCDE, la autonomía de cada empresa para formular y establecer sus propios modelos de cumplimiento es relevante, puesto que ellas son las que conocen sus procesos internos y el nivel de riesgo que enfrentan²³⁴.

Adicionalmente, desde el 2000, Colombia es miembro del “GAFILAT”, el cual fue creado para prevenir y combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y, en la última versión de sus recomendaciones, también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Aparte de los estándares y recomendaciones de la OCDE y del GAFILAT en la materia, existen otros instrumentos internacionales que, al haber sido ratificados, imponen ciertos deberes a Colombia. Entre estos instrumentos se encuentran los siguientes:

- **Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena de 1988)**²³⁵. En esta Convención se prevé, entre otros, el deber de crear un delito para sancionar las conductas de fabricación, oferta y distribución de sustancias estupefacientes y psicoactivas, así como un delito para sancionar las conductas de financiamiento de actividades de tráfico de sustancias estupefacientes y psicoactivas.
- **Convención de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999**²³⁶. Esta Convención establece, entre otros, los deberes de crear un delito para sancionar las conductas de entrega de recursos para el desarrollo de actividades terroristas; y adoptar sistemas de responsabilidad de carácter civil, penal o administrativo para las personas jurídicas en los casos en que una persona física que sea responsable de su dirección o control cometa esta clase de delitos.

234 BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo; ABUSHIHAB, Majer Nayi. Op Cit., pp.15-16.

235 La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 fue aprobada a través de la Ley 67 de 1993.

236 La Convención de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 fue aprobada mediante la Ley 808 de 2003.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

- **Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada de 2000 (Convención de Palermo)**²³⁷. En este instrumento se prevén los deberes de crear un delito para sancionar las conductas de lavado de activos; y adoptar sistemas de responsabilidad (no necesariamente de naturaleza penal) para las personas jurídicas cuando tengan relación con la comisión de delitos graves en los que participe un grupo delictivo organizado.
- **Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida)**²³⁸. En esta Convención se prevé, entre otros, el deber de establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión para bancos e instituciones financieras no bancarias, con el fin de prevenir y detectar las formas de blanqueo de dinero.

En Colombia, entre otras cosas, estos estándares y deberes se han concretado, por un lado, en reformas a la legislación penal y, por el otro, en la obligación de las empresas de adoptar programas de cumplimiento para prevenir y gestionar los riesgos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo en el marco de sus actividades. También, de forma reciente, para prevenir y gestionar el riesgo de financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

La adecuada implementación de dichos programas está a cargo de la Superintendencia Financiera, en lo que respecta a las entidades financieras, y de la Superintendencia de Sociedades, en lo que respecta a empresas dedicadas a otra clase de actividades económicas.

En relación con las entidades del sistema financiero, el deber de adoptar e implementar mecanismos de control para la prevención de actividades de lavado de activos puede encontrarse, incluso desde el año de 1993, en el Artículo 102 del EOSF. Las normas que determinan el contenido mínimo de los programas de cumplimiento y asignan los deberes que está llamado a cumplir cada persona u órgano al interior de las entidades financieras en particular están contenidas en la Circular Básica Jurídica del sector²³⁹. Los deberes que son asignados a cada individuo en particular son relevantes, pues pueden influir en la forma en que se asigna responsabilidad penal al interior de estas estructuras, según lo que se explicó al abordar las teorías sobre la intervención al interior de las empresas.

²³⁷ La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada de 2000 fue aprobada por medio de la Ley 800 de 2003.

²³⁸ La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 fue aprobada a través de la Ley 970 de 2005.

²³⁹ Circular Externa No. 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera, Parte I, Título IV, Capítulo IV.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En cuanto a las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades²⁴⁰, el deber general de adoptar programas de cumplimiento surgió en virtud de la Circular Externa 304-00001 del 19 de febrero de 2014²⁴¹, la cual ha sido modificada en múltiples ocasiones y, recientemente, en abril de 2021²⁴².

Actualmente, de acuerdo con la Circular 100-00004 del 9 de abril de 2021, que modifica el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica, la obligación de las empresas de adoptar estas medidas puede surgir en virtud de al menos uno de los siguientes criterios²⁴³: primero, que la persona jurídica esté bajo la vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades y cuente con ingresos totales o activos que sean iguales o superiores a 40.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁴⁴; y, segundo, que la persona jurídica, a pesar de no contar con ingresos totales o activos que sean iguales o superiores a 40.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pertenezca a un sector determinado de aquellos listados en la norma²⁴⁵. En tal caso también será necesario que cumplan con los requisitos específicos para tal sector, que están definidos en la norma²⁴⁶.

El mandato que impone la Superintendencia de Sociedades a las empresas obligadas consiste, a grandes rasgos, en implementar un Sistema de autocontrol y gestión del riesgo integral de lavado de activos, financiación del terrorismo y financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva (SAGRILAFT). Lo anterior se da a través de la identificación del riesgo, la medición o evaluación del riesgo, el control del riesgo y el monitoreo del riesgo²⁴⁷.

240 El artículo 23 de la Ley 1778 de 2016 introduce a la Superintendencia de Sociedades el deber de promover, en las sociedades sujetas a su vigilancia, la adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y mecanismos de prevención de las conductas de Soborno Transnacional.

241 Su antecedente puede encontrarse en la Circular Externa 100-004 de 2009 de la Superintendencia de Sociedades, la cual contenía algunas recomendaciones en relación con la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, pero no imponía el deber de adoptar un programa de cumplimiento en la materia.

242 Circular 100-000003 de 2015, Circular 100-000005 de 2017, Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 y Circular 100-00004 del 9 de abril de 2021.

243 En la actualidad está siendo tramitado en el Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 369 de 2021 Cámara — 341 de 2020 Senado. Esta iniciativa legislativa es relevante debido a que contempla (i) los programas de transparencia y de ética corporativa como criterios de graduación de las sanciones en el ámbito administrativo sancionador y (ii) amplía el deber de contar con ellos. En él también se incorporan modificaciones al sistema de responsabilidad de personas jurídicas de naturaleza administrativo sancionador, pero no se prevé un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, como sí se hace en el Proyecto de Ley No. 076 de 2021.

244 Circular 100-00004 del 9 de abril de 2021, Sección 4.1.

245 Circular 100-00004 del 9 de abril de 2021, Sección 4.2. Sectores de agentes inmobiliarios; comercialización de metales preciosos y piedras preciosas; servicios jurídicos; servicios contables; construcción de edificios y obras de ingeniería civil; o activos virtuales.

246 Por ejemplo, en el caso de servicios jurídicos, además de estar sujeta a la vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, se exige la obtención de ingresos iguales o superiores a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que la actividad inscrita en el registro mercantil sea la que se corresponde con el código 6910 (servicios jurídicos) de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las Actividades Económicas (CIIU).

247 Circular 100-000016 del 20 de diciembre de 2020, Sección 5.2.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Es importante considerar que el hecho de implementar consiste en: diseñar y aprobar el sistema²⁴⁸, auditar su cumplimiento²⁴⁹, divulgar el sistema y realizar capacitaciones²⁵⁰ y asignar funciones para que pueda ser cumplido²⁵¹.

Nuevamente, como se afirmó en relación con las entidades financieras, la asignación de funciones en las empresas vigiladas por la Superintendencia de Sociedades puede dar lugar a que se requiera un análisis más profundo cuando se intente conocer cómo debe asignarse la responsabilidad penal al interior de la organización.

3.3. UTILIDAD DE LOS MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO EN EL ANÁLISIS DE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL

La creciente tendencia mundial a atender buenas prácticas, que se ha traducido en la exigencia normativa a implementar políticas de cumplimiento en el ámbito empresarial, ha generado repercusiones directas en lo que respecta al análisis de la administración de riesgos con relevancia penal y, por ende, a la debida administración de los mismos.

Como se puede concluir de lo revisado en los apartes anteriores, la existencia y seguimiento de esas buenas prácticas y políticas de cumplimiento permitirá acreditar la gestión de la empresa dentro del marco de lo socialmente adecuado y, de tal forma, excluir posibles cuestionamientos respecto de la infracción de deberes que pudieran haberse traducido en la producción de resultados lesivos.

En tal sentido, en materia de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa, los mecanismos de cumplimiento dan paso a que, en caso de que estos hayan sido cumplidos en el caso concreto por quien tenía dicha obligación, se pueda demostrar su actuar diligente²⁵².

Así, en casos en que en el ámbito empresarial se producen resultados lesivos, a pesar de contarse y ejecutarse en forma debida las políticas de cumplimiento pertinentes y adecuadas para evitar la concreción de sus riesgos propios, se tendrá que pensar en otras fuentes de producción del resultado, como puede ser la intervención de un tercero, o de la propia víctima, o en supuestos de imprevisibilidad²⁵³, para efectos de adelantar un análisis comprensivo de la situación real que rodeó el curso de los acontecimientos.

248 Circular 100-000016 del 20 de diciembre de 2020, Sección 5.1.1.

249 Circular 100-000016 del 20 de diciembre de 2020, Sección 5.1.2.

250 Circular 100-000016 del 20 de diciembre de 2020, Sección 5.1.3.

251 Circular 100-000016 del 20 de diciembre de 2020, Sección 5.1.4.

252 RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2019 p. 101, 107-108.

253 BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo; ABUSHIHAB, Majer Nayi. *Consecuencias jurídicas penales en contra de las personas jurídicas en Colombia, y políticas de prevención del delito en las empresas. Una mirada al modelo chileno*. Parte General. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica: 2014, p. 16.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En particular, los mecanismos de cumplimiento actúan como un criterio importante, pero no el único, de cara a la responsabilidad de los individuos al interior de la organización empresarial. Esto, por cuanto, desde el análisis de los programas de cumplimiento, es factible evaluar el riesgo permitido y la aplicación de tres figuras dogmáticas ya referidas: el principio de confianza, la prohibición de regreso y la posición de garante de los superiores jerárquicos, en términos de la relación del *compliance* y el deber de vigilancia jurídico-penal²⁵⁴.

Sobre lo primero, los programas de cumplimiento establecidos al interior de cada empresa se convierten en el rasero de las prácticas y actividades permitidas. Así, al interior de la organización es claro que cada quien debe cumplir con ciertas funciones para la gestión del riesgo, de manera que el principio de confianza cobra relevancia en el posterior análisis de imputación objetiva, para excluirla cuando la actividad que podría ser riesgosa se realiza confiando en el correcto comportamiento y en la diligencia de los demás miembros de la organización que incidieron en el curso de los acontecimientos²⁵⁵.

Segundo, dado que en escenarios empresariales, las estructuras jerárquicas y horizontales definen la interrelación entre los sujetos, la identificación de la posición de garantía entre medios da claridad sobre quién responde por qué. En ese sentido, el *compliance* y el deber de vigilancia jurídico penal resultan en una relación de género especie, puesto que alcance de los mecanismos de cumplimiento trasciende la simple vigilancia empresarial²⁵⁶.

En todo caso, será relevante analizar si esas políticas, en efecto, se materializaron en el curso de la organización en cuyo ámbito se produjo el resultado, porque de nada valdrá la existencia de completos y juiciosos protocolos y procesos, sino no son debidamente atendidos por quienes tienen a su cargo la ejecución de las labores pertinentes.

De lo anterior se advierte que las políticas de cumplimiento empresarial surgen como un mecanismo de necesaria evaluación al momento de analizar la posible responsabilidad penal en el ámbito de la empresa, complementando así la revisión dogmática que resulta pertinente.

254 CHANJAN DOCUMET, Rafael H. *Op cit.*, p.148.

255 *Ibíd.*

256 CHANJAN DOCUMET, Rafael H. *Op cit.*, p.150.



4. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

Imputación personal en estructuras empresariales:				
1. Punto de partida: La producción de un resultado lesivo que pudiera tener relación con el ámbito de organización de la empresa.				
La empresa, en desarrollo de su actividad económica organizada, puede incurrir en la producción de resultados lesivos.				
Material	Formal	Procedimental		
La empresa como agente generador de riesgos socialmente aceptados y que debe administrar de manera adecuada para evitar que se concreten en la producción de resultados lesivos.	En el desarrollo de las actividades de la empresa esos riesgos se pueden traducir en la producción de resultados que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos propios, de sus empleados o de terceros.	El análisis de la relevancia penal de la conducta que derivó en la producción del resultado no puede adelantarse de manera desligada a la conducta de los sujetos en concreto involucrados en el ámbito de la organización en que se produjo el resultado.		
2. Dificultades para realizar el análisis de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa.				
Características de la delincuencia en el ámbito de la empresa que derivan en dificultades a la hora de analizar su responsabilidad penal.	<ul style="list-style-type: none">• Diversos sujetos involucrados en diversos momentos.• Compleja estructura relacional, vertical y horizontal.• Conocimiento compartimentado de la información.• Alto contenido técnico de las conductas típicas.			
3. Propuesta metodológica para abordar el análisis de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa.				
Con el ánimo de solventar las dificultades expuestas anteriormente se propone el siguiente orden metodológico:				
<ul style="list-style-type: none">• Aprehensión del resultado lesivo objeto de noticia criminal, producido en el ámbito de operación de la empresa.• Conocimiento de la estructura de la empresa involucrada en la producción del resultado.				
		Perspectiva Formal		
		Perspectiva de ajuste material		



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

- Identificación del ámbito de la organización de la empresa con incidencia, en concreto, en la producción del resultado.
- Identificación del ámbito de la organización de la empresa con incidencia, en concreto, en la producción del resultado.
- Análisis de la conducta de cada sujeto, atendiendo los elementos dogmáticos del delito.

4. Algunos aspectos de la operación de la empresa que inciden en el análisis de responsabilidad penal

Aspecto de la operación de la empresa	¿Qué lo hace relevante a la hora de analizar la responsabilidad penal?
La delegación	Altera los deberes del delegado, para introducirle aquellos que se derivan del acto de delegación y modifica los deberes del delegante.
El principio de confianza y la prohibición de regreso	Regulan los escenarios de responsabilidad en supuestos de división de funciones.

5. Figuras dogmáticas pertinentes para el análisis de responsabilidad penal

Figura dogmática	Método de aplicación a la hora de analizar la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa.
Coautoría y participación	Deberá definirse quien tenía el dominio del hecho al interior de la organización para distinguir su nivel de responsabilidad.
Comisión por omisión	Supuestos de responsabilidad por omisión respecto de quien no impide la producción del resultado lesivo que se produce al interior de la organización, ostentando el deber de garantía en virtud de su propio ámbito de competencia.
Imprudencia	De la transgresión de los deberes concretos que se tienen a raíz de la competencia y funciones que se tienen asignadas en la estructura de la empresa, se produce un resultado lesivo previsible pero no querido por el agente.

6. Otro aspecto importante.

Concepto	Utilidad
Las políticas de cumplimiento	Son un mecanismo de verificación de los deberes que se tienen en el ámbito de la empresa y la creación de riesgos que superen los márgenes permitidos.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

5. ESTRATEGIAS EVALUATIVAS

1. Aun cuando el conocimiento del hecho haya partido del resultado lesivo producido, el análisis de posible responsabilidad penal debe partir de la intervención del sujeto, porque:

- a. Solo así se podrá establecer el ámbito de protección de la norma, elemento requerido para verificar la estructura de imputación objetiva.
- b. El análisis del desvalor propio del delito ataña a la conducta del sujeto.
- c. Solo de esa forma se garantiza el principio de presunción de inocencia.

2. En virtud de un acto de delegación de competencias se modifican los ámbitos del dominio de los sujetos y, por ende, sus deberes funcionales, de forma que resulta correcto afirmar que:

- a. El delegante deja de responder por los deberes transmitidos en virtud del acto de delegación y ahora lo hace el delegado.
- b. El delegado responde además por los deberes que se derivan de aquellos que recibió en virtud del acto de delegación.
- c. El delegante puede mantener deberes de vigilancia y custodia respecto de las competencias transmitidas al delegado y responder por su incumplimiento.
- d. El delegante siempre mantiene los deberes de vigilancia y custodia respecto de las competencias transmitidas al delegado y responder por su incumplimiento.

3. En caso de infringir el delegante su propio deber de vigilancia y control respecto de la conducta objeto de delegación, y de haberse traducido esta en la producción de un resultado lesivo, podrá evaluarse la posibilidad de asignarle responsabilidad por vía de

- a. Omisión impropia de carácter doloso
- b. Acción imprudente, si el tipo en concreto procede
- c. Comisión por omisión dolosa o imprudente, según sea el caso
- d. Acción dolosa



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

4. Los manuales de cumplimiento se caracterizan porque:

- a. Se constituyen como un baremo para determinar la existencia y seguimiento de prácticas adecuadas dentro de la empresa.
- b. Permiten demostrar el actuar diligente de la persona, al acreditar que su actuar se ajustaba al comportamiento esperado.
- c. Permiten exonerar de responsabilidad penal a aquella persona que con su conducta produjo un resultado lesivo dentro de la empresa.
- d. a y b son correctas.
- e. Las tres son ciertas.
- f. b y c son ciertas.



UNIDAD 3: CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DEL DELITO PARA LAS EMPRESAS

UNIDAD 3	CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DEL DELITO PARA LAS EMPRESAS
OG	Conocer acerca de la aplicación de consecuencias previstas por la ley para las personas jurídicas por conductas cometidas en su ámbito de organización
OE	<ol style="list-style-type: none">1. Adquirir herramientas para aplicar la figura procesal de suspensión o cancelación de la personería jurídica o los establecimientos de comercio2. Adquirir herramientas para realizar una adecuada vinculación de terceros civilmente responsables en el escenario del Incidente de Reparación Integral
COMPETENCIA ESPECÍFICA	Desarrollar conocimientos sobre las consecuencias patrimoniales que prevé la normativa colombiana para la empresa, derivadas de la comisión de delitos a su interior.

Después de abordar las categorías dogmáticas tradicionales de imputación penal, y su forma de aplicación en el ámbito de la empresa, nos ocuparemos de algunos escenarios en los que las compañías podrían verse involucradas y/o afectadas al interior de un proceso penal.

En concreto, estudiaremos las siguientes dos instituciones: (i) suspensión y cancelación de la personería jurídica, y cierre temporal, o definitivo, del establecimiento abierto al público²⁵⁷; y (ii) vinculación de la empresa como tercero civilmente responsable al interior del IRI²⁵⁸.

Estos dos temas son relevantes en el contexto de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa. El primero porque se refiere a las sanciones que le podrían ser impuestas a una persona jurídica cuando la misma esté siendo utilizada, total o parcialmente, para desarrollar actividades delictivas. Y el segundo porque se relaciona con los requisitos que se deben satisfacer para que una compañía responda civilmente por los daños ocasionados por sus agentes producto de la comisión de un delito.

²⁵⁷ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (1, septiembre, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [en línea]. Santa fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial, 2004. nro. 45658. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#TITULO%20P. Art. 91.

²⁵⁸ Ibíd. Art. 107.



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

La intención de estudiar estas dos figuras jurídicas se circunscribe a que su aplicación en la práctica se haga de forma adecuada y bajo criterios de proporcionalidad. Esto, con el fin de evitar excesos que conduzcan, por ejemplo, a: (i) que se paralice la actividad total de una empresa cuando se acredite la comisión aislada de un delito en su interior; o (ii) se vincule a una persona jurídica al IRI sin verificar su conexión con los hechos jurídicamente relevantes que fueron objeto de condena en el proceso penal correspondiente.

1. SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE LA PERSONERÍA JURÍDICA

1.1. GENERALIDADES

El artículo 91 del CPP establece:

Artículo 91. Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

De este modo, se podrá solicitar al Juez de Control de Garantías: (i) que suspenda la personería jurídica de una compañía; o (ii) que cierre temporalmente los locales o establecimientos abiertos al público de una sociedad —o de una persona natural— cuando existan motivos fundados para inferir que están siendo utilizados para desarrollar, total o parcialmente, actividades delictivas.

Esta petición puede ser realizada por la Fiscalía en cualquier momento de la actuación, pero hasta antes de la presentación del escrito de acusación. También puede ser elevada por la víctima después de formulada la imputación y antes de la radicación del escrito de acusación, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-603 de 2016, así:



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad de los artículos 91 (parcial) de la Ley 906 de 2004 y 34 (parcial) de la Ley 1474 de 2011 con la condición de que las víctimas pueden solicitar directamente las medidas provisionales allí consignadas cuando acrediten ante el juez un interés específico para obrar, después de la formulación de imputación²⁵⁹.

Por tratarse de una medida solicitada ante un Juez de Control de Garantías, la misma tiene efectos provisionales, y solo adquirirá consecuencias definitivas cuando el Juez de Conocimiento así lo declare en la sentencia condenatoria al verificar que, efectivamente, y más allá de toda duda razonable, la empresa y/o el establecimiento abierto al público han sido empleados para cometer conductas delictivas.

Esta figura no es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico penal. En efecto, el artículo 65²⁶⁰ de la Ley 600 de 2000 contemplaba una medida de similar estructura, cuyas características fueron desarrolladas por la Corte Constitucional en sentencia C-558 de 2004:

Cabe recordar, que si bien el funcionario judicial puede adoptar las medidas preventivas para lograr el restablecimiento y reparación del derecho, en el ejercicio de estas funciones también debe cumplir estrictamente con el debido proceso, y además no pueden lesionarse otros derechos constitucionales. Por ello, el entendimiento que debe dársele a la facultad del funcionario judicial de disponer sobre la cancelación de una personería jurídica, mientras no haya proferido la sentencia definitiva, es la que armoniza con su finalidad preventiva; por lo tanto, su adopción durante el proceso no puede tener sino los efectos de suspensión, a fin de lograr impedir que se sigan desarrollando actividades delictivas pero sin llegar hasta permitir la extinción de la persona jurídica de manera definitiva, con lo cual se vulnerarían derechos fundamentales²⁶¹.

259 Corte Constitucional, Sentencia C-603 de 2 de noviembre de 2016; MP: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

260 "Artículo 65. Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas, o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público".

261 Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 1 de junio de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Haciendo extensiva esta interpretación de la Corte Constitucional al procedimiento actual (Ley 906 de 2004), se desprende esta regla: cuando el Juez de Control de Garantías esté definiendo la imposición de este tipo de medidas, debe ser muy cuidadoso para que las mismas, dependiendo del caso concreto, se dirijan, únicamente, a impedir que se sigan ejecutando actos delictivos sin que ello implique la extinción de la persona jurídica de forma automática y definitiva.

1.2. CRITERIOS DE APLICACIÓN

En la unidad 2 de este módulo planteamos varios escenarios delictivos que podrían presentarse en el ámbito de la empresa, los cuales retomamos y sintetizamos en el siguiente cuadro:

Escenario	Ejemplo
La empresa como estructura creada y operada para cometer delitos	La empresa se crea exclusivamente para vender facturas ficticias a efectos de que otras compañías generen gastos inexistentes.
Comisión de delitos en el ámbito de la empresa como mecanismo para generar beneficios o satisfacer intereses de la persona jurídica	Vertido de productos químicos derivados del proceso industrial realizado por la empresa, a las fuentes hídricas de la zona, para evitar los gastos que supone realizar un adecuado tratamiento de tales sustancias.
Administradores que cometen delitos en el ámbito de la empresa	Administrador que aprovecha el capital humano y técnico de una empresa de call center para implementar un negocio paralelo de comercialización de sustancias de comercio restringido.
Empleados que cometen delitos en desarrollo de sus funciones	Cajero del banco que implementa un mecanismo fraudulento para apoderarse de recursos de los clientes.
Producción de resultados lesivos en desarrollo de las actividades de la empresa	Comercialización de un producto alimenticio que tiene entre sus componentes un ingrediente perjudicial para la salud, del cual no se percatan antes de sacarlo a la venta, porque en el proceso de ahorro de costos decidieron omitir unos análisis biológicos que les habría permitido conocer tal situación.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Retornamos a estas categorías y ejemplos, porque, en nuestro criterio, la medida de suspensión (y posterior cancelación) de la personería jurídica de una compañía, al ser una sanción tan gravosa, solo podría ocurrir en eventos similares a los descritos en el primer supuesto: cuando la empresa ha sido creada o está destinada a la comisión de conductas delictivas, es decir, cuando el ente moral está siendo instrumentalizado, globalmente, para ejecutar actividades reprochables penalmente.

En los demás supuestos, en los que la empresa desarrolla un objeto social lícito, pero en su interior se cometen algunos delitos por sus agentes, no debería aplicarse la institución en comento, ya que ello podría significar la parálisis de dicha compañía y, por ende, la imposibilidad de que ésta siga ejecutando las demás actividades legales que soportan su estabilidad y que permiten generar productividad y empleo en una sociedad.

Esta es nuestra postura porque, en el caso de que la empresa no esté siendo utilizada, en su conjunto, para cometer delitos, existen otras medidas procesales menos drásticas que podrían garantizar que la actividad reprochable cese y, al mismo tiempo, que la compañía pueda continuar desarrollando su objeto social de forma lícita y normal.

Estas otras medidas podrían ser, por ejemplo, una solicitud de restablecimiento del derecho²⁶² elevada por el Fiscal o la víctima a efectos de que el Juez de Control de Garantías le ordene a la persona jurídica que no siga ejecutando el acto desaprobado. O también podría consistir, precisamente, en la orden del mismo Juez de que se cierre temporalmente un establecimiento abierto público²⁶³, sin que ello comprometa la operación global de la empresa.

Para concretar lo anterior, se formulan los siguientes tres ejemplos:

- Empresa creada y dedicada a la captación masiva y habitual de dineros sin contar con las autorizaciones de ley²⁶⁴.
- Empresa que, en una campaña publicitaria particular, utiliza, sin autorización, y fraudulentamente, la marca de su competidor para ganar mayor clientela²⁶⁵.

262 COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (1, septiembre, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial, 2004. nro. 45658. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#TITULO%20P. Art. 22.

263 COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (1, septiembre, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial, 2004. nro. 45658. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#TITULO%20P. Art. 91.

264 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2000. nro. 44907. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html Art. 316. Captación masiva y habitual de dinero.

265 Ibíd. Art. 306. Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

- Empresa que tiene varios locales comerciales de venta de telas y, en uno de ellos, se encuentra una sustancia estupefaciente prohibida que está siendo comercializada por personal de la misma²⁶⁶.

Contrastando lo expuesto con estos tres ejemplos, es claro que, en el primero de ellos, la medida de suspensión (y posterior cancelación) de la personería jurídica sería procedente, pues la compañía fue creada y está dedicada, en su conjunto, a cometer delitos y, en consecuencia, la única forma de que dicha actividad cese es impidiendo que la empresa siga operando.

En cambio, en los otros dos eventos, la medida bajo estudio no podría ser aplicable:

En el caso del uso fraudulento de la marca, no sería necesario suspender la personería jurídica de la empresa para que ésta deje de ejecutar dicho comportamiento. Para ello, bastaría con que la Fiscalía o la víctima le soliciten al Juez de Control de Garantías una medida de restablecimiento del derecho con tal propósito.

Y en el caso del local en el que se encontraron sustancias prohibidas, tampoco sería necesario suspender la personería jurídica de la compañía; sería suficiente con que, previa petición de la Fiscalía o de la víctima, el Juez de Control de Garantías ordene el cierre temporal de dicho establecimiento a efectos de impedir que el producto prohibido siga siendo comercializado.

Como se observa, en estos dos últimos ejemplos se podrían aplicar medidas alternativas, menos drásticas, que permiten compatibilizar: (i) la necesidad de que la conducta delictiva no se siga consumando; y (ii) la posibilidad de que la empresa siga funcionando cuando se evidencie que desarrolla otras actividades legales.

Aunque el análisis debe hacerse caso a caso, la fórmula que aquí se propone es que el Juez, al acudir al artículo 91 del CPP, debe evaluar que, en últimas, la medida a imponer cumpla con los parámetros del principio de proporcionalidad, a saber:

(...) el principio de proporcionalidad es una herramienta metodológica que pretende aportar racionalidad, predictibilidad y legitimidad a la decisión adoptada por el juez, valiéndose para el efecto de una estructura

²⁶⁶ *Ibíd. Art. 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.*



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

que está compuesta por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio busca analizar si una medida sometida a estudio es adecuada para la consecución del fin propuesto. Inmediatamente después, debe asumirse el análisis de necesidad, en virtud del cual se aprecia, si la medida escogida por el Legislador es la menos restrictiva de otros principios, considerándose su invalidez en caso de que exista otra con un impacto inferior y con una idoneidad semejante para la obtención de los propósitos de la autoridad normativa. Finalmente, el estudio de proporcionalidad en sentido estricto se concreta en una ponderación entre los bienes o principios en conflicto, que incluye la consideración de su peso abstracto, la intensidad de la afectación – beneficio, y finalmente, algunas consideraciones -en caso de contar con los elementos- sobre la certeza de los efectos de tal relación²⁶⁷.

Así las cosas, cuando el Juez (sea de Control de Garantías o de Conocimiento) esté definiendo si suspende y/o cancela la personería jurídica, o si cierra temporal y/o definitivamente el establecimiento abierto al público, debe evaluar si dicha decisión es adecuada, necesaria y proporcional para lograr el fin que se propone: que, a través de la empresa o del local, no se sigan cometiendo delitos.

En otras palabras, el Juez deberá examinar: (i) si la medida es útil para que la actividad delictiva cese (principio de adecuación); (ii) si no existe otra alternativa menos drástica que cumpla con el mismo objetivo (principio de necesidad); y (iii) si los beneficios que se perciben son mayores que las afectaciones que se están causando con la imposición de la sanción (proporcionalidad en sentido estricto).

Estos criterios son aplicables, incluso, a la regulación contemplada en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (modificada por el artículo 35 de la Ley 1778 de 2016), la cual indica:

Artículo 34. Modificado por la Ley 1778 de 2016, artículo 35. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

²⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 29 de enero de 2020, MP: Alberto Rojas Ríos



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Una lectura apresurada de esta normativa daría para entender que, si la persona jurídica está relacionada con la comisión de delitos contra la administración pública o cualquier otra acción referida al patrimonio público, procedería, casi de forma automática, la suspensión (y posterior cancelación) de su personería jurídica. Sin embargo, esta interpretación no es satisfactoria, pues puede ocurrir, por ejemplo, que un representante legal de la compañía ejecute, de forma aislada y a espaldas de los demás órganos de dirección de la empresa, un delito de tales características, evento en el que no sería razonable que, por dicho comportamiento, se suspenda la actividad productiva de una empresa.

Cosa distinta sería que se acreditara que la persona jurídica tiene una política empresarial definida y conocida por sus órganos de dirección, en la que se ha establecido que, para garantizar la adjudicación de contratos estatales, es necesario cometer, de forma permanente, delitos de cohecho. En este supuesto, como la empresa, en su conjunto, estaría siendo instrumentalizada para consumar estos delitos, las medidas aquí abordadas serían procedentes.

Bajo este panorama, aplicar los presupuestos metodológicos y sustanciales hasta aquí expuestos es vital para evitar que, en la práctica, y al acudir a las medidas descritas en el artículo 91 del CPP, se cometan excesos que impliquen, por ejemplo, la parálisis arbitraria e injustificada de una empresa con las graves consecuencias que ello acarrearía para sus accionistas, empleados, proveedores, contratistas, entre otros.

Para cerrar este punto, y volviendo a uno de los ejemplos ya referidos, en el que la empresa hacía vertimiento de productos químicos en una fuente hídrica para reducir costos, lo cierto es que, en este evento, se debe sancionar penalmente a las personas naturales que ordenaron y ejecutaron estas acciones de contaminación ambiental, pero no necesariamente se debería admitir la suspensión y/o cancelación de la personería jurídica de la compañía.

Esto, por cuanto si bien dicha medida podría ser útil para evitar los actos de contaminación descritos, la misma no sería ni necesaria ni proporcional. No sería necesaria porque, como se anotó, existen otras alternativas procesales (menos lesivas) para lograr dicho objetivo (una solicitud de restablecimiento del derecho, por ejemplo). Y tampoco sería proporcional porque suspender y/o cancelar la personería jurídica podría causar mayores afectaciones que beneficios, en el sentido en que, al aplicar esta medida, se podría estar paralizando a una empresa que ejecuta otras actividades legales que generan los recursos para, entre otros, el pago de salarios, impuestos y acreencias, y para la generación de riqueza en la sociedad.



1.3. ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES

Habiendo estudiado los aspectos sustanciales de esta figura, pasaremos ahora a precisar algunas consideraciones de orden procesal.

En primer lugar, la petición de suspensión de la personería jurídica o de cierre temporal del establecimiento se debe realizar ante el Juez de Control de Garantías, quien, en virtud del artículo 10º del CPP, debe velar porque se respeten los derechos fundamentales de todos los sujetos que intervienen en la actuación penal, lo que incluye, en este caso, la necesidad de que la persona jurídica (o el titular del establecimiento abierto al público) sean citados a esta diligencia, con el fin de que ejerzan su derecho de contradicción y de defensa.

En segundo lugar, una vez adoptada la decisión por parte del Juez de Control de Garantías, la misma, según lo dispuesto en el artículo 176 del CPP, es susceptible de los recursos de reposición y apelación por tratarse de la definición de un asunto sustancial. Esta interpretación coincide con la ya desarrollada por la Corte Constitucional, cuando, al evaluar esta misma figura pero respecto de la Ley 600 de 2000, señaló:

La Corte comparte las apreciaciones anteriores, por cuanto todas las disposiciones procesales conforman un conjunto armónico y organizado, por lo tanto, la interpretación de cada una de sus normas debe realizarse de manera sistemática. De tal manera, como no es necesario que cada disposición en particular disponga sobre los recursos que proceden contra ella, dado que los procedimientos consagran normas generales al respecto, a ellas habrá de acudirse para tales efectos.

En este caso es evidente que el legislador ha previsto los recursos de reposición y apelación contra las providencias interlocutorias, como lo es aquella mediante la cual se toman las medidas a que alude la norma demandada²⁶⁸.

De esta forma, aunque el artículo 91 del CPP no dice expresamente que contra la decisión que se adopte en la diligencia proceden los recursos en mención, una interpretación adecuada de este tema indica que sí lo son, justamente porque se trata de un asunto sustancial con la potencialidad de afectar, gravemente, derechos de terceros.

268

Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 1 de junio de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En tercer lugar, y en caso de que se presente apelación, la norma no precisa en qué efecto debe concederse. La jurisprudencia ha indicado que las medidas contempladas en el artículo 91 del CPP tienen el carácter de “protección o preventivas”²⁶⁹. Al revisar el CPP (art. 177), y la forma en la que se concede la apelación frente a estas decisiones (como lo sería la imposición de una medida de aseguramiento o de una medida cautelar), se extrae que el efecto aplicable a esta clase de determinación es el devolutivo, entre otras cosas, porque, por su urgencia, se requiere que tenga consecuencias inmediatas.

Esto último se explica por el hecho de que si el juez, después de verificar los estrictos parámetros del principio de proporcionalidad, concluye que se debe suspender la personería jurídica es porque, en realidad, encontró que era necesaria la intervención de la judicatura para impedir que se siguieran cometiendo delitos a través de empresa involucrada, lo cual, naturalmente, debe tener aplicación inmediata para evitar que la afectación a los bienes jurídicos respectivos se siga presentando. De ahí la necesidad y justificación de que el recurso de apelación sea concedido en el efecto devolutivo.

En cuarto lugar, y si bien estas medidas tendrían efectos inmediatos, convendría agregar que el Juez de Control de Garantías no es el que dispone, directamente, sobre la suspensión de la personería jurídica (o sobre el cierre temporal del establecimiento); su labor es la de ordenarle a la autoridad competente que, previo al cumplimiento de los requisitos legales para ello, proceda a hacer efectivas estas determinaciones.

Por ejemplo, si se trata de una compañía vigilada por la Superintendencia de Sociedades o por la Superintendencia Financiera, el Juez de Control de Garantías comunicará la decisión adoptada a estas autoridades para que las mismas ejecuten lo de su competencia. O si se trata de una sociedad vigilada por la Autoridad Nacional de Televisión, o por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el juez notificará a estas entidades estatales para que concreten lo pertinente.

En quinto lugar, y de acuerdo con el párrafo del artículo 91 del CPP (creado recientemente por la Ley 2111 de 2021²⁷⁰) cuando se ordene la suspensión de la personería jurídica (o el cierre temporal del establecimiento) queda prohibido que el afectado constituya nuevas personerías jurídicas o abra nuevos establecimientos para ejecutar la misma actividad económica que venía desarrollando antes de la imposición de la medida hasta tanto el Juez de Conocimiento, en la sentencia, defina esta situación de forma definitiva.

269 Corte Constitucional, Sentencia C-603 del 2 de noviembre de 2016; MP: María Victoria Calle Correa.

270 “Parágrafo, art. 91 del CPP. Adicionado por la Ley 2111 de 2021, artículo 4º. Cuando se hubiese suspendido o cancelado la personería jurídica de que trata este artículo, la persona natural o jurídica estará inhabilitada para constituir nuevas personerías jurídicas, locales o establecimientos abiertos al público, con el mismo objeto o actividad económica a desarrollar, hasta que el Juez de Conocimiento tome una decisión definitiva en la sentencia correspondiente”.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Por ejemplo, si el Juez de Control de Garantías ordena la suspensión de la personería jurídica de la empresa que estaba dedicada a la captación masiva y habitual de dineros del público sin las autorizaciones legales correspondientes, o a la comercialización de cédulas y licencias de conducción falsas, los titulares de estas compañías quedarían inhabilitados para constituir nuevas sociedades relacionadas con estas actividades económicas: el recaudo de dinero del público, y la entrega de documentos públicos, precisamente porque lo que se busca es que cese la comisión de los delitos respectivos.

Finalmente, en sexto lugar, el Juez de Conocimiento, en la sentencia, debe definir si levanta estas medidas o si, por el contrario, les da el carácter de permanente. Para hacer esto último, tiene que estar acreditado, más allá de toda duda razonable, que la persona jurídica o el establecimiento abierto al público fueron utilizados para la comisión de delitos, decisión que, en todo caso, debe respetar los criterios desarrollados párrafos arriba, en el sentido en que: (i) la cancelación de la personería jurídica; (ii) el cierre definitivo del establecimiento; y/o (iii) la inhabilidad para constituir nuevas personerías jurídicas (en actividades económicas específicas) deben ser medidas adecuadas, necesarias y proporcionales frente al fin que se proponen.

Nuevamente, este ejercicio debe hacerse con extremo cuidado y rigurosidad, no solo porque se trata de verdaderas sanciones en contra de terceros no responsables (pues la condena penal no se emite contra la persona jurídica, al no existir esta clase de responsabilidad en nuestro ordenamiento), sino también porque, una medida de estas características, con efectos definitivos, podría resultar injustificada y desproporcionada de cara a los objetivos que se persiguen en el caso concreto.

Al ser una medida definitiva que se resuelve en la sentencia, frente a la misma procede, únicamente, el recurso de apelación, el cual, según lo establecido en el artículo 177 del CPP, debe ser concedido en el efecto suspensivo. Por ende, si el Juez de Conocimiento ordena a la autoridad competente que, por ejemplo, cancele la personería jurídica de una compañía, esta sanción solo podría hacerse efectiva hasta tanto la providencia adquiera ejecutoria.

Así entonces, se tiene que, en esta materia, frente a la decisión (con efectos provisionales) del Juez de Control de Garantías proceden los recursos de reposición y apelación, y este último se concede en el efecto devolutivo por ser una medida de aplicación inmediata. En contraste, frente al pronunciamiento del Juez de Conocimiento solo procede la apelación, y la misma se concede en el efecto suspensivo, por tratarse de un asunto con efectos permanentes que hace parte integral de la sentencia que pone fin al proceso.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Culminada la explicación de la institución descrita en el artículo 91 del CPP, con sus implicaciones y particularidades, pasaremos a desarrollar la otra figura procesal en la que una persona jurídica podría ser vinculada a la actuación penal.

2. LA VINCULACIÓN DE LA EMPRESA COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE AL INTERNOR DEL PROCESO PENAL

2.1. GENERALIDADES

De conformidad con lo establecido en el artículo 1494 del Código Civil (CC), el delito es una de las fuentes de las obligaciones civiles. En desarrollo de esta disposición, el artículo 94 del CP determina:

Artículo 94. Reparación del daño. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.

Frente a los sujetos que están obligados a reparar los daños ocasionados con el delito (sean patrimoniales o extrapatrimoniales), el artículo 96 del CP indica:

Artículo 96. Obligados a indemnizar. Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder.

Por ello, la obligación de indemnizar está ubicada en primer lugar en cabeza del penalmente responsable, y, adicionalmente, en aquellas personas que, según las normas sustanciales pertinentes, están llamadas a responder por las consecuencias del punible cometido. En este último escenario adquiere relevancia la figura de las personas jurídicas, ya que éstas, como veremos, deben reparar los perjuicios que han ocasionado sus agentes producto de la ejecución de un delito. Sin embargo, antes de desarrollar este punto, estudiaremos algunas de las características del procedimiento en el que, al interior de la actuación penal, se debaten estas cuestiones, con el fin de tener un panorama claro de las oportunidades de intervención que tiene la empresa al interior de dicho trámite.



2.2. EL TRÁMITE PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS DENTRO DEL PROCESO PENAL

En concreto, para solicitar la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, bajo la legislación vigente en la actualidad²⁷¹ (Ley 906 de 2004), es necesario iniciar un trámite que se denomina “Incidente de Reparación Integral” (IRI), el cual está contemplado en los artículos 102 y siguientes del CPP, y cuyo objeto se resume así:

Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.

En este sentido, para poder convocar o solicitar al Juez competente el inicio del IRI se requiere: (i) que exista una sentencia de condena en materia penal; (ii) que dicha sentencia esté en firme; y (iii) que exista una solicitud expresa por parte de la víctima del delito, de la Fiscalía o del Ministerio Público, solicitud que, en virtud del artículo 106 del CPP, debe ser radicada dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia condenatoria, so pena de que opere la caducidad de este trámite. Frente a esta regla de la caducidad, hay una excepción: cuando la víctima del delito sea un menor de edad, el Juez de Conocimiento debe iniciar de oficio el IRI, tal como lo señala el artículo 197 del Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA)²⁷².

La solicitud de convocatoria se radica precisamente ante el mismo juez penal que emitió la sentencia de condena, de forma que será éste el que adelante tal Incidente y produzca a su término una providencia adicional, ahora de contenido civil, que integraría la penal previamente emitida y generaría de tal forma (en caso de ser también de condena) el título ejecutivo pertinente.

²⁷¹ La Ley Procesal Penal anterior (Ley 600 de 2000) prevé un mecanismo distinto para ejercer la acción civil dentro del proceso penal, que parte de la base de otorgar a la víctima (denominada “parte civil”) el carácter de sujeto procesal (de parte), con plenitud de derechos y facultades procesales. De allí que en tal escenario normativo, la Parte Civil puede plantear su pretensión desde el inicio de la investigación, e introducir las pruebas pertinentes durante el curso de la misma, así como durante el juicio, sin tener que esperar a que se produzca una sentencia condenatoria contra el penalmente responsable. De tal forma, concluido el proceso mediante la declaración de la responsabilidad penal, el Juez en la misma sentencia se pronunciará respecto de la responsabilidad civil derivada del delito.

²⁷² Art. 197 del CIA. “Artículo 197. Incidente de reparación integral en los procesos en que los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas. En los procesos penales en que se juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el defensor de Familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia”.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

El desarrollo del IRI se surte en tres audiencias:

En la primera, el incidentante presenta su pretensión indemnizatoria y señala qué pruebas hará valer para tales efectos (art. 103 CPP). Escuchada la pretensión, el juez decide si la admite o la rechaza. Si la admite, se la pondrá en conocimiento al condenado y abrirá la posibilidad de que las partes concilien. Si no hay acuerdo, se citará a una segunda audiencia.

En ésta, se intentará nuevamente la conciliación, la cual, de no lograrse, facultará a la defensa del condenado para que exponga las pruebas que practicará para oponerse la pretensión indemnizatoria²⁷³ (art. 103 CPP).

Culminada esta diligencia, el juez convocará a una tercera audiencia de “pruebas y alegaciones”, en la que, después de buscar una nueva conciliación, se surtirá el debate probatorio y las alegaciones finales²⁷⁴ y, además, se emitirá la decisión definitiva mediante sentencia²⁷⁵, frente a la que procede el recurso de apelación y el extraordinario de casación²⁷⁶.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que, debido a que se trata de un incidente que se adelanta después de definida la responsabilidad penal del implicado, su naturaleza es predominantemente civil y, en consecuencia, en lo no regulado por el CPP, se deberán aplicar las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil (hoy, CGP):

5. Como el incidente de reparación integral surge luego de agotado ese trámite penal, deriva incontrastable que tales formalidades no son de recibo cuando ese procedimiento apunta exclusivamente a determinar la existencia del daño causado con el delito (ya decidido con fuerza de cosa juzgada) y su cuantía, tema este que es de naturaleza exclusivamente civil.

En ese contexto, como bien refieren la demandante, el Ministerio Público y la Fiscalía (y el magistrado disidente), una vez finalizado el proceso penal el incidente de reparación integral se tramita según las formalidades de que tratan los artículos 102 a 108 de la Ley 906 y, en lo no previsto en ellos, en virtud del principio de integración de su artículo 25, se debe acudir al Código de Procedimiento Civil²⁷⁷.

²⁷³ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (1, septiembre, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [en línea]. Santa fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial, 2004. nro. 45658. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#TITULO%20P. Art. 103.

²⁷⁴ Ibíd. Art 104.

²⁷⁵ Ibíd. Art 181.

²⁷⁶ Art. 181 del CPP, num 4. “Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil”.

²⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de abril de 2016 MP: José Luis Barceló Camacho, Rad. 47076.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Por lo anterior, el IRI se rige, en su mayoría, por las normas contempladas en el CGP, lo cual significa que, en especial, las pruebas deben practicarse de acuerdo con lo establecido en este Código, y no en el de Procedimiento Penal, situación que, en la práctica, implica que, por ejemplo, para la introducción de documentos no se requiera un testigo de acreditación, o que se permita el decreto de pruebas de oficio por parte del juez, lo que difiere por completo de las previsiones que en materia de pruebas rigen el proceso penal.

2.3. LAS PERSONAS QUE ESTÁN LLAMADAS A INDEMNIZAR

Como se anotó, la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de la comisión de la conducta delictiva recae en el penalmente responsable. Y, adicionalmente, en aquellos sujetos que, en virtud de la ley civil, deban responder por las consecuencias del delito cometido. En concreto, el CPP señala que estos sujetos son: (i) el asegurador; y (ii) el tercero civilmente responsable.

Respecto del asegurador, el artículo 108 del CPP indica:

Artículo 108. Citación del asegurador. Para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado.

Y sobre el tercero civilmente responsable, el artículo 107 del mismo Código dispone:

Artículo 107. Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.

En este orden de ideas, la persona jurídica podrá ser convocada al IRI como empresa aseguradora o como la compañía que debe responder por los daños ocasionados por sus agentes. Este último supuesto es el que ocupa la atención de este escrito, en la medida en que nos ayudará a explicar, con mayor claridad y más adelante, cuál debe ser la relación entre los hechos jurídicamente relevantes que sirvieron de fundamento para la condena penal y la posibilidad de que la empresa entre a responder patrimonialmente por la ocurrencia de dichos hechos.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Profundizando en este tema, conviene recordar que, en nuestro sistema jurídico, está vigente la teoría de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, según la cual:

(...) las personas jurídicas de derecho privado siempre responden de forma directa por los actos de sus agentes, sin importar si son de dirección o no, pues todos son órganos de aquellas, de tal manera que los actos de aquellos agentes realizados en ejercicio o con ocasión de las funciones de las personas jurídicas, se reputan como propios de éstas²⁷⁸.

En consecuencia, si el agente de una persona jurídica comete un delito en ejercicio o con ocasión de sus funciones, tanto el autor de la conducta como el ente moral del que dependía deberán responder patrimonialmente, y de forma solidaria, por los perjuicios ocasionados con dicha acción.

Esta clase de responsabilidad tiene un efecto sustancial importante: al ser directa y no indirecta, le aplican las disposiciones del artículo 2341 del CC, y no las del 2347 del CC. Ello implica que, en este tipo de casos, la persona jurídica no podrá eximirse de responsabilidad argumentando que fue cuidadosa al elegir a su personal o diligente al momento de vigilarlo (es decir, no opera el régimen de culpa in eligendo y/o culpa in vigilando), tal como ya lo ha puntualizado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en decisiones como la que sigue:

(...) el demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad les confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que en esta última «la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima»²⁷⁹.

Dicho de otro modo: la persona jurídica no se eximirá de responsabilidad si demuestra que fue prudente y diligente respecto de la escogencia y supervisión del agente que cometió el delito; la única forma de que ello ocurra es que se logre acreditar que la producción del daño fue el resultado

278 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1 de octubre de 2014. MP: Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 42256.

279 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de octubre de 2015. MP: Arial Salazar Ramírez, Rad. 73411-31-03-001-2009-00042-01.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

de una causa extraña (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima), pues, en estos supuestos, no existiría nexo de causalidad entre el hecho que se reprocha y el resultado lesivo, lo que hace que ni el ente moral, ni su dependiente, deban responder por este concepto²⁸⁰.

Para sintetizar lo expuesto, proponemos los siguientes ejemplos:

- A es conductor de la empresa de transporte Z. En ejecución de sus labores, A ocasiona unas lesiones personales culposas a un peatón, y es condenado penalmente por dicho delito.
- B es trabajador de la empresa C, y se desempeña como guarda de seguridad en un conjunto residencial. B se organiza con otros sujetos y, en medio de su turno, contribuye a la realización de un hurto en uno de los apartamentos del edificio en el que labora, razón por la que es condenado penalmente.
- D trabaja en el banco J como cajero. D, al recibir el dinero de los clientes, no lo ingresa al sistema de la entidad financiera, sino que se apodera del mismo, con el fin de lucrarse. D, por estos hechos, es condenado penalmente.

En estos casos, tanto los implicados (A,B y D) como las personas jurídicas para las que éstos trabajan (Z,C y J) podrán ser convocados al IRI para que indemnicen, de forma solidaria, los perjuicios que se occasionaron al peatón (ejemplo 1), a los dueños de los elementos hurtados (ejemplo 2), y a los clientes que perdieron sus recursos (ejemplo 3). Como se anotó, estas empresas (la de transporte, la de seguridad, y la financiera) solo podrán exonerarse de responsabilidad si demuestran una causa extraña, más no podrán hacerlo si alegan que fueron diligentes al escoger y supervisar a sus subordinados.

Ahora bien, desde un punto de vista procesal, y retomando el contenido literal del artículo 107 del CPP, la citación a los terceros civilmente responsables deberá hacerse en la primera audiencia del IRI, con el propósito de que estos actores puedan ejercer su derecho a la defensa durante todo el trámite, y su convocatoria solo podrá concretarse a solicitud de la víctima, del condenado, o del defensor de éste, lo que implica que el juez no podrá hacer dicha vinculación de oficio, o por petición de otro sujeto procesal distinto a los ya mencionados²⁸¹.

280 TAMAYO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil* (Vol. II). Colombia: Legis, 2007, "la causa extraña es el efecto irresistible y jurídicamente ajeno al deudor o agente causante del daño. Constituyen causa extraña la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima" p. 58. Al respecto, ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 26 de mayo de 2021, MP: Armando Wilson Quiroz. Rad. 11001 que la exoneración de la responsabilidad no se desvanece demostrando la ausencia de culpa "sino el rompimiento del nexo causal entre esta y el daño, debido a una causa extraña como la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima".

281 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de noviembre de 2016. MP: Gustavo Enrique Malo Fernández, Rad.49015. En esta decisión, la Corte precisa: "(...) las únicas condiciones que la normatividad establece para que la sentencia surta efectos en relación con los terceros civilmente responsables, es que su presencia sea demandada por las víctimas o sus apoderados en la audiencia de apertura del trámite del incidente, y que sean debidamente citadas para que comparezcan (artículos 102 y 107) (...)".



2.4. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y DE ANÁLISIS

Es en este punto en el quisiéramos detenernos. En efecto, hemos observado que, en la práctica judicial, la vinculación de las personas jurídicas como terceros civilmente responsables ha desbordado la naturaleza del IRI en materia penal, motivo por el que se hace imperioso volver a los fundamentos de esta institución para entender su verdadero alcance y limitaciones.

Sobre la vinculación del tercero civilmente responsable al IRI, la Corte Constitucional, en Sentencia C-250 de 2011, indicó:

En este sentido, en virtud de la función que desempeña el tercero civilmente responsable, la decisión que le afecta y en la cual se considera constitucionalmente legítima su participación, es aquella que surja como consecuencia del incidente de reparación integral, toda vez que es en este momento procesal en el que partiendo de la responsabilidad penal del condenado, -requisito sine qua non para que el tercero deba responder por el hecho ajeno- se da su participación mediante: i) la determinación de su relación para con el condenado, ii) la determinación de su obligación de reparar a la víctima; iii) el señalamiento del tipo de perjuicio y iv) la fijación del tipo de indemnización y su cuantía, la cual culminará con la sentencia que pone fin al incidente²⁸².

Esto significa que el presupuesto del IRI, es decir, lo que se va a debatir en esta instancia, parte, necesariamente, de los hechos y consideraciones jurídicas que integran la sentencia de condena. Por tanto, en el IRI no se pueden discutir circunstancias fácticas que no hicieron parte de la decisión que puso fin al proceso, pues ello implicaría incluir asuntos respecto de los cuales no se tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa durante el trámite de la actuación penal original.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

Afirma la Sala en esta oportunidad que el incidente de reparación integral es dependiente de los resultados del proceso penal, en tanto el mismo solo puede ejercitarse en caso de que éste culmine con sentencia condenatoria y, en consecuencia, declarada la responsabilidad penal, la civil se deduce de aquella por manera que el debate en el incidente de reparación integral se centra en la acreditación del daño y su cuantificación, siendo la labor del juez penal la de declarar la existencia del perjuicio y decidir sobre el monto de la indemnización cuya fuente es el delito.

El procedimiento incidental que prevé la Ley 906 de 2004 a partir de su artículo 102 debe tener como propósito definir la ocurrencia del daño y su estimación pecuniaria, más no su fuente, por cuanto en la sentencia

282

Corte Constitucional, sentencia C-250 de 6 de abril de 2011, MP: Mauricio González Cuervo.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

ya se declaró la comisión del delito y la responsabilidad en cabeza del procesado, quien a su vez ostenta la condición de demandando en el incidente, puesto que la propia ley sustancial impone al penalmente responsable la obligación de indemnizar²⁸³. (Énfasis propio).

Por lo anterior, en el IRI solo se definirán las consecuencias civiles de los hechos que sirvieron de fundamento para el proferimiento de la sentencia de condena. Ello, sin perjuicio de que el afectado decida acudir a otras jurisdicciones (la civil o la contencioso administrativa) para hacer valer circunstancias adicionales que no fueron tenidas en cuenta en el proceso penal, pero que, a su juicio, sí generarían la obligación de reparar el daño. Vale señalar que, en este evento, si el interesado acude a otras jurisdicciones, no podrá tramitar el IRI, en la medida en que no puede pretender el pago de la indemnización de perjuicios en dos procesos que adelanta en paralelo²⁸⁴.

Al margen de esto último, y retomando el hilo, lo importante es que el fundamento fáctico del IRI sea el mismo que aparece consignado en la sentencia condenatoria para evitar, con ello, que se discutan aspectos que corresponden a otras jurisdicciones o que no están relacionados con las consecuencias del delito que fue objeto de acusación y condena.

Dos ejemplos para concretar lo expuesto:

Producto de una riña ocurrida en una propiedad horizontal, A causa lesiones personales dolosas a B. Después de tramitado el proceso, A es condenado por este delito. En consecuencia, B inicia el IRI y, en el curso de éste, solicita la vinculación de la propiedad horizontal porque, a su juicio, la administración del edificio no fue diligente al momento de prevenir la riña.

En este caso, la vinculación de la propiedad horizontal (como tercero civilmente responsable) sería improcedente por dos motivos. Primero, porque no existe ninguna clase de relación de dependencia o subordinación entre A y la copropiedad. Por ello, ésta no debe sufragar los perjuicios ocasionados por aquél. Y segundo, porque, de cualquier forma, la circunstancia de si la copropiedad, a través de sus agentes, actuó de forma diligente no hizo parte de los hechos jurídicamente relevantes de la condena y, en esa medida, no pueden ser objeto de discusión ahora en la instancia del IRI.

El segundo ejemplo es este: un grupo terrorista pone una bomba en una instalación petrolera. Como consecuencia del estallido del artefacto, el crudo se sale del sitio donde estaba almacenado y ello causa contaminación en una fuente hídrica del sector. Tramitado el proceso, se condenó al

²⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 10 de mayo de 2016. MP: Fernando Alberto Castro Caballero, Rad. 36784.

²⁸⁴ Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de junio de 2017. MP: Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 47446.



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

grupo terrorista por el delito de contaminación ambiental en modalidad de dolo de consecuencias necesarias. La comunidad del sector inicia el IRI y, ante la imposibilidad de ubicar los autores materiales del hecho, solicitan la vinculación de la empresa petrolera, argumentando que el ataque terrorista era previsible y que, por ende, hubo un actuar negligente de parte de ésta.

En este evento, la vinculación de la empresa petrolera (como tercero civilmente responsable) también sería improcedente por las mismas razones ya desarrolladas. Primero, porque no existe relación de dependencia o subordinación entre ésta y los autores materiales del hecho. Y segundo, porque la consideración de si el ataque terrorista era previsible o no, y si de ello se puede derivar alguna clase de responsabilidad, no fue objeto de debate y pronunciamiento en la sentencia de condena y, en ese sentido, tampoco podría ser un tema a abordar en el IRI.

En conclusión, en el trámite del IRI, y respecto de la vinculación del tercero civilmente responsable, el Juez de Conocimiento siempre debe verificar: (i) la relación entre el condenado y la compañía convocada (en particular, si se dan los presupuestos de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, explicada arriba); y (ii) que los hechos que se estén planteando coincidan con los de la sentencia de condena, con el fin de no exceder el propósito de este Incidente.



3. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

Consecuencias jurídicas del delito para la empresa		
Consecuencia Penal	¿Qué medidas permite imponer el juez según el art. 91 del CPP?	Para tener en cuenta...
Suspensión o cancelación de la personería jurídica y/o los establecimientos de comercio	<p>Medidas provisionales</p> <p>La suspensión de la personería jurídica de la empresa que fue utilizada para la comisión del delito.</p> <p>El cierre transitorio de los establecimientos de comercio</p> <p>Medidas definitivas</p> <p>La cancelación de la personería jurídica de la empresa que fue utilizada para la comisión del delito.</p> <p>El cierre definitivo de los establecimientos de comercio</p>	<ul style="list-style-type: none">● En virtud de los principios de autorresponsabilidad, prohibición de responsabilidad objetiva y principio de legalidad, debe apelarse a un análisis de ponderación a efectos de revisar la posibilidad de imponer este tipo de medidas.● No en todos los escenarios de comisión de conductas delictivas en el ámbito de la empresa se ajusta esta medida a los principios de proporcionalidad e intervención mínima.● Dados los efectos e impacto de estas medidas respecto de derechos de terceros ajenos al escenario de responsabilidad penal, resulta necesario realizar una interpretación restrictiva, residual y excepcional de la figura.
Consecuencia Civil	¿Cómo procede dentro del proceso penal?	Para tener en cuenta...



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Responsabilidad civil derivada del delito	El delito, como hecho generador de daños, deriva en la posibilidad del perjudicado (victima) de requerir la reparación de los perjuicios sufridos, lo cual procede a través del IRI, ante el Juez penal de conocimiento.	<ul style="list-style-type: none">El límite material del IRI es la sentencia condenatoria.La ley civil rige el debate de responsabilidad civil derivada del delito
---	--	---

4. ESTRATEGIAS EVALUATIVAS

1. A la hora de determinar la sanción aplicable a la delincuencia dentro del ámbito empresarial deberá tenerse en cuenta: (lista de chequeo)

- Forma de criminalidad: empresa creada para cometer delitos, comisión para generar beneficios, conductas punibles desplegadas por administradores, empleados que cometen delitos en desarrollo de sus actividades, producción de resultados lesivos en el giro ordinario de las actividades de la empresa.
- Principio de proporcionalidad.
- Juez competente.

2. La empresa podrá ser vinculada como tercero civilmente responsable al interior del proceso penal **porque** el delito es una de las fuentes de las obligaciones civiles y debido a esto la obligación de indemnizar está ubicada secundariamente en aquellas personas llamadas a responder por las consecuencias del punible cometido.

- Ambas afirmaciones son verdaderas y la segunda es la razón de la primera.
- Ambas afirmaciones son verdaderas pero la segunda no es la razón de la primera.
- Solo la primera afirmación es verdadera.
- Solo la segunda afirmación es verdadera.
- Ninguna de las afirmaciones es verdadera.



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

3. Respecto al Incidente de Reparación Integral es incorrecto afirmar que:

- a. Su razón de ser parte del hecho de que el delito es generador de obligaciones civiles.
- b. Es el vehículo indicado para solicitar la indemnización de perjuicios que se dieron en el marco de una conducta punible que está siendo discutida en el ámbito del proceso penal.
- c. Para solicitar la indemnización a través de este es necesario contar con una sentencia de condena en firme en materia penal.
- d. Debido a que tiene como fundamento una sentencia en el ámbito penal no cuenta con términos perentorios ya que el tema en cuestión ya fue decidido por un juez de conocimiento.
- e. Estará limitado por aquello decidido en la sentencia condenatoria.



UNIDAD 4: ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES

UNIDAD 4	ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES
OG	Identificar algunos aspectos procesales relevantes en materia de actos de investigación, sistema de fueros y mecanismos de terminación anticipada del proceso en el marco de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa
OE	<ol style="list-style-type: none">1. Estudiar el control judicial que debe efectuarse a los actos de investigación de la Fiscalía en el contexto de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa.2. Analizar algunas causales del principio de oportunidad y su utilidad en el contexto de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa.3. Especificar el sistema de fueros que le es aplicable a algunos funcionarios públicos, con el fin de que haya una correcta asignación de competencia en el caso concreto.
COMPETENCIA ESPECÍFICA	Desarrollar conocimientos y habilidades para la adecuada identificación de los actos de investigación pertinentes para los casos de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa, los principales retos en materia de práctica probatoria y la aplicación de figuras procesales tendientes a la terminación anticipada de la actuación penal.

En esta unidad estudiaremos tres instituciones procesales que consideramos son de relevancia y utilidad para tratar la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa en nuestro sistema jurídico. Estas instituciones son: (i) el control judicial a las labores de investigación de la Fiscalía en este tipo de criminalidad; (ii) el principio de oportunidad como una herramienta satisfactoria para abordar esta clase de responsabilidad; y (iii) el sistema de fueros como una forma de tener claridad sobre la autoridad que deberá investigar y juzgar a las personas que estén involucradas en esta tipología de delitos.

Profundizar en estos tres temas se justifica para poder fortalecer: (i) el control que ejercen los jueces respecto de los posibles excesos de la fiscalía en sus labores de recaudo probatorio; (ii) el aumento en la aplicación, y aprobación, del principio de oportunidad para buscar salidas alternativas



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

que solucionen el problema creado con el delito sin necesidad de llegar al final del proceso (congestionando aún más al sistema de justicia); y (iii) el conocimiento sobre los fueros aplicables para concretar asignaciones adecuadas de competencia a efectos de prevenir nulidades.

1. EL CONTROL JUDICIAL A LAS ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN DE LA FISCALÍA

Del contenido del artículo 250 de la Constitución Política y del artículo 144 del CPP, se desprende que la Fiscalía, en general, tiene la obligación de investigar los hechos que revisten las características de un delito. Para ello, tiene la facultad de realizar varios actos de recaudo probatorio, los cuales, de implicar la afectación de derechos fundamentales, deben contar con una autorización (previa o posterior, o ambas) de un Juez de Control de Garantías, cuyo papel, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consiste en:

Con la entrada en vigencia del sistema de procesamiento penal de tendencia acusatoria, introducido mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, y desarrollado en la Ley 906 de 2004, la labor de protección a la intimidad y los demás derechos de los afectados con los procedimientos policiales de investigación fue conferida al Juez de Control de Garantías. Concebido como una salvaguarda para los derechos de las partes y, en especial, del procesado, el Juez de Garantías responde al principio de necesidad de supervisar el respeto por las garantías constitucionales en el marco de un eficaz desenvolvimiento de las investigaciones, del propósito de conjurar excesos y medidas desproporcionadas, irrazonables e innecesarias y de dotar de corrección sustantiva el procedimiento²⁸⁵.

Esto significa que si bien la Fiscalía es autónoma en el desarrollo de sus indagaciones, tal atribución no es absoluta, precisamente porque, cuando el acto de investigación involucra derechos fundamentales, el mismo debe ser avalado por un Juez de Control de Garantías, quien debe verificar que la labor de recaudo probatorio sea necesaria, racional y proporcional. Ello para evitar excesos del ente acusador en el desarrollo de sus averiguaciones tendientes a acreditar la comisión de un delito y su autor.

Para aterrizar lo anterior, y con el fin de contrastar las labores de investigación que podría ordenar la Fiscalía en el contexto de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa con los controles que podría ejercer



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

el Juez de Garantías en estos escenarios, retomamos la metodología que desarrollamos en la unidad 2 de este módulo, en la que sugerimos una serie de pasos para el adecuado entendimiento de un caso que se relacione con la responsabilidad penal a la que nos estamos refiriendo. Dicha metodología se resumen en el siguiente cuadro:

Criterio	Explicación
Identificación del resultado dañoso para el bien jurídico.	Se trata de constatar, en concreto, qué fue lo que lesionó o puso en peligro el bien jurídico tutelado.
Conocimiento de la estructura de la empresa (perspectiva formal).	Definir cuál es la naturaleza jurídica de la empresa (pública o privada, por ejemplo), y cómo está organizada (a través de organigramas o los manuales de cumplimiento de la misma).
Conocimiento de la estructura de la empresa (perspectiva material).	Constatar si, en la práctica, la empresa está organizada y funciona como dicen sus manuales o protocolos, o si hay desviaciones en este sentido.
Identificación del ámbito de la organización con incidencia en la producción del resultado lesivo.	Como quiera que en la empresa no todas las áreas se encargan de todos los procesos, es importante establecer qué área estaba a cargo de los hechos que produjeron el resultado lesivo.
Identificación de los sujetos que, en concreto, intervinieron, de alguna manera, en la producción del resultado lesivo.	Una vez definida el área o áreas encargadas del proceso respectivo, establecer qué personas intervinieron en el mismo.
Análisis de la conducta de cada sujeto en particular para establecer.	Definida el área y los sujetos que intervinieron, estudiar la conducta de cada sujeto en particular para determinar si debe responder penalmente o no, aplicando los criterios dogmáticos ya explicados en acápitulos anteriores.

Así las cosas, en estos contextos, la investigación judicial no debe concentrarse, únicamente, en la verificación del resultado lesivo que se produjo, ni en constatar quién es el representante legal de la empresa. Como vimos, es necesario investigar, también: (i) qué tipo de compañía es;



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

(ii) cómo funciona formal y materialmente; (iii) qué áreas y qué personas estaban encargadas del ámbito de la organización en el marco del cual se produjo el resultado de interés; y (iv) cuál fue la incidencia de los sujetos que estaban a cargo del resultado objeto de reproche. Y, a partir de allí, se podrá adelantar el análisis de atribución de responsabilidad penal que corresponda, bajo las estructuras de acción, omisión, dolo e imprudencia.

Como se sabe, la Fiscalía cuenta con múltiples mecanismos de investigación para esclarecer la relevancia penal de los hechos que están bajo su conocimiento. Entre ellos, encontramos:

- Inspección del lugar del hecho (art. 213 CPP).
- Entrevistas (art. 206 CPP).
- Declaraciones juradas (art. 347 CPP).
- Interrogatorios (282 CPP).
- Búsqueda selectiva en bases de datos públicas y/o privadas (art. 244 CPP).
- Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones (art. 236 CPP).
- Registros y allanamientos (art. 219 CPP).
- Interceptación de comunicaciones (art. 235 CPP).

En su mayoría, estos actos de indagación implican afectaciones a derechos fundamentales de terceras personas. Por tanto, la Fiscalía debe garantizar que, cuando acuda a los mismos, cumpla con los parámetros del principio de proporcionalidad, con el fin de que la limitación al derecho fundamental comprometido esté debidamente justificada²⁸⁶ y, por esa vía, el Juez de Garantías avale la ejecución (y/o resultados) de la actividad respectiva.

Lo anterior es de la mayor relevancia, pues, dependiendo del caso específico, el Fiscal tendrá la carga argumentativa y probatoria de motivar (ante el Juez de Control de Garantías) por qué el acto de investigación seleccionado es adecuado, necesario y proporcional respecto de las demás técnicas de indagación que tiene a su disposición²⁸⁷.

En otras palabras, el Fiscal tendrá que acreditar ante el Juez de Garantías que el acto de investigación seleccionado es imprescindible para alcanzar la finalidad propuesta sin que exista otro medio menos gravoso para lograr dicho propósito.

²⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-014 de 14 de marzo de 2018, MP: Diana Fajardo Rivera.

²⁸⁷ Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 9 de mayo de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Este ejercicio es muy importante, ya que el Fiscal, antes de ordenar la actividad investigativa, deberá preguntarse si no existe otra medida menos gravosa que satisfaga el objetivo que se persigue. Por ejemplo, si se trata de una empresa que, generalmente, ha respondido, integral y oportunamente, las solicitudes de la Fiscalía y ha colaborado con el esclarecimiento de los hechos, frente a ella no sería necesario practicar una diligencia de registro y allanamiento, esencialmente porque bastaría con una búsqueda selectiva en bases de datos, en la que se solicite la información puntual que se requiere. En este caso, entonces, el registro y allanamiento no sería una medida necesaria, por cuanto existe otro acto investigativo (menos invasivo) que cumple con el mismo propósito. Y ello sería suficiente para que el Juez de Control de Garantías, en la audiencia del artículo 237 del CPP, considere la posibilidad de decretar la ilegalidad de dicha orden de allanamiento.

Esta ponderación debe hacerse caso a caso, y no hay una fórmula estándar para su aplicación. Sin embargo, el llamado es a que el Juez de Control de Garantías se asegure de que la Fiscalía está haciendo un uso racional y ponderado de las actividades de investigación que tiene a su disposición, con el fin de lograr un equilibrio entre: (i) la afectación (justificada) de derechos fundamentales; y (ii) la necesidad de recaudar elementos de prueba para esclarecer los hechos que se indagan.

Ahora bien, a efectos de exemplificar las actividades de investigación que podrían concretarse en un caso de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa (y contrastarlo con los controles que podría ejercer el Juez de Garantías en esta materia), planteamos el siguiente supuesto: A es una empresa agrícola y, para la fumigación de sus cultivos, vertió en los mismos una sustancia química presuntamente prohibida que generó contaminación en una de las fuentes hídricas de la zona. Para esclarecer esta situación, la Fiscalía podría:

Criterio	Acto de investigación/ acción
Identificación del resultado dañoso para el bien jurídico	Inspección al lugar de los hechos para determinar, junto con un perito experto, qué sustancia fue vertida y si hubo afectación a la fuente hídrica. Además, identificar, junto con la autoridad ambiental de la zona (las Corporaciones Autónomas, por ejemplo), si la sustancia respectiva está prohibida o no.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Conocimiento de la estructura de la empresa (perspectiva formal).	<ul style="list-style-type: none">● Búsqueda selectiva en bases de datos públicas. Solicitar información a la Cámara de Comercio sobre el acta de constitución de la empresa, documento que, por hacer parte del registro mercantil, es de carácter público (art. 26 CCO). Con este instrumento, se determinará la naturaleza jurídica de la compañía.● Búsqueda selectiva en bases de datos privadas. Solicitar información del organigrama de la empresa, los responsables de los procesos de fumigación al interior de la misma, y los datos de identificación y ubicación de éstos para poder citarlos con posterioridad.
Conocimiento de la estructura de la empresa (perspectiva material).	<ul style="list-style-type: none">● Entrevistas a trabajadores de la empresa para determinar el funcionamiento de ésta en la práctica.
Identificación del ámbito de la organización con incidencia en la producción del resultado lesivo.	<ul style="list-style-type: none">● Entrevistas a trabajadores de la empresa para establecer cuál era el área encargada de los procesos de fumigación.
Identificación de los sujetos que, en concreto, intervinieron, de alguna manera, en la producción del resultado lesivo.	<ul style="list-style-type: none">● Entrevista a la persona que fue contratada para verter el producto químico para que indique quién lo contrató y quién estuvo pendiente de la ejecución de esta labor.● Búsqueda selectiva en bases de datos privadas, o inspección con fines de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, con el fin de recuperar los correos electrónicos de los trabajadores de relevancia para el período en el que ocurrieron los hechos.
Análisis de la conducta de cada sujeto en particular para establecer.	<p>Con la información recaudada, analizar:</p> <ul style="list-style-type: none">● Quién tenía a cargo la labor de fumigación.● Quién dio la orden de que el producto adquirido fuera vertido en los cultivos.● Qué otra dependencia de la empresa tenía conocimiento de estos hechos.● ¿Dicho personal tenía conocimiento de que esta sustancia era prohibida?



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Partiendo del supuesto de que, en este caso, la empresa atendió en debida forma las inspecciones judiciales y los requerimientos de información, ello haría que, por ejemplo, unas órdenes de registro y allanamiento fueran innecesarias, pues resultaría excesivo que, frente a una compañía que ha entregado todo lo que se ha solicitado de manera oportuna y transparente, se ingrese al domicilio de ésta para recaudar unas evidencias que, ciertamente, se pudieron haber obtenido a través de un medio menos lesivo e invasivo.

Adicionalmente, y en el evento hipotético de que, en el caso propuesto, sí fuese necesario ejecutar una orden de registro y allanamiento, es importante que el Juez de Control de Garantías, en la audiencia respectiva, verifique que los elementos que fueron objeto de recaudo sí tengan relación con los hechos que se indagan, con el propósito de evitar que se afecte de forma desmedida la intimidad y el habeas data de la compañía. En efecto, y volviendo al ejemplo inicial, no tendría sentido que la Fiscalía incaute toda la contabilidad de la empresa agrícola, cuando, en realidad, se está investigando un vertimiento específico en una fuente hídrica. Y no tendría sentido porque, para determinar la relevancia penal del vertimiento, no se requiere analizar la historia contable de la compañía, ya que son asuntos completamente distintos.

Finalmente, quisiéramos llamar la atención en que el Juez de Garantías, por sus atribuciones constitucionales y legales, también debe verificar que el acto de investigación, en su ejecución, respete los principios de proporcionalidad e intervención mínima. Se eleva esta afirmación porque hemos advertido que, por ejemplo, en la práctica, se presentan casos en los que, en el contexto de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa, se ordenan diligencias en las que la Fiscalía despliega todo un operativo como si se tratara de la desestructuración de una verdadera organización criminal, cuando se podrían adoptar esquemas menos invasivos para lograr el mismo objetivo. A este respecto, y sobre la medida con la que debe actuar la Fiscalía en esta clase de situaciones, la Corte Suprema de Justicia ya ha dispuesto:

Pese a ello, la Sala encuentra apropiado el exhorto efectuado por el Tribunal de primer grado a la Fiscalía Trece Especializada de Extinción de Dominio y a la S.A.E. a fin de que en próximas diligencias se realice un estudio previo sobre la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad del acompañamiento de la fuerza pública en diligencias judiciales a su cargo y de esta manera se evite el acompañamiento y uso excesivo de la fuerza militar en eventos que no revisten necesidad, ni proporcionalidad, como en este caso²⁸⁸.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Aunque la Corte en esta decisión abordó un proceso distinto al penal, lo cierto es que deja claro que, para la ejecución de diligencias judiciales, la Fiscalía debe hacer un estudio sobre la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad del acompañamiento de la fuerza pública a esta clase de asuntos para evitar excesos en los mismos, circunstancia sobre la que, a propósito, también debería ejercer control el Juez de Garantías, con el propósito de asegurar la corrección sustantiva de las actuaciones que se despliegan al interior del proceso penal en materia de investigación.

De lo expuesto se concluye, entonces, que la Fiscalía debe respetar el principio de proporcionalidad tanto en la emisión como en la ejecución de las órdenes de investigación que profiere, y si no lo hace, será el Juez de Control de Garantías el llamado a verificar dicha situación para tomar las medidas que correspondan para asegurar la legalidad de los procedimientos efectuados.

2. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Debido a las estructuras jerarquizadas que caracterizan a las empresas, los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal cobran utilidad en el marco de la responsabilidad en el que estos entes morales están relacionados. En especial, nos referimos al uso preferente del principio de oportunidad²⁸⁹. Esto porque permite la renuncia a la persecución penal por razones de política criminal, las cuales están asociadas a: (i) la reparación del daño ocasionado; (ii) la desestructuración de organizaciones criminales; y (ii) servir como testigo para la judicialización efectiva de coprocesados.

Estas causales están contempladas en el artículo 324 del CPP, y las mismas, en términos sencillos, implican:

Causal No. 1- Indemnización integral: en este caso, la renuncia de la acción penal procede porque a pesar de haberse cometido los delitos, se repara integralmente a la víctima.

Causal No. 4- Entrega de información: bajo este supuesto, el imputado o acusado le entrega a la Fiscalía información que permite la desarticulación de una organización criminal.

Causal No. 5- Rendir testimonio: esta causal del principio de oportunidad da paso a que el imputado o acusado rinda su testimonio en contra de otros procesados. En este caso, para que cese la acción penal, es necesario cumplir materialmente con la declaración.

Eugenio Corredor Beltrán. Rad. 120872.

289 La Corte Constitucional en sentencia del 25 de junio de 2014 con MP Jorge Iván Palacio Palacio precisó "el principio de oportunidad es una institución nuclear del sistema penal de tendencia acusatoria que consiste en la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, atendiendo diversos factores inmersos en la política criminal del Estado. Constituye una excepción a la regla general que recae sobre la fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito, siempre que tengan suficientes motivaciones y circunstancias fácticas que permitan advertir la existencia del mismo".



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Estas tres causales son de utilidad en el tipo de responsabilidad que se estamos abordando:

La primera (indemnización) porque puede ayudar a solucionar casos en los que, si bien se generó la afectación a un bien jurídico, resulta más provechoso la reparación económica a la víctima que continuar con la investigación penal. Por ejemplo, en un supuesto de delito ambiental²⁹⁰, en el que se logró controlar el daño al medio ambiente, y en el que la empresa acordó con la comunidad afectada el pago de una suma de dinero a título de indemnización, ello resulta ser una salida satisfactoria, por cuanto reporta mayores beneficios (la solución del conflicto que motivó la apertura del proceso penal), y evita que el Estado se desgaste en una investigación penal en el que las partes involucradas ya no estarían interesadas.

La segunda (entrega de información), resulta relevante en los eventos en los que una empresa fue creada y está siendo utilizada, en su conjunto, para cometer delitos. Sería el caso de una compañía que se dedica a hacer urbanizaciones ilegales para después quedarse con el producto de la venta de los terrenos, y no responderles finalmente a sus clientes. En este supuesto, el principio de oportunidad podría funcionar para que uno de los partícipes aporte información con miras a la desestructuración de esa organización que está cometiendo los punibles ya mencionados.

La tercera (rendir testimonio respecto de un coprocesado), también es útil para supuestos en los que, en una estructura jerárquica de comisión de conductas delictivas, la Fiscalía no cuente con mayores insumos para vincular a los máximos responsables de estos delitos. En este caso, si un empleado de rango inferior tiene información relevante sobre su superior, esta alternativa podría funcionar para que cese la comisión de conductas delictivas y para que los sujetos con mayores rangos en la empresa respondan penalmente.

Por último, las formas de terminación anticipada del proceso no solo son adecuadas para lograr los fines de la actuación, sino también son pertinentes porque, en muchas ocasiones, la presión que genera la investigación penal en contra de una empresa puede llegar a ser de tal magnitud que podría implicar su parálisis, lo que podría generar el cese de una actividad productiva y, lo que es peor, la afectación a clientes, empleados, proveedores, acreedores, entre otras.

²⁹⁰ Se hace referencia a este supuesto en el marco de un delito ambiental, porque la causal 13 del principio de oportunidad también aplica para bienes jurídicos colectivos cuando se verifica la reparación integral de los daños ocasionados con la conducta.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En este sentido, conviene acudir a estas formas de terminación anticipada (como lo es el principio de oportunidad), con el fin de satisfacer la orientación político criminal de nuestro sistema jurídico (la solución del conflicto y la prevención del delito), y al mismo tiempo, evitar que la presión del proceso penal termine por acabar con la persona jurídica, lo cual tendría serios impactos en términos de productividad y empleo.

3. ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL Y SISTEMA DE FUEROS

3.1. JUSTIFICACIÓN

Como se anticipó, los criterios de atribución de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa no solo son aplicables a las sociedades mercantiles; también son aplicables a las entidades públicas, en la medida en que, entre unas y otras, comparten similitudes en su estructura, división de funciones y asignación de tareas. Por ello, y con el propósito de que sirva como guía, se han elaborado las siguientes consideraciones para precisar cómo varía la competencia de investigación y juzgamiento de aquellos servidores públicos que podrían resultar involucrados en este tipo de actuaciones penales.

3.2. FUEROS

La definición de la competencia (esto es, la posibilidad de conocer qué órgano tiene a su cargo el conocimiento de cierta causa) se basa en distintos criterios. Ordinariamente se fundamenta en la naturaleza y la gravedad del delito²⁹¹. Sin embargo, en algunas ocasiones, puede asentarse en la calidad que ostenta el individuo que será investigado y juzgado. Estas reglas especiales para la definición de la competencia se denominan *fueros*²⁹².

En nuestro ordenamiento procesal penal pueden encontrarse dos clases de *fueros* si se parte de la fuente de la que provienen: los *fueros constitucionales* y los *fueros legales*. Los primeros, como lo indica su nombre, están previstos en la Constitución Política²⁹³, mientras que los segundos están contenidos en el Código de Procedimiento Penal²⁹⁴. Estos *fueros*, en concreto, son los siguientes:

291 Código de Procedimiento Penal, artículos 35, 36 y 37.

292 Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, p. 67, "En algunos casos, la ley introduce alteraciones en relación con las reglas de competencia ordinaria o por razón de la materia estableciendo que las causas por delito seguidas contra ciertas personas deban ser falladas por determinados órganos judiciales. Es lo que se conoce con el término de *aforamiento*".

293 Constitución Política, artículos 174, 186 y 235.

294 Código de Procedimiento Penal, artículos 33 (numeral 2) y 34 (numeral 2).



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

3.2.1. Fueros constitucionales

- *El juzgamiento del presidente de la República está a cargo de la Corte Suprema de Justicia²⁹⁵. La posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia asuma el conocimiento de un proceso penal que se surte contra el presidente de la República tiene distintos requisitos. El primero de ellos es que la Cámara de Representantes presente ante el Senado de la República la acusación²⁹⁶. El segundo, por su parte, es que el Senado acepte la acusación que fue presentada por la Cámara de Representantes²⁹⁷. El tercero de ellos, por último, consiste en que el Senado establezca si existe lugar o no a que se continúe con la causa. Sólo en los eventos en que considere que sí existe mérito el proceso será remitido a la Corte Suprema de Justicia.*
- *El juzgamiento de (i) los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, (ii) los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y (iii) el Fiscal General de la Nación está a cargo de la Corte Suprema de Justicia²⁹⁸. En este caso tienen que acreditarse los mismos requisitos que se explicaron al abordar el fuero con el que cuenta el presidente.*
- *La investigación y el juzgamiento de los miembros del Congreso está a cargo de la Corte Suprema de Justicia²⁹⁹. La competencia para investigar los delitos cometidos por senadores y representantes a la cámara está en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. Esta misma entidad tiene a su cargo adelantar el juzgamiento de estos aforados cuando sean acusados por la sala encargada.*
- *El juzgamiento del Vicefiscal y los delegados ante la Corte, Vicepresidente, Ministros del Despacho, Procurador General de la Nación, Agentes del Ministerio Público ante la Corte, el Consejo de Estado y Tribunales, Directores de Departamentos Administrativos, Contralor General de la República, Embajadores y Jefe de Misión Diplomática o Consular, Gobernadores, Magistrados de Tribunales y Generales y almirantes de la Fuerza Pública está a cargo de la Corte Suprema de Justicia y su investigación es adelantada por la Fiscalía General de la Nación^{300 301}. La facultad de juzgar a los*

295 Constitución Política, artículos 174 y 235 (numeral 3). Código de Procedimiento Penal, artículos 32 (numeral 5).

296 Constitución Política, artículo 178 (numeral 3).

297 Constitución Política, artículo 175 (numeral 2 y 3).

298 Constitución Política, artículos 174 y 235 (numeral 3).

299 Constitución Política, artículos 186 y 235 (numeral 4).

300 Constitución Política, artículo 235 (numeral 5).

301 Aunque el numeral 6 del artículo del Código de Procedimiento Penal alude al «juzgamiento de los funcionarios a los que se refiere el artículo 235 numeral 4º de la Constitución Política», debe entenderse que en realidad se refiere al numeral 5 del artículo 235 de la Constitución Política, de acuerdo con su redacción actual. Lo anterior se debe a que —tras la reciente reforma constitucional— el numeral 4 —que se refería al Vicefiscal General, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, entre otros— pasó a ser el numeral 5, pero el Código de Procedimiento penal no fue modificado en ese aspecto.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

funcionarios que fueron referidos anteriormente está en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. El requisito para ello es que exista acusación que hubiere sido formulada por la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal.

3.2.2. *Fueros legales*

- *El juzgamiento del Viceprocurador, los Magistrados del Consejo Nacional Electoral y el Registrador Nacional del Estado Civil* está a cargo de la Corte Suprema de Justicia. La facultad de juzgar a estos funcionarios está en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. La investigación y la acusación, por su parte, están a cargo de la Fiscalía General de la Nación.
- *El juzgamiento de los Jueces municipales, Jueces del circuito, Jueces del circuito especializados, Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, Jueces de familia, Jueces penales militares, Procuradores provinciales, Procuradores grado I, Personeros distritales y municipales cuando actúan como agentes del Ministerio Público en la actuación penal y Fiscales delegados ante jueces penales del circuito, municipales o promiscuos* está a cargo de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. La facultad de juzgar a los funcionarios que fueron referidos anteriormente está en cabeza de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. La investigación y la acusación, por su parte, están a cargo de la Fiscalía General de la Nación.

El aforamiento en el caso colombiano, como puede verse, puede tener como consecuencia que la Corte Suprema de Justicia o los tribunales superiores de distrito judicial adelanten el juzgamiento de algunos funcionarios públicos.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

El sistema de fúeros constitucionales y legales, de acuerdo con lo expuesto, puede sintetizarse así:

Fúeros constitucionales				
Aforado	Ente que investiga	Ente que acusa	Ente que juzga	Fundamento legal o constitucional
Presidente de la República	Cámara de Representantes	Cámara de Representantes	Corte Suprema de Justicia	Constitución Política, artículos 174 y 235 (numeral 3). Código de Procedimiento Penal, artículo 33 (numeral 5).
Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. Miembros del Consejo Superior de la Judicatura. Fiscal General de la Nación.	Cámara de Representantes	Cámara de Representantes	Corte Suprema de Justicia	Constitución Política, artículos 174 y 235 (numeral 3). Código de Procedimiento Penal, artículo 33 (numeral 5).
Miembros del Congreso	Corte Suprema de Justicia	Corte Suprema de Justicia	Corte Suprema de Justicia	Constitución Política, artículos 186 y 235 (numeral 4). Código de Procedimiento Penal, artículo 33 (numeral 7).



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Vicefiscal General de la Nación y delegados ante la Corte Suprema de Justicia				
Vicepresidente de la República				
Ministros del Despacho				
Procurador General de la Nación				
Agentes del Ministerio Público ante la Corte, el Consejo de Estado y Tribunales	Fiscalía General de la Nación	Fiscalía General de la Nación	Corte Suprema de Justicia	Constitución Política, artículo 235 (numeral 5).
Directores de Departamentos Administrativos				Código de Procedimiento Penal, artículo 33 (numeral 6).
Contralor General de la República				
Embajadores y Jefes de Misión Diplomática o Consular				
Gobernadores				
Magistrados de Tribunales				
Generales y almirantes de la Fuerza Pública				



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Fueros legales				
Aforado	Ente investiga que	Ente acusa que	Ente que juzga	Fundamento legal o constitucional
Viceprocurador				
Magistrados del Consejo Nacional Electoral	Fiscalía General de la Nación	Fiscalía General de la Nación	Corte Suprema de Justicia	Código de Procedimiento Penal, artículo 33 (numeral 9)
Registrador Nacional del Estado Civil				

4. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

Otros aspectos procesales relevantes			
1. Control judicial a las actividades de investigación de la Fiscalía			
El control del Juez de Garantías se hace para cumplir con un uso racional (proporcional) de las actividades de investigación con el fin de hacer compatible: <ul style="list-style-type: none">○ La menor afectación de derechos fundamentales○ El recaudo adecuado de los elementos materiales probatorios para el esclarecimiento de los hechos.			
Forma de terminación	Causales	Utilidad en la responsabilidad en el ámbito de la empresa	



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Principio de oportunidad	Indemnización integral	Cuando resulte más provechoso la reparación económica a la víctima que continuar con la investigación penal.
	Aporte de información para desestructurar una organización criminal	Cuando aportar información es útil para desestructurar una organización dedicada a cometer delitos.
	Servir como testigo para la judicialización efectiva de coprocesados	Cuando la Fiscalía no cuente con mayores insumos para vincular a los máximos responsables del delito.

3. Sistema de fueros

Tipos de fuero	Resultan relevantes, ya que en el contexto de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa pueden resultar involucrados funcionarios a los que le es aplicable este sistema
Constitucional	Determinan la competencia de la autoridad que debe investigar y juzgar al funcionario público involucrado.
Legal	

5. ESTRATEGIAS EVALUATIVAS

1. Respecto a los actos de investigación adelantados en el proceso penal, es correcto afirmar que:
 - a. Implican afectaciones a derechos fundamentales y por tal razón la Fiscalía como ente acusador debe garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad a la hora de acudir a estos.
 - b. En tanto no todos implican un mismo nivel de afectación de derechos fundamentales el fiscal tendrá una carga argumentativa y probatoria diferenciada a la hora de acudir a uno u otro de los mecanismos dispuestos por la Ley.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

- c. Se debe realizar una ponderación con el fin de lograr la menor afectación de derechos posibles y el recaudo adecuado de los elementos materiales probatorios.
 - d. A y b son ciertas.
 - e. B y c son ciertas.
 - f. A y c son ciertas.
 - g. Todas son ciertas.
2. El principio de oportunidad permite la renuncia a la persecución penal por razones de política criminal.

Postulados:

- I. En virtud del principio de oportunidad se termina el proceso anticipadamente y se opta por no continuar con el ejercicio de la acción penal.
- II. El principio de oportunidad termina de forma anticipada el proceso en tanto se profiere una sentencia condenatoria de manera más célebre.
- III. El principio de oportunidad es una excepción a la regla general que recae sobre la Fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal.

Analice si:

- a. De la tesis se desprende el postulado I.
- b. De la tesis se desprende el postulado II.
- c. De la tesis se desprende el postulado III.
- d. De la tesis se desprenden los postulados I y III.
- e. De la tesis se desprenden los postulados II y III.
- f. De la tesis se desprenden los postulados I y III.

3. La competencia en el proceso penal será determinada en algunas ocasiones por la calidad que ostenta el individuo que será investigado y juzgado. **porque** en el ordenamiento procesal existe una categoría denominada "fkuero" en virtud de la cual las causas del delito ocasionado por ciertas personas deberán ser falladas por determinados órganos judiciales.

- a. La primera afirmación es cierta y es la razón de la segunda.
- b. La segunda afirmación es cierta y es la razón de la primera.
- c. Ninguna de las afirmaciones es cierta.
- d. Ambas afirmaciones son ciertas pero ninguna es razón de la otra.



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

BIBLIOGRAFÍA

ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio. En: Panorama 3 (7), 2013.

ABOSO, Gustavo Eduardo. Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Buenos Aires: IB de F, 2018.

ABRALDES Sandro, El delito imprudente y el principio de confianza, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2010.

ARAQUE, Diego, VÁSQUEZ, Esteban. Reflexiones sobre la delimitación entre autor y partícipe: pasado, presente y futuro. En: Nuevo Foro Penal, 91, 2018.

ARTAZA VARELA, Oswaldo. La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: Fundamentos y límites. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BACIGALUPO, Enrique, Derecho penal parte general, Argentina: Hammulabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, Temis, 1996.

BALCARCE, Fabián y BERRUEZO, Rafael. Criminal compliance y personas jurídicas. Buenos Aires: IB de F, 2016.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo y otros. Consecuencias jurídico penales en contra de personas jurídicas en Colombia, y políticas de prevención del delito en las empresas: Una mirada al modelo chileno. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014.

CANCIO MELIÁ Manuel y SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos en Gunther Jakobs: La imputación objetiva en derecho penal, Pamplona, 2016.

CASABIANCA-ZULETA Paola, Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos p. 131, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

CHANJAN DOCUMET, Rafael H. "Repercusiones jurídico penales del criminal compliance. A propósito de la regulación española", En: Nuevo Foro Penal, 95, 2020.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2000. nro. 44907. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (1, septiembre, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [en línea]. Santa fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial, 2004. nro. 45658. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#TITULO%20P.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 (5, diciembre, 2008). Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. [en línea]. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial. 2008. nro. 47194. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 (20, diciembre, 1995). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial 1995. nro. 42156. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html.

COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (16, junio, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 1971. nro. 33.339. Disponible en http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html : “Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Estas sociedades se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. El delito imprudente. Buenos Aires: IB de Fpp. 2005.

DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B Marín. Criminalidad de empresa: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

DIAZ-ARANDA Enrique, Imputación normativa del resultado a la conducta, en La imputación normativa del resultado a la conducta. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, Editores, 2004.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

DONNA Edgardo Alberto, El delito imprudente, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2012.

ENGISCH, Karl, La causalidad como elemento de los tipos penales, Argentina, Hammulabi, 2008.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia, "Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado, cómo eliminar un paso repetitivo en el análisis de la imputación objetiva al tipo", Revista penal, ISSN 1138-9168, N° 40, 2017.

FARALDO CABANA Patricia, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

FIERRO Guillermo Julio, Teoría de la participación criminal, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso y NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Manual derecho penal económico de la empresa. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

GLASER Julius, en *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Viena, 1858. (Reimpresión de Scientia Verlag Aalen, 1978.

GÓMEZ JARA, Carlos. "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2006.

GÓMEZ JARA, Carlos. Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Buenos Aires: IB de F, 2016.

GÓMEZ JARA, Carlos. La culpabilidad penal de la empresa . Madrid: Marcial Pons, 2005.

HANCCO, Aldo Cancina. Dogmática penal aplicada a cuestiones actuales del derecho penal económico y de la empresa. Perú: Grijley. 2016.

HEGEL, George, Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José, La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada, Revista de Derecho Penal y Criminología, ISSN 1132-9955, N° 17, 2006.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

JAKOBS, Günther La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza», Estudios de Derecho Penal. Madrid: UAM Ediciones & Civitas, 2016

JESCHECK, Hans. Tratado de derecho penal, parte general. P. 624. Granada: Comares. 2002.

KAUFMANN, Armin, “¿Atribución objetiva en el delito doloso?”, Revista Derecho Penal Central, 2(2), pp. 269–307 (Trabajo original publicado el 1 de marzo de 1985).

KAUFMANN, Armin, Die Dogmatik der Untelassungsdelikte, 1959.

KINDHAUSER, Urs, “Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 59, 2006.

KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA, Iñigo. Compliance y teoría del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LARRAURI, Elena, “Introducción a la imputación objetiva”, Revista Nuevo Foro Penal, No. 46, 1986.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Introducción a la imputación objetiva”, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. La Teoría de la Imputación Objetiva en Bolaños González, Mireya (comp.). Imputación Objetiva y Dogmática Penal. Bogotá, Universidad de Los Andes, 2005.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho penal: parte general. 3^a ed. Buenos Aires: IB de f, 2016.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, MARTÍN LORENZO, María, VALLE MARISCAL DEL GANTE. ”, en DERECHO PENAL INTRODUCCIÓN TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO Materiales para su docencia y aprendizaje, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012.

MARTÍNEZ, Carlos y PÉREZ, Bujan. Derecho penal económico y de la empresa: parte general. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. Derecho penal. Parte General, Buenos Aires: Marical Pons, 1995.

MAYER, Max Ernst. Derecho Penal, Parte General, trad. de Sergio Politoff, Buenos Aires, B de F, 2007.

MEINI Iván, El dominio de la organización en Derecho penal. Colección Derecho PUCP. Lima: Palestra Editores, 2008.

MEINI Iván, Responsabilidad penal de los empresarios por los hechos cometidos por sus subordinados. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. “La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización”, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 4, 2003.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”. En: Revista Derecho, N° 52 Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998-1999.

MIR PUIG, Santiago en Derecho Penal Parte General. Barcelona, Editorial Reppertor, 2016.

MIR PUIG, Santiago. Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención detección y reacción penal. Buenos Aires: IB de F, 2014.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (Convención de Palermo).

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en Transacciones comerciales internacionales (OECD).

PARRA, William J. Responsabilidad penal de la empresa multinacional: ¿filosofía o sociología de los derechos humanos? Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. La causalidad en el delito. Ciudad de México: Editorial Porrua, S.A, 1993.

PUPPE, Ingeborg, “Alabanza a la fórmula de la conditio sine qua non (Lob der Conditio-sine-qua-non Formel) Gotdammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 2010.

RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2019.

RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Compliance derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2019.

RESTON María Inés, Los delitos de infracción de deber ¿es admisible un doble criterio de determinación de autoría? Buenos Aires: B de F, 2014.

REYES ALVARADO, Yesid. Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana. Libro homenaje a Bernardo Gaitán Mahecha”, ediciones Legis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

REYES ALVARADO, Yesid., “El concepto de Imputación Objetiva” en Bolaños González, Mireya (comp.). Imputación Objetiva y Dogmática Penal, 2005.

REYES CUARTAS, José Fernando. “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, DPC, vol. XXV, N° 75, enero-junio, 2004.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Obras completas, tomo I, Bogotá, Temis, 1998.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal Español Parte General, 16^a ed., Madrid, Dykinson, 1993.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. Imputación de responsabilidad penal para la empresa. Montevideo: IB de F, 2015.

ROMERO FLORES Beatriz, en La Imputación objetiva en los delitos imprudentes. p. 267, Universidad de Murcia, 2001.

ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2000.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito p. 1006. Madrid: Civitas S.A. 1997.

ROXIN, Claus. María. Derecho Penal General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8^a ed., 2006.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética en los negocios y «compliance». Buenos Aires: Hammulabi, 2020.

SCHÜNEMANN, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Responsabilidad penal en el marco de la empresa dificultades relativas a la individualización de la imputación", trad. de Beatriz Spínola Tártalo, ADPCP, vol. 55, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. Montevideo: B de F Ltda, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María, "Deberes de los miembros de un Consejo de Administración". En: InDret, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, Madrid: Edisofer s.l., Buenos Aires: B de F, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y VARELA, Lorena. Criminalidad de empresa y compliance, Jesús María Silva Sánchez. Barcelona: Et. Al., Ed. Atelier, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles" En: Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Madrid: Edisofer, 2016.

STRATENWERTH, Günter, Derecho penal parte general. Buenos Aires: Hammulabi, 2008.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, La autoría en el actuar por otro en el Derecho Penal colombiano. Bogotá: Derecho Penal y Criminología 2004.



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDO SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría, 3^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

TAMAYO, Javier. Responsabilidad civil. Bogotá: Temis.

TERRADIILLOS BASOCO, Juan. Cuestiones actuales de derecho penal económico y la empresa. Perú: Ara Editores, 2010.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Fundamentos de Derecho Penal Parte General. 3^a ed. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020.

VELÁSQUEZ, Fundamentos de derecho penal, parte general. pp. 357-358 Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2017.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2007.

WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán, 4^a ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ariel, 1964.

YACOBUCCI, Guillermo J. Derecho penal empresario. Montevideo: IB de F, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel y otro. La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008