

Velásquez Bautista, Rafael. *Derecho de tecnologías de la información y las comunicaciones*. Colex, Bogotá: 2001.

Xabalander Plantada, Raquel. *Infracciones de propiedad intelectual*. En: *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid: 2002.

Páginas Web

www.alfa-redi.org

www.arkhaios.com

www.coe.int/DefaultEN.asp

www.delitosinformaticos.com

www.dian.gov.co

www.europa.eu.co

www.informatica-juridica.com

www.lexbase.com

www.monografias.com

www.oecd.org

www.onnet.es

www.portaley.com

www.ramajudicial.gov.co

www.ulpiano.com

“Societas delinquere potest”. **Hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico**

Lina Mariola Díaz Cortés
Doctoranda Universidad de Salamanca
(Colombia)

“Si una doctrina no ofrece solución a los problemas que surgen de la convivencia social, hay que revisar y rectificar los principios en los que se basa. La verdadera ciencia debe prestar oídos a los testimonios de la vida y no se asusta si la fuerza de esta abate fórmulas viejas que parecían indispensables”⁽¹⁾.
José Miguel Zugaldía Espinar

Sumario

La discusión sobre la posibilidad de sanción penal a las personas jurídicas es abordada por la autora desde su relación con el derecho penal económico, para luego entrar al asunto de la responsabilidad penal del ente jurídico. Finalmente, se hace referencia al caso de Colombia, con elementos extractados de providencias de la Corte Constitucional.

Temas relacionados

Persona jurídica; derecho penal económico; capacidad; autoría; participación; tipicidad; orden socioeconómico; ley penal en blanco.

(1) Zugaldía Espinar, J. *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional ‘societas delinquere non potest’*. En: Cuadernos de política criminal n.º 11, 1980, p. 88. Se remite a Pedro Silva.

Escoger un tema de estudio dentro del derecho penal económico no resulta fácil, ya que son numerosos los puntos que la doctrina ha analizado, y no son pocas las monografías al respecto⁽²⁾. Algunos de ellos son: los delitos de peligro abstracto, la utilización de leyes penales en blanco, su frontera con el derecho administrativo sancionatorio, los límites al legislador en la configuración del bien jurídico protegido, su relación con el derecho comunitario para los países de la Unión Europea.

No obstante, en mi concepto, el aspecto sobre el que más amplia polémica se ha generado es el relativo al estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su análisis oscila, entre discusiones político-criminales sobre el tema, hasta la existencia o no de limitaciones dogmáticas para su aceptación. Y es que su inclusión dentro de un esquema penal, más allá de centrarse en aspectos puntuales, para algunos implica replantear todo el modelo de responsabilidad penal, basado en una estructura antropomórfica⁽³⁾.

Como un preámbulo necesario para la ubicación conceptual del tema, en el presente artículo, se analizará de forma breve el contenido teórico de la definición del derecho penal económico y, partiendo de esta, su relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Seguidamente, se expondrán unas consideraciones teóricas generales sobre el tema, para finalizar haciendo una especial referencia al caso colombiano.

(2) A título ilustrativo: Terradillos Basoco, J., Acale Sánchez, M. (coords.). *Temas de derecho penal económico*. Trotta, Madrid: 2004; AAVV, *Derecho penal económico*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid: 2001; Bacigalupo Sagesse, S., Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*. Ediciones Experiencia, Barcelona: 2005; García Cervero, P. *Derecho penal económico*. ARA editores, Lima: 2003.

(3) Giarda, A. *Societas delinquere potest: o no?* En: La responsabilità amministrativa degli enti. Ipsoa Editore, 2002, p. 183, citando a Così Fidelbo señala que la introducción de la persona jurídica en el derecho penal es fruto de una abstracción, desde el momento en que el derecho penal ha sido creado en función de la persona física. Por lo tal, considera que se debe verificar la adaptación de este modelo de responsabilidad de estructura antropomórfica a la persona jurídica.

I. Su relación con el derecho penal económico

I.1. Derecho penal económico en sentido estricto y amplio

Para Muñoz Conde, el orden socio-económico, objeto de estudio del derecho penal económico, es un concepto que no ha sido perfilado ni dotado de firmeza conceptual dentro del panorama doctrinal. Tal imprecisión y vaguedad en su objeto jurídico, ha conducido a una ausencia de regulación jurídica unitaria acerca de la delincuencia económica⁽⁴⁾. Con el fin de salvar este escollo, un sector doctrinal ha optado por realizar una distinción entre derecho penal económico en sentido estricto y en sentido amplio⁽⁵⁾.

El derecho penal económico en sentido estricto se refiere a la protección de aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por el Estado. En palabras de los profesores Bajo y Bacigalupo es: "El conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía"⁽⁶⁾.

En efecto, superado el modelo del liberalismo económico del *laissez faire, laissez passer*, en la actualidad, la intervención del Estado en la economía aparece como un presupuesto esencial dentro de toda formación política, que pretenda regular el orden económico y con ello, la actividad de sus suje-

(4) Muñoz Conde, F. *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*. En: Revista penal, n.º 1, Praxis, Barcelona: 1998, p. 68. Del mismo autor. *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*. En: Hacia un derecho penal europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado, Madrid: 1995, p. 267.

(5) Martínez-Buján Pérez, C. *Derecho penal económico, parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia: 1998, pp. 33-35. En la doctrina española, introdujo esta concepción Bajo Fernández, quien influyó en forma decisiva en la estructuración de los delitos económicos en el primer proyecto español del Código Penal del nuevo régimen democrático.

(6) Bajo, M./Bacigalupo, S. *Derecho penal económico*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid: 2001, p. 13.

tos económicos dentro del marco de intereses colectivos⁽⁷⁾.

Partiendo de esta indispensable intervención⁽⁸⁾, el legislador, a través del derecho penal económico en sentido estricto, penaliza aquellas infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. En este sentido, el delito económico se define como: "La infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país"⁽⁹⁾.

A título de ejemplo, el legislador colombiano incluyó bajo la rúbrica de delitos contra el orden económico social los tipos relacionados con el contrabando y contra el sistema financiero —capítulos dos y cuarto del título X del Código Penal colombiano—.

No obstante, debe tomarse en cuenta que en otros lugares del código se establecen otros delitos que pese a no estar contenidos en el título X, protegen la intervención del Estado en la economía. A título de ejemplo, el artículo 402 tutela la regulación que hace el Estado de la economía, a través de la recaudación de impuestos, tipificando la omisión del agente retenedor o recaudador de consignar las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención

(7) Concretamente en el caso colombiano, el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia establece la dirección general de la economía por parte del Estado, a través de una intervención que busca racionalizar la economía en aras de conseguir un mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo y preservación de un ambiente sano. En el caso español, los artículos 128.2 y 131.1 de la Constitución son algunos de los preceptos que reconocen tal intervención y la facultad del Estado para planificar la economía, al respecto Muñoz Conde, F. *Cuestiones dogmáticas...*, p. 68.

(8) Bajo, M., Bacigalupo, S. *Derecho penal económico...*, p. 13. Los autores consideran necesario desterrar la idea de que la intervención estatal en la economía se encuentra vinculada con regímenes totalitarios. En efecto, lo que se busca es una intervención, respetando una situación de equilibrio en la libertad de iniciativa, el orden público económico, la planificación y la acción estatal directa.

(9) Bajo, M., Bacigalupo, S. *Derecho penal económico...*, p. 14. Este concepto se aplica a todos los sistemas económicos, pues es claro que cada país tendrá un modelo de este tipo, y conforme a este el derecho penal económico se enmarcará.

en la fuente —título XV Delitos contra la administración pública—⁽¹⁰⁾.

Ahora bien, esta concepción estricta no es suficiente para abarcar una serie de hechos de gran trascendencia así como para los intereses socioeconómicos que exceden el ámbito puramente patrimonial individual. Por ejemplo, no se puede dudar de la lesión al orden económico que genera la comisión de grandes estafas o la puesta en peligro de los recursos forestales.

Tales inquietudes han llevado a que a partir de los años 70, se haya empezado a hablar de un orden económico en sentido amplio, entendido según expresión de los profesores Bajo y Bacigalupo como: "El conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios"⁽¹¹⁾.

En este sentido, el derecho penal económico comprende las infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales, que si bien no afectan directamente la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la esfera puramente individual.

En otras palabras, bajo el concepto amplio del derecho penal económico se comprenden el conjunto de normas jurídico-penales que protegen la actividad económica dentro del mercado. De esta forma, aparece el orden económico como un bien de segundo nivel, dentro de cada una de las figuras delictivas, al lado de un primer orden constituido por la protección de bienes jurídicos que en cada uno de los casos resulten inmediatamente protegidos⁽¹²⁾.

(10) Martínez-Buján Pérez, C. *Derecho penal económico...*, pp. 34-35. De esta forma, el orden económico es el objeto de protección, aunque en cada figura aparezca concretado un interés determinado por parte de la administración, que será el que surge como bien jurídico en sentido técnico directamente protegido.

(11) Bajo, M., Bacigalupo, S. *Derecho penal económico...*, p. 15. Reconociendo con críticas esta definición, Muñoz Conde, F. *Cuestiones dogmáticas...*, p. 68.

(12) Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico...*, pp. 33,35.

Desde este punto de vista se puede definir delito económico como: “Aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”⁽¹³⁾. A manera de ejemplo se ubicarían en esta categoría, los delitos contra los derechos de autor (C.P., título VIII), o la estafa (capítulo III, título VII)⁽¹⁴⁾.

El concepto amplio ha sido criticado por considerar que es excesivamente abierto y meramente descriptivo, careciendo de la determinación de un específico bien jurídicamente protegido. Concretamente, Muñoz Conde considera que con esta noción numerosos delitos contra el patrimonio quedarían configurados como delitos socio-económicos. Esto diluiría el ya no muy bien delimitado derecho penal patrimonial, en un desmesurado derecho penal económico, sin más límites que los que se le quiera dar al término económico⁽¹⁵⁾, eliminándose, con ello, la posibilidad de delimitar esta nueva rama del derecho penal.

No obstante, y reconociendo los temores expresados por Muñoz Conde, comparto la observación de Pérez del Valle, en el sentido de que no se trata de encontrar un único concepto, sino del estudio de un sector de la criminalidad en el que concurren aspectos esenciales, que pueden justificar un tratamiento jurídico-penal específico⁽¹⁶⁾.

En efecto, si bien a través del concepto estricto y amplio del derecho penal económico no se pueden

(13) Bajo, M., Bacigalupo, S. *Derecho penal económico...*, p. 15.

(14) Bajo, M., Bacigalupo, S. *Derecho penal económico...* p. 15. Los autores citan en el derecho español: la estafa, la usura, el fraude alimentario, delitos laborales, delitos relacionados con la actividad económica de las sociedades mercantiles, etc.

(15) Muñoz Conde, F. *Cuestiones dogmáticas...*, pp. 68,69. Considera que no se puede negar la necesidad de regular la incidencia de algunos delitos patrimoniales clásicos en intereses económicos colectivos o socio-económicos. Para lo anterior, estima necesario que para estos casos se establezca o bien delitos nuevos o se añadan a las ya existentes particularidades que lo hagan merecedor de pena, a través de la identificación de un bien jurídico determinado y una tipificación clara y precisa de los comportamientos que lo pueden lesionar o poner en peligro.

(16) Pérez del Valle, C. *Introducción al derecho penal económico*. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo (DIR), Marcial Pons, Madrid: 2005, p. 24.

agrupar los hechos punibles en un bien jurídico lesionado común, debemos entender que su agrupación obedece a un interés criminológico plausible, para reunir cierto tipo de hechos punibles para su tratamiento dogmático⁽¹⁷⁾.

En síntesis, tomando las consideraciones anteriores, parto de la definición de delitos económicos como: aquellos comportamientos descritos en las leyes, que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o de alguna de sus instituciones con carácter particular, y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y forma de trabajo de ese orden económico⁽¹⁸⁾.

1.2. Delitos económicos y criminalidad de empresa

Asumiendo los anteriores conceptos, para algunos penalistas un signo distintivo de los delitos económicos es la criminalidad de empresa⁽¹⁹⁾. En efecto, la doctrina coincide en afirmar que los delitos económicos en su mayoría son realizados a través de una empresa⁽²⁰⁾, entendida como célula esencial en la estructura y desarrollo económicos⁽²¹⁾.

(17) Pérez del Valle, C. *Introducción al derecho penal económico...*, p. 25.

(18) *Ibidem*.

(19) Tiedemann, K. *Lecciones de derecho penal económico —comunitario, español, alemán—*. PPU, Barcelona: 1993, pp. 31,32. Para el autor, la opinión dominante era que en el derecho penal económico solo se ubicaba aquella parte del derecho penal que reforzaba con la intimidación penal el derecho económico administrativo, es decir, el derecho de dirección y control estatal de la economía. No obstante, ahora se habla de un concepto más amplio. Se apoya en el concepto penal y criminológico de la realización del hecho a través de una empresa o en beneficio de una empresa —*Corporate crime*—.

(20) Martínez-Buján Pérez, C. *Derecho penal económico...*, pp. 67,68. En el mismo sentido Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo (DIR), Marcial Pons, Madrid: 2005, p. 83, señala que el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra vinculado con los delitos económicos, es decir, con todas las acciones punibles e infracciones administrativas que se cometen en el marco de participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico. Dentro de este contexto resulta de vital importancia la criminalidad de empresa entendida como suma de todos los delitos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas.

(21) Pérez del Valle, Carlos. *Introducción al derecho penal económico...*, p. 20. Esta definición no excluye la figura del empresario individual o del individuo en el marco de la empresa.

Si bien se reconoce que se pueden realizar delitos económicos al margen de toda actividad empresarial⁽²²⁾, es claro que la inmensa mayoría de estos se ejecutan en el marco de la empresa⁽²³⁾. Así lo señala el estudio realizado por Max-Planck Institut en Alemania, en el cual se demostró que el 80% de los delitos económicos que se cometieron entre 1974 y 1984 fueron realizados en el seno de una empresa⁽²⁴⁾.

Tal vinculación entre los delitos contra el orden económico y la empresa, ha conducido a que se defina como criminalidad de empresa a: "Todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de la actuación para la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa"⁽²⁵⁾.

Tomando en cuenta lo anterior, es claro que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un asunto central en el derecho penal económico⁽²⁶⁾. No obstante, si bien existe un reconocimiento desde el punto de vista político-criminal de la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, existen serias limitaciones dogmáticas surgidas de un sistema penal construido a partir de la persona física.

En efecto, por un lado, la carencia de responsabilidad penal de la persona jurídica se puede

(22) *Ibidem*. Para el autor, existen parcelas que inequívocamente pertenecen al ámbito del derecho penal económico, aunque sus autores no son empresarios, ni parte de la empresa. Este es el caso de los delitos fiscales, con impuestos que no están relacionados con la actividad empresarial. No obstante, para el autor, en estos casos el obligado a tributar es tratado como una unidad económica y no como mero individuo, de forma análoga al modo en que se considera la empresa.

(23) Martínez-Buján Pérez, C. *Derecho penal económico*.... p. 70.

(24) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Aranzadi, Navarra: 2003, p. 84. García Aran, M. *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En: El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López. Comares, Granada: 1999, p. 325. La autora remite también a este estudio, considerando que con él se demuestra la peligrosidad de las personas jurídicas para los bienes jurídicos a los que afecta su actuación.

(25) Bacigalupo, S. *Responsabilidad Penal*.... p. 84. Sigue en este sentido a Shünemann, B. *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. 531.

(26) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo*.... p. 23.

considerar como factor criminógeno, que puede impedir la eficaz lucha contra su prevención⁽²⁷⁾; y por otro, su aceptación desde el punto de vista dogmático, toca las fibras mismas de los fundamentos de la responsabilidad penal: el injusto y la culpabilidad⁽²⁸⁾.

De este modo, paso a analizar las alegaciones político-criminales y los diferentes caminos que se han gestado en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas.

2. Responsabilidad de las personas jurídicas

2.1. ¿Por qué la vía penal?

La vinculación entre el derecho penal económico y la responsabilidad de las agrupaciones es consecuencia de la colectivización de la vida económica y social. La sociedad postmoderna caracterizada por el consumismo, la industrialización, la preeminencia de medios de comunicación y de masas ha cambiado la forma de criminalidad violenta clásica por una criminalidad de carácter económico, financiera, empresarial, organizada y de alcance internacional⁽²⁹⁾. La realidad criminológica con características de organización, transnacionalidad, corporativismo, connotación social y económica conlleva a que la mayoría de los delitos contra el orden económico sean cometidos con ayuda de la empresa⁽³⁰⁾. Frente a la anterior situación,

(27) Zugaldía Espinar, J. *Conveniencia político-criminal*.... p. 75. "Han sido muchos los autores para los que la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas ha aparecido como un serio obstáculo de cara a la eficaz prevención de conductas socialmente intolerables realizadas por entes colectivos con personalidad en el derecho privado".

(28) *Ibidem*, p. 20.

(29) *Ibidem*, p. 85.

(30) Tiedemann, K. *Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas*. En: Gómez Colomer, J., González Cussac, J. (coords.). *La reforma de la justicia penal — estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann —*, Castelló de la Plana, publicaciones de la Universitat Jaume I, 1997, p. 28. De igual forma, Martínez-Buján Pérez, C. *Derecho penal económico*.... pp. 67, 68. En similar sentido, Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal*.... p. 98. Para la autora, la discusión de la responsabilidad de las personas jurídicas ha surgido como consecuencia de las nuevas necesidades de la sociedad, pues no se puede negar que los entes colectivos aparecen cada vez más como unidades de imputación. Gracia Martín, L. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*. En: Actualidad penal n.º 39, 25-31 de octubre de 1993, p. 594.

se ha discutido por la doctrina el tipo de reacción que puede hacer a este tipo de criminalidad.

Las respuestas han variado desde las de naturaleza civil y mercantil hasta la utilización de la forma más severa de intervención estatal: el *ius puniendi*. No obstante, una vía civil quedaría corta frente a la criminalidad colectiva, ya que tomaría como fundamento el perjuicio y finalidad reparadora. La acción civil solo contemplaría una parte de los fines necesarios para una adecuada intervención ante la criminalidad de empresa: el fin reparatorio⁽³¹⁾. En tanto que quedaría subsistente la finalidad preventiva⁽³²⁾.

Por su parte, la opción mercantil estudia la responsabilidad hacia dentro de la empresa, siendo ajena a la responsabilidad hacia fuera, es decir, frente a terceros o a la propia colectividad⁽³³⁾.

Tal panorama, en principio insuficiente, nos empuja a analizar una intervención del Estado a través del *ius puniendi*. Partiendo de que la mayoría de los intereses que se desprenden del orden económico constitucional tienen una naturaleza supraindividual o colectiva⁽³⁴⁾, el Estado encuentra en el derecho penal un instrumento adecuado para su protección.

No obstante, se podría afirmar que al igual que la Constitución española, la colombiana es neutral, permite la aplicación de cualquier programa económi-

*Con la criminalidad
de empresa se pone
en peligro
o se lesionan
intereses
individuales.*

(31) Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, p. 33. De este modo el derecho civil sería adecuado para caso de accidentes o de negligencia donde la simple reparación del daño puede ser suficiente, y jugar un papel eficaz de prevención.

(32) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo...*, p. 32.

(33) *Ibidem*, p. 33.

(34) Arroyo Zapatero, L. *Derecho penal económico y Constitución*. En: Revista penal n.º 1, Praxis, Barcelona, p. 1. *Ibidem*, p. 2.

co⁽³⁵⁾ y no exige que el orden financiero sea custodiado a través de normas penales. Por lo cual, es posible escoger cualquier vía, siempre que garantice la confianza en la vigencia de las normas jurídicas que regulan la actividad económica⁽³⁶⁾. Esto es, que se puede optar por una vía administrativa o penal.

Pese a lo anterior y tomando en cuenta que con la criminalidad de empresa se pone en peligro o se lesionan intereses individuales que resultan esenciales para la colectividad; y existe la necesidad de que las medidas que se adopten frente a la persona jurídica hagan contrapeso a su real capacidad criminógena, aparece la vía penal como una opción viable.

Ahora bien, analizar una respuesta penal frente a la criminalidad de empresa implica reconocer una premisa que pese a ser repetitiva dentro de la doctrina es un punto de partida básico dentro del derecho penal: el reconocimiento de su carácter fragmentario y subsidiario.

Arroyo Zapatero, llama la atención respecto al especial cuidado, que se debe tener en razón de estos principios, cuando el legislador entre a establecer las figuras delictivas que afectan el orden económico. En efecto, partiendo de lo ya dicho, en el sentido de que tanto en la Constitución española como colombiana existe una neutralidad en la definición del programa político económico, tenemos que en el derecho penal económico la referencia constitucional del bien jurídico limita bien poco al legislador, ya que el mismo acaba por configurarlo. Todo esto impli-

(35) Herrero Herrero, C. *Los delitos económicos*. Ministerio del Interior, Madrid: 1992, p. 124. Lo anterior no implica que la Constitución española sea absolutamente neutral respecto al modelo económico por ella asumido. En efecto, por un lado, existe una prohibición a renunciar a intereses generales que exigen cierta intervención estatal, y que le impiden retornar a un liberalismo puro; y por otro, se impide que exista una planificación total que ahogara cualquier iniciativa empresarial autónoma. De igual forma, en el caso colombiano, la Sentencia de la Corte Constitucional C-616 del 13 de junio del 2001 señaló entre las cláusulas propias del modelo económico de la Constitución: la intervención del Estado, la planificación económica, la propiedad privada y la libertad de empresa e iniciativa privada. De este modo, la reforma constitucional de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos. En el mismo sentido, la Sentencia C-130 del 26 de febrero del 2002.

(36) Pérez del Valle, C. *Introducción al derecho penal económico...*, p. 31.

caría correr el riesgo de que el derecho penal sea utilizado como medida de apoyo para una concreta política de gobierno que busque reforzar la vigencia de las normas, de un orden previamente creado por él⁽³⁷⁾.

Ahora bien, la necesidad de una delimitación en el campo de acción del derecho penal en la criminalidad económica —en la cual su principal actor es la persona moral— es una cuestión que pasa a ser secundaria, si se toma en cuenta que el cuestionamiento principal radica en si se puede responsabilizar penalmente a la persona jurídica.

En efecto, partimos del reconocimiento político criminal de responsabilizar a la persona jurídica⁽³⁸⁾, de la utilización de un instrumento penal para tales efectos, de la aplicación por ende de los principios del derecho penal. No obstante, ¿cómo adecuamos la responsabilidad penal de las agrupaciones al modelo de responsabilidad penal dominante basado en la persona física?, ¿cómo analizamos en la persona jurídica aspectos como la acción, la culpabilidad o la finalidad de la pena, creados a partir de la persona física?⁽³⁹⁾.

(37) Arroyo Zapatero, L. *Derecho penal económico y Constitución...*, p. 3.

(38) Concretamente, en cuanto al caso español, Pérez Manzano, M. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En: Actualidad penal, 1195-1 marginal 14. Actualidad Editorial, Madrid: 1995, p. 16, señala que la doctrina española sigue fiel al aforismo de la no responsabilidad de las personas jurídicas, negando la capacidad de acción y de culpabilidad de éstas. Ahora bien, esto no implica que no sea consciente de las necesidades político criminales en tal sentido, tomando en cuenta la necesidad de una intervención jurídica contra hechos delictivos cometidos en el marco y la influencia de entidades colectivas.

(39) Martínez-Buján Pérez, C. *Derecho penal económico...*, pp. 67, 68. Añádase otras cuestiones dogmáticas muy específicas como: la problemática de la autoría, o los probatorios de verificar el verdadero responsable. En similar sentido, Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 83, señala que criminalidad de empresa —entendida esta como unidad organizada y determinada por un fin económico—, plantea problemas como: la influencia criminógena de la actitud criminal de grupo, las dificultades en la determinación normativa de competencias, la imputación jurídico-penal y la averiguación del verdadero responsable entre otros problemas. Por su parte, para Shünemann, B. *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*. En: Hacia un derecho penal europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado, Madrid: 1995, pp. 573, 574, existen dificultades probatorias en esquemas complejos para determinar la responsabilidad. En efecto, en las empresas manejadas de forma correcta es fácil ubicar las actividades de cada uno de sus empleados, pero en las delictivas, generalmente se suele ubicar al subalterno como chivo expiatorio.

2.2. Modelo de respuesta desde la concepción individualista de la imputación

Tales cuestionamientos parten de una premisa básica existente en la mayoría de los ordenamientos que siguen los principios del derecho continental europeo, según la cual solo las personas físicas pueden ser sujetos activos del delito y, por tanto, punibles — *societas delinquere non potest*—⁽⁴⁰⁾.

Ante este límite, en principio insalvable, el legislador ha dado soluciones desde la concepción individualista de la imputación en el derecho penal clásico. Zúñiga Rodríguez señala dos modelos de imputación que parten de la individualización de responsabilidades: el modelo de responsabilidad de órganos y representantes y el de responsabilidad del titular de la empresa. El primero se centra en la base de la pirámide societaria, en tanto que el segundo, en el vértice de la misma⁽⁴¹⁾.

El modelo de la responsabilidad de los órganos y representantes, llamado también de responsabilidad hacia abajo, se concentra en la responsabilidad de los representantes, los cuales suelen ser los escalones más bajos de la cadena funcional que ejecutan las órdenes de un plan previamente originado desde arriba⁽⁴²⁾. En la legislación española se establece en el artículo 31 del Código Penal⁽⁴³⁾, y en el Código Penal colombiano en el artículo 29⁽⁴⁴⁾.

(40) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 81.

(41) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo...*, p. 182.

(42) *Ibidem*, p. 183.

(43) Señala el Código español: "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 concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre".

(44) Dispone el Código Penal colombiano 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 atributivo, 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 concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado".

Según los anteriores preceptos, la responsabilidad se extiende al representante, cuando en él no concurren los elementos exigidos por los tipos especiales, los cuales deben concurrir en la persona moral⁽⁴⁵⁾.

Ahora bien, el que este modelo se proponga como instrumento para luchar contra la criminalidad de empresa ha sido criticado, pues no ataca la actitud criminal de grupo, ya que como los sujetos son intercambiables y fungibles dentro de una cadena funcional, no se logran los efectos preventivo-generales de la norma⁽⁴⁶⁾.

En segundo lugar, el modelo de responsabilidad del titular de la empresa se configura a través de la comisión por omisión⁽⁴⁷⁾. Es decir, ante la infracción del deber de garante de los titulares de la empresa, por delitos o faltas realizadas por sus subordinados⁽⁴⁸⁾.

Desde el punto de vista de las garantías, la imputación por infracción a un deber de vigilancia de la empresa plantea enormes cuestionamientos en torno al principio de proporcionalidad y de culpabilidad. El primero, ya que la sanción no puede ser igual cuando se lesiona un bien jurídico por una acción, o cuando se produce por no haber actuado debiéndolo hacer. El segundo, pues no existe consenso por parte de la doctrina para determinar en quién recae la posición del garante —a título de ejemplo puede ser

(45) Zugaldía Espinar, J. *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*. En: Cuadernos de política criminal n.º 53, 1994, p. 626. Considera que la figura de actuar en nombre de otro no tiene nada que ver con la responsabilidad de las personas jurídicas. En efecto, no es un paliativo a los efectos indeseables de *societas delinquere non potest*, ya que un derecho que admitiera la responsabilidad de las personas físicas, de todas maneras tendría que contener este precepto, con el fin de colmar lagunas de punibilidad en delitos especiales propios. En una actitud también crítica de la cláusula de actuación en nombre de otro por presentar serias insuficiencias para establecer la responsabilidad penal de los delitos cometidos dentro de la empresa, García Alfaraz, A. *Autoría y participación en la delincuencia organizada*. En: Revista de la asociación española de ciencias penales, vol. 3, n.º 1 y 2, Santiago de Compostela: 2000, p. 106.

(46) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo...*, p. 183.

(47) Respecto a comisión por omisión Shünemann, B. *La punibilidad de las personas...*, pp. 579, 581. En el Código Penal colombiano se establece en el artículo 25, y en el español en el artículo 11.

(48) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo...*, pp. 186, 187.

el titular, los directivos, los administradores, los asesores, etc.—⁽⁴⁹⁾.

Frente a las limitaciones de figuras como las anteriores, la realidad demuestra cómo la sola penalización a los sujetos que actúan al interior de la persona moral, ya sea como representante o titular, constituye una solución parcial al problema. En efecto, el delito de empresa se diferencia del ordinario en que es ejecutado dentro de una estructura organizada, sin la cual no sería pensable y no podría ser materialmente realizado. Por lo cual, el delito cometido no es fruto de una decisión autónoma del individuo, sino que tiene su origen en la agrupación, por lo que la punición al individuo en cualquier escala jerárquica solo da en el blanco de forma parcial⁽⁵⁰⁾.

Así las cosas, la sanción que se aplica a los sujetos que participaron en el hecho delictivo cometido en el seno de la persona jurídica no es justa ni eficaz. Lo primero, pues solo se castigaría a los sujetos que sirvieron de instrumentos por la corporación, y lo segundo, porque no opera sobre la causa generadora del acto delictivo que puede seguir atentando impunemente contra el orden económico con el concurso de otros ejecutores materiales⁽⁵¹⁾.

Así mismo, del funcionamiento mismo de la empresa derivan problemas para la individualización de los responsables⁽⁵²⁾. Ante la división del trabajo y la distribución jerárquica entre los órganos de la empresa surge una considerable automatización en sus decisiones. Por lo cual, la toma de determinaciones de los intervinientes puede ser totalmente ajena a la de los restantes, lo que en la práctica supone que usualmente resulte imposible localizar a los responsables individuales y aplicarles las consecuencias del derecho penal tradicional⁽⁵³⁾.

(49) *Ibidem*, pp. 190, 192.

(50) Alessandri, A. *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*. En: La responsabilità amministrativa degli enti, Ipsoa Editore, Italia, 2002, p. 29.

(51) Zugaldía Espinar, J. *Conveniencia político-criminal...*, p. 76.

(52) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo...*, p. 163.

(53) García Aran, M. *Algunas consideraciones...*, p. 325. En este sentido, señala que es difícil aplicar la autoría y participación en procesos en que las actividades ejecutivas están separadas de forma individual, de las resolutivas.

En efecto, “el funcionamiento y estructura de las personas jurídicas dificulta o impide totalmente localizar al responsable individual —en sentido jurídico-penal clásico—, porque quien ha actuado en sentido social y económico es la persona jurídica. Los hechos objetivamente considerados son imputables, también objetivamente, a la persona jurídica, pero nuevamente, empieza el círculo vicioso: los mecanismos básicamente psicológicos de imputación subjetiva no son aplicables a la persona jurídica y el resultado final es, frecuentemente, la impunidad por imposibilidad de aplicar el correspondiente tipo penal”⁽⁵⁴⁾.

Esta inmunidad de la persona jurídica ha implicado una real eficacia criminógena, que no puede ser neutralizada por la punición del individuo. Ciertamente, la persona física —única que puede ser considerada responsable penalmente en el derecho penal tradicional— casi nunca es, en la criminalidad de empresa, la exclusiva autora del hecho punible, por lo cual su sola responsabilización resulta ineficaz para la tutela de bienes jurídicos involucrados en la moderna actividad económica⁽⁵⁵⁾.

2.3. La tendencia actual

Ahora bien, la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica genera lagunas de punibilidad que coadyuvan a un déficit de justicia en esta área y a una irresponsabilidad organizada⁽⁵⁶⁾. Por lo anterior, en Europa son ya pocos los países que no aceptan la responsabilidad de la persona moral⁽⁵⁷⁾, siendo clara la tendencia a constituir un modelo penal que la

(54) García Aran, M. *Algunas consideraciones...*, p. 327.

(55) Alessandri, A. *Riflessioni penalistiche...*, p. 30.

(56) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo...*, p. 195.

(57) Alessandri, A. *Riflessioni penalistiche...*, p. 34. Alemania pese a no aceptarla dispone de un articulado y alternativo sistema de la responsabilidad administrativa para las personas jurídicas previsto en OwiG (Ordenamiento de Contravenciones o Infracciones al Orden, de 1975 y modificado en 1986).

responsabilice⁽⁵⁸⁾. En efecto, se pasa a reconsiderar el principio clásico *societas delinquere non potest*⁽⁵⁹⁾, partiendo de la imposibilidad de las categorías clásicas para imputar la responsabilidad penal a la persona jurídica.

A nivel de la Unión Europea⁽⁶⁰⁾, se destaca la recomendación (88) 18 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, a través de la cual se recomienda a los Estados miembros introducir una responsabilidad de las personas jurídicas, independiente de la civil, en caso de que no se descubra al autor, o la ofensa sea extraña a los fines de la empresa⁽⁶¹⁾. Utilizando un criterio de *extrema ratio* en la elección del modelo de responsabilidad, este esquema solo se recomienda cuando la naturaleza de la ofensa, la culpa, las consecuencias para la sociedad y la necesidad de prevención así lo exijan⁽⁶²⁾.

Pese a tales recomendaciones dadas en los Estados miembros de la Unión Europea existe resistencia de algunos países, que se mueven en los principios del derecho continental europeo⁽⁶³⁾, en

(58) Alessandri, A. *Riflessioni penalistiche...*, pp. 45, 46. Por su parte, Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, p. 34, señala que la plena responsabilidad penal de las agrupaciones existe en Inglaterra, Escocia, Irlanda, Holanda, Noruega, Francia y Portugal. De igual forma, Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 86, señala a países como Dinamarca y Bélgica. Shünemann, B. *La punibilidad de las personas...*, p. 599. El autor destaca la legislación francesa, la cual sin fraude de etiquetas va por el camino de la punibilidad de la persona jurídica. Respecto a la normativa francesa, García Aran, M. *Algunas consideraciones...*, p. 328.

(59) Muñoz Conde, F. *Delincuencia económica...*, p. 277. En este punto, es interesante la posición de Bricola, quien reconsidera el principio de *societas delinquere non potest*, ya que entiende que no tiene un valor ontológico, sino que es expresión de las fuerzas de las leyes del poder económico. En efecto, si estas no entran en juego, el principio se desdibuja. Así lo demuestran las tentativas de incriminar asociaciones de tipo político.

(60) Alessandri, A. *Riflessioni penalistiche...*, p. 38. Por otra parte, la convención en la lucha contra la corrupción, relativa a la tutela de los intereses financieros de la Comunidad Europea, elaborada sobre la base del *Tratado de la Unión Europea*, prevé en el artículo tercero la responsabilidad penal de los dirigentes de la empresa por los actos fraudulentos.

(61) Alessandri, A. *Riflessioni penalistiche...*, p. 37. Zugaldía Espinar, J. *Capacidad de acción...*, p. 617.

(62) Alessandri, A. *Riflessioni penalistiche...*, pp. 37, 38. Cuando no sea necesario el tratamiento criminal existirá una responsabilidad diversa, por ejemplo administrativa. García Aran, M. *Algunas consideraciones...*, p. 328.

(63) Tómese en cuenta las salvedades respecto a los países señalados en la nota 58.

aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁽⁶⁴⁾.

Lo anterior dista del panorama existente en los sistemas jurídicos anglosajones y en aquellos que han recibido su influencia⁽⁶⁵⁾. En efecto, desde mediados del siglo XIX, por razones más bien pragmáticas⁽⁶⁶⁾ y de política criminal, se ha introducido la responsabilidad de las personas morales para determinados delitos⁽⁶⁷⁾.

Dentro de este contexto, el agente superior de la persona jurídica es considerado el cerebro o el *alter ego* de la misma, por lo cual su actuación es aquella de la persona moral misma. De igual forma, dentro de este mismo símil, los agentes subordinados serían un brazo de la entidad jurídica, por lo cual su responsabilidad no sería personal sino basada en la idea de la delegación o imputación (*vicarious liability*)⁽⁶⁸⁾.

La mencionada tendencia implica que, partiendo de un sistema construido en torno a la persona física, se responsabiliza a las personas jurídicas a través de la flexibilización de las categorías dogmáticas. Tal postura ha sido criticada por considerar que con este modelo se corre el riesgo de poner en juego las garantías del sistema de imputación creado en torno al individuo.

(64) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 86. Como se parte de la no responsabilidad de las personas morales, queda la posibilidad de aplicar sanciones administrativas y civiles. En este sentido se inclina la doctrina española y las soluciones dadas en América Latina. García Aran, M. *Algunas consideraciones...*, p. 326. En la legislación española se parte de que responsable penal es un sujeto individual sobre el que recae la pena y las consecuencias accesorias recaerán sobre la persona jurídica, siempre y cuando exista un responsable individual. Sobre el caso colombiano, nos referiremos en la parte final de este trabajo.

(65) Zugaldía Espinar, J. *Conveniencia político-criminal...*, p. 71.

(66) Muñoz Conde, F. *Delincuencia económica...*, p. 277. Pese a esta tendencia, Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, p. 36, señala que los países del *Common Law*, tomando en cuenta el gran impacto del *corporate crime*, han empezado a abandonar el pragmatismo para hacer reflexiones teóricas.

(67) Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, p. 35. Los imprudentes, de omisión, los "*public welfare offences*", con una admisión general de responsabilidad aunque en la práctica su campo principal sea la delincuencia de los negocios.

(68) Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, p. 35.

Por lo anterior, autores tan reconocidos en el tema como Tiedemann, proponen acoger una decisión por fuera del sistema de responsabilidad individual, proponiendo una nueva dogmática penal que abarque novedosas categorías adaptadas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁽⁶⁹⁾. Este modelo de responsabilidad para las agrupaciones tomará como ayuda las bases del esquema referido. Es decir, no será el mismo que aquel de la dogmática penal del individuo, pero será construido de forma paralela⁽⁷⁰⁾.

En una postura similar, Shunemann y Pérez Manzano consideran que se debe fundamentar una intervención jurídica frente a las personas jurídicas al margen de los principios e instituciones del derecho penal clásico, sin olvidar el marco de la Constitución como límite para imponer cualquier sanción. De este modo, se propone un sistema que no es subsidiario ni accesorio al de la responsabilidad individual, sino autónomo, lo cual no le quita que no sea complementario⁽⁷¹⁾.

*No se debe entender
al sujeto sólo
como individuo,
sino también
cubrir a entes
colectivos.*

Pese a que esta opción es la más coherente⁽⁷²⁾, se enfrenta a varias limitaciones en el ámbito dogmático, que se esbozan brevemente a continuación.

(69) Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, p. 35. Un análisis de su postura en Gracia Martín, L. *La cuestión de la responsabilidad...*, pp. 599 y ss.

(70) Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, p. 37. Zúñiga Rodríguez, L. Bases para un modelo..., p. 25. La autora señala a título de ejemplo el caso de los menores y los inimputables. García Aran, M. *Algunas consideraciones...*, p. 331. Para la autora, lo importante de esta perspectiva es que es un planteamiento desde el derecho penal, es decir, no se están sustituyendo las categorías penales sino simplemente acoplándolas.

(71) Pérez Manzano, M. *La responsabilidad penal...*, p. 26.

(72) Otro es el caso de la delincuencia organizada. Al respecto, García Alfaraz, A. *Autoría y participación...*, p. 110, considera que en el derecho penal español rige el principio *societas delinquere non potest* por lo cual, de *lege lata*, el modelo más coherente y respetuoso es el de responsabilidad de la persona natural. En razón de este modelo, las organizaciones criminales no pueden responder como tales, sino únicamente sus miembros.

2.4. Las dificultades en la dogmática penal

Las dificultades dogmáticas para acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas radican en nociones fundamentales como la acción, la culpabilidad y los fines de la pena⁽⁷³⁾.

En efecto, el concepto de acción ha sido siempre vinculado con el del comportamiento humano, y el de culpabilidad al reproche moral, que se excluiría en el caso de las agrupaciones. Por otra parte, las agrupaciones, en principio, no podrían ser sujetos pasivos de las penas por sus finalidades preventiva y retributiva⁽⁷⁴⁾.

En palabras de Zúñiga Rodríguez: “La acción penal como piedra angular de la construcción dogmática partía de reconocer como relevante la conducta de una persona física. La antijuridicidad se centraba en la infracción de la conducta de manera voluntaria (personal) y la culpabilidad fundamentaba su reproche en el no haber actuado de otro modo. La pena, para cumplir sus fines, también tenía que ser personal. Bajo estos presupuestos, esencialmente centrados en el comportamiento humano, el libre albedrío y en la reprochabilidad por haber lesionado voluntariamente el bien jurídico (por no haber actuado de otro modo), claro está, era imposible encajar a la persona jurídica como sujeto capaz de cometer delitos”⁽⁷⁵⁾.

En efecto, tales limitaciones son consecuencia de tomar como punto de partida a la persona física. Según Bacigalupo: “El centro de discusión que ocupa el individuo como punto de partida de las explicaciones jurídicas y sociológicas no permite el desarrollo de las categorías dogmáticas más allá de sus capacidades. Por lo tanto, la acción es entendida como un movimiento exterior evitable (y final) y la culpabilidad

(73) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 83. Concretamente se refiere a la acción, la culpabilidad y la función y esencia de la pena misma, considerando que han sido contruidos sobre la base de la responsabilidad penal individual. En igual sentido Zugaldía Espinar, J. *Capacidad de acción...*, p. 614.

(74) Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, p. 36.

(75) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo...*, p. 37.

como el reproche que se hace al autor por no haberse comportado de acuerdo a la norma habiendo podido hacerlo. La evidente inaplicabilidad de dichos conceptos a la persona jurídica hace entender de forma mayoritaria que no se puede sostener la responsabilidad penal de la misma”⁽⁷⁶⁾.

De este modo, la imposibilidad dogmática de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas —basada en su incapacidad de acción y culpabilidad—, deriva de las concepciones de acción y culpabilidad que remiten a la persona física⁽⁷⁷⁾. Por lo cual, si se concibieran de forma diferente, no habría inconvenientes lógico-dogmáticos que impidieran fundamentar esta responsabilidad⁽⁷⁸⁾.

Lo anterior sugiere que el quid del asunto radica en el concepto de sujeto a partir del cual se hace la construcción dogmática de la acción, la culpabilidad o su capacidad para recibir los fines de la pena⁽⁷⁹⁾.

(76) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 91.

(77) Muñoz Conde, F. *Delincuencia económica...*, p. 278. En concepto del autor, dado que la configuración de la infracción delictiva parte de la acción humana, es difícil admitir la responsabilidad de entes ficticios como las personas jurídicas.

(78) Pérez Manzano, M. *La responsabilidad penal...*, p. 18. Zugaldía Espinar, J. *Capacidad de acción...*, p. 614. Debe tomarse en cuenta que la dogmática debe ser el medio para realizar los fines de la política criminal, por lo cual, para que la primera no aparezca desfasada frente a las necesidades planteadas por la segunda, se deben proponer las condiciones bajo las cuales se les podría imponer sanciones penales a las personas jurídicas. En el mismo sentido en su artículo, *Conveniencia político-criminal...*, p. 86.

(79) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 92, analiza diferentes posturas de la doctrina en torno a cómo entender la acción y la culpabilidad de las personas jurídicas, señalando que en relación con la acción las opiniones han sido más unánimes que en relación con la culpabilidad. Concretamente, respecto a la culpabilidad y los fines de la pena Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, pp. 40, 42, el autor señala que es posible hablar de la culpabilidad de las personas jurídicas, ya que estas pueden ser destinatarias de normas jurídicas revestidas de un carácter ético, y tiene capacidad para violar las normas. Señala:

“¿No hablamos, en la realidad de la vida social, de la culpabilidad de la empresa que ha polucionado un río o que ha obtenido fraudulentamente subvenciones? En la vida y en el lenguaje de la sociedad, la culpabilidad de empresa se encuentra completamente reconocida, y esta culpabilidad no está exenta de la huella ética o moral, incluso aún cuando la coloración moral toma un contenido particularmente diverso”. Por lo cual, aceptar la culpabilidad social de la empresa supone reconocer su realidad social y las obligaciones que se le generan como consecuencia de sus derechos. Por otra parte, en cuanto a la pena, el autor considera que al aceptarse la posibilidad de una culpabilidad social y no moral de la agrupación, se admite la posibilidad de la idea de retribución y fines preventivos de la pena. Pese a los problemas que se podrían generar en torno a la retribución, en su concepto, la teoría de la pena relacionada con las ideas de prevención no es hostil a la idea de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Tomando en cuenta las limitaciones de espacio, que un trabajo de este tipo impone, la autora se circunscribe a plantear las razones que fundamentan el partir de un nuevo concepto de sujeto para incluir en él a la persona moral, y así aplicarle las categorías dogmáticas propias para determinar su responsabilidad penal.

2.4.1. Un nuevo concepto del sujeto

De lo señalado aparece claro que pese a la importante proporción de delincuencia económica cometida en el seno de la empresa, el derecho penal dominante parece incapaz de dar respuesta. En efecto, las necesidades político-criminales se oponen a las limitaciones dogmáticas, surgidas de la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción, la culpabilidad⁽⁸⁰⁾ y su relación con los fines de la pena.

Tal incompatibilidad se debe a que la discusión se ha centrado en la eterna comparación entre persona física y persona jurídica. En efecto, retomando las ideas de Bacigalupo, todo intento que tome como punto de partida el sujeto como persona física está destinado al fracaso, pues es claro que las diferencias entre la persona física y la jurídica en el derecho resultan insuperables⁽⁸¹⁾.

Por lo anterior, para la autora, la solución debe salir del concepto de sujeto del que el derecho penal parta en la actualidad. En efecto, la concepción del sujeto del derecho penal, ha evolucionado de forma paralela a los cambios generados en la fundamentación de las categorías de la teoría del delito.

(Cont. nota 79)

En efecto, la condena a una empresa implica demostrar que la norma jurídica que se violó se dirige a esta y que su acción origina reproche social. Concretamente, respecto a la empresa que cometió el delito su condena va dirigida a una intimidación para que no vuelva a infringir la norma. Igualmente se refiere a las diferentes propuestas formuladas por la doctrina frente a la incapacidad de acción y culpabilidad. Pérez Manzano, M. *La responsabilidad penal...*, pp. 19 y ss. Precisamente en cuanto a los fines de la pena se refiere Zugaldía Espinar, J. *Conveniencia político-criminal...* p. 71.

(80) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 83.

(81) *Ibidem*, p. 86.

Mientras que para los Hegelianos el sujeto es individual y éticamente responsable⁽⁸²⁾, para la prevención especial positivista de Liszt, la capacidad de responsabilidad ética ya no es una característica del sujeto, ya que el autor no responsable pero peligroso es sujeto del derecho penal.

De esta forma, el sujeto se puede entender como “una construcción hermenéutica que aparece como un preconcepto de toda elaboración dogmática - jurídica”. En otras palabras, el sujeto requiere una determinación conceptual que depende del punto de partida hermenéutico y prejurídico sin el cual no es posible ninguna construcción dogmática⁽⁸³⁾.

Lo anterior conlleva a que si se partiera de una idea diferente en torno al sujeto, sería posible abarcar también a las personas jurídicas como sujetos del derecho penal⁽⁸⁴⁾. Es decir, que para la autora, antes de entrar a modificar los elementos que componen las categorías de la acción o de la culpabilidad, o revisar los fines de la pena, se debe transformar la idea del sujeto y de la interpretación de la sociedad de la que se parte.

Ahora bien, el cobijar bajo la noción de sujeto a la persona jurídica parte de la actual colectivización de la vida económica y social a la que nos referimos anteriormente. En efecto, lejos de la apariencia de ficción con la que se manejaba la persona jurídica, en la actualidad se le reconoce como un factor real y activo en el ámbito y el acaecer sociales⁽⁸⁵⁾. Hoy se entiende que las “personas morales, lejos de ser puras ficciones son, por el contrario, auténticas realidades

(82) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo...*, p. 181. Señala a Kant y a Hegel como representantes de estas concepciones filosóficas individualistas.

(83) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 96.

(84) Los conceptos son construcciones sociales que varían en el tiempo. Similar situación sucede con el concepto de ciudadanía relacionado con los menores. Esta noción fue excluyente ya que solo cubrió al hombre, adulto, blanco y propietario, al respecto Díaz Cortés, L. *El menor como sujeto de derechos: base para un modelo de responsabilidad penal*. En: *Derecho penal contemporáneo — revista internacional —* n.º 8, Legis, Bogotá: 2004, p. 105.

(85) Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, p. 41.

jurídicas que ponen de manifiesto una realidad social preexistente”⁽⁸⁶⁾.

Esta noción de ficción se corresponde con las primeras teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica de la persona moral. En efecto, su evolución va desde la teoría de la ficción, primero insinuada por los canonistas y luego elaborada por Savigny, hasta la teoría organicista o realista de Gierke que presentó una perspectiva diferente del sujeto⁽⁸⁷⁾.

La idea de ficción forjada por los canonistas surge ante la necesidad de establecer diferencias en los derechos de los *singuli* y de la *universitas*, considerando que ante la incapacidad de esta última de cometer delitos, no podía ser excomulgada⁽⁸⁸⁾. Esta ficción con fundamento distinto se consolida en la época liberal individualista con Savigny. Partiendo de la importancia que adquiere la ética en la discusión jurídica y la consideración del sujeto como un ser responsable, considera que ante la falta de capacidad de acción de las personas jurídicas se crea por el derecho una *ficción* para la consecución de determinados fines.

Gierke, flexibilizó este planteamiento, a través de la elaboración de la teoría organicista. Influenciado por las ciencias naturales como método de interpretación de las ciencias sociales, el autor pone en el centro de la discusión las asociaciones entendidas como organismos que tienen una personalidad real, y que no se pueden explicar a través de categorías individualistas del derecho privado. En este sentido, considera que las categorías jurídicas dependen de la idea de sujeto, por lo cual en el concepto de organismo se puede incluir tanto al individuo como a la persona jurídica⁽⁸⁹⁾.

(86) Zugaldía Espinar, J. *Conveniencia político-criminal...*, p. 78.

(87) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 90. También se refiere a estas teorías Gracia Martín, L. *La cuestión de la responsabilidad...*, p. 585.

(88) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, pp. 86, 87. Esta idea de ficción no impidió a los postglosadores reconocer la responsabilidad de la *universitas*.

(89) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 88.

De lo anterior se colige que partir de que solo el individuo es sujeto dentro del derecho penal conduce a la necesaria exclusión de las personas jurídicas. Por lo cual se deduce que la respuesta podría ser distinta si se modificaran los puntos de partida que dan por supuesto la identidad entre el sujeto de derecho penal y el individuo⁽⁹⁰⁾.

Una nueva perspectiva en este sentido supondrá revisar los conceptos tradicionales de acción como comportamiento humano, de culpabilidad como juicio bio-psicológico y de pena como castigo retributivo de la culpabilidad⁽⁹¹⁾. Así las cosas, no se debe entender al sujeto sólo como individuo, sino también cubrir a entes colectivos. Partiendo de esta concepción se deben estructurar las categorías de acción, culpabilidad⁽⁹²⁾ y las funciones de la pena en la teoría del delito.

Además, el admitir que una agrupación pueda ser responsable penalmente es reconocer en el derecho “el juicio que la realidad social porta sobre estas entidades”⁽⁹³⁾. En otras palabras, implica reconocer que las personas jurídicas pueden intervenir en las relaciones jurídicas y económicas y, a través de ello, lesionar o poner en peligro el orden económico.

3. Referencia al caso colombiano

Dos han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana sobre la responsabilidad de las personas jurídicas: las sentencias C-320 del 30 de junio de 1998 y C-843 del 27 de octubre de 1999. La primera está relacionada con las objeciones presidenciales por razones de inconstitucionalidad, presentadas al Proyecto de Ley 235/96 Senado y 154/96 Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones”; la segunda, está vinculada con

(90) *Ibidem*, p. 89.

(91) Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal...*, p. 97.

(92) *Ibidem*, p. 101.

(93) Tiedemann, K. *Responsabilidad penal...*, p. 38.

el mismo proyecto de ley, que más tarde se convirtió en la Ley 491 de 1999, y sobre la cual la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad.

La Sentencia C-320 de 1998, al resolver las objeciones presidenciales, se pronunció sobre el alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y la posibilidad de que estas fueran sujetos activos de delitos. La Corte consideró que la ley podía responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, ya que estas podían ser sujetos activos de diferentes tipos penales. En particular, de aquellos que podían ocasionar un grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional, como el medio ambiente.

Por su parte, en la Sentencia C-843 de 1999, la Corte consideró que al establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos relacionados con el medio ambiente, la promulgación de esos tipos penales debía respetar el principio de legalidad. Lo anterior implicaba que tenían que aparecer de forma clara y determinada las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para su imposición.

Así las cosas, en la primera sentencia la Corte abrió la brecha aceptando la responsabilidad de las personas jurídicas; y en la segunda —partiendo de esta admisión—, se pronunció sobre aspectos relacionados con el principio de legalidad y el debido proceso, aplicables a los entes colectivos involucrados como sujetos activos dentro de un proceso penal.

Pese a las observaciones que se le puedan hacer a los anteriores pronunciamientos, en concepto de la autora, han constituido el inicio para el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el país⁽⁹⁴⁾. Ahora bien, tomando en cuenta que en la primera sentencia la Corte estableció algunos fundamentos para aceptar la responsabilidad penal de los entes colectivos, se hace referencia primero a ella.

(94) Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo...*, p. 133. La autora considera que con el pronunciamiento de la Corte colombiana se dio un paso para reabrir la discusión del dogma *societas delinquere non potest*.

Al leer la Sentencia C-320 de 1998, se observa cómo, en su momento, la Corte tenía claro los fundamentos político-criminales por los cuales plantear la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, en primer lugar, la Corte reconoció que la colectivización que se ha dado en la vida social y económica ha implicado una puesta en escena de la criminalidad gestada en el seno de las personas jurídicas, frente a la cual se debía dar una respuesta desde el Derecho. Para la Corte, "en una economía dominada por los grandes capitales, las acciones sociales gravemente desviadas no pueden siempre analizarse a partir del agente individual". Por lo anterior, a la ley no se le debía vedar el paso para sancionar el abuso de la personalidad jurídica. Según la Corte: "La utilización del esquema societario con móviles penales o de enriquecimiento ilícito, aparte de implicar para sus gestores sanciones privativas de la libertad, puede legítimamente dar lugar a variadas reacciones del ordenamiento jurídico en relación con los actos societarios, el objeto social, el patrimonio social o la persona jurídica misma".

En segundo lugar, el alto tribunal reconoció que ante la criminalidad cometida en el seno de la empresa se debía responsabilizar penalmente al ente colectivo. En sentir de la Corte, el derecho penal tipifica hechos y sanciona las conductas considerablemente reprobables, independientemente de que quien las cometa sea una persona física o moral. Por lo cual, enmarcar la responsabilidad en la persona física podría desvanecer la eficacia de la legislación penal.

En tercer lugar, la Corte consideró que la sola penalización a los sujetos que actúan al interior de la persona moral —como representante o titular— constituye una solución parcial al problema. En este sentido, el fallo señala: "Si la actividad la realiza la persona jurídica, si ella se beneficia materialmente de la acción censurada, no se ve por qué la persecución penal habrá de limitarse a sus gestores, dejando intocado al ente que se encuentra en el origen del reato y que no pocas veces se nutre financieramente del

mismo (...). La sanción penal limitada a los gestores, tan solo representa una parcial reacción punitiva”.

En cuarto lugar, y como consecuencia de lo anterior, consideró que la persona jurídica debía ser sancionada, ya que la criminalidad realizada en su seno es ejecutada dentro de una estructura organizada, sin la cual no sería pensable y no podría ser materialmente realizada. En este sentido estimó: “La realización de hechos punibles en el seno de las empresas —delincuencia económica y ecológica— puede en muchos casos corresponder a políticas no explícitas que se desarrollan a través de periodos largos de tiempo y, además, a esquemas de acción que abarcan de manera más o menos intensa a empleados que no solo constantemente se renuevan, sino que apenas controlan procesos aislados de la compañía que, no obstante todo esto, se encuentra globalmente incurso en una actividad contraria a las normas penales y resulta ser beneficiaria real de sus resultados”.

Así las cosas, para la Corte eran claras las necesidades político-criminales que conducían a justificar la responsabilidad penal de las personas morales. Por lo anterior, consideró válido que el legislador dentro su política sancionatoria incluyera, en ciertos supuestos, que el ámbito sancionatorio no solo cubriera la persona natural sino también a las personas jurídicas.

En este pronunciamiento, las consideraciones político-criminales de la Corte son más acertadas que las realizadas a nivel dogmático, ya que el alto tribunal no tomó en cuenta que las facultades del legislador no pueden pasar por alto las limitaciones dogmáticas, surgidas de un sistema penal que ha tomado como base la persona física⁽⁹⁵⁾.

(95) Pese a que la Corte hace mención de la capacidad de acción de la persona jurídica no hace un estudio al respecto, limitándose a citar lo señalado por Jakobs sobre el tema. En este sentido, debe tomarse en cuenta que si bien dentro de la teoría de Jakobs se puede afirmar que el individuo no es el único sujeto posible del derecho penal, no es correcto hacer una determinación directa entre la elaboración concreta de su teoría del delito y la responsabilidad penal de los sujetos colectivos, fundamentalmente en lo que se refiere a la culpabilidad. En efecto, la teoría de la

Ahora bien, como en la actualidad el legislador colombiano en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004) —en adelante CPP— incluyó, en concepto de la autora, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a continuación se centra en el análisis de esta disposición, obviando las discusiones dogmáticas.

El artículo 90 del CPP dispone: “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 el convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron”.

En una primera lectura se pueden formular dos observaciones. En primer lugar, no aparece claro a qué se refiere el legislador colombiano cuando califica como “medidas” a la suspensión de la personería jurídica, o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público. En efecto, si se parte de la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿estamos ante una pena o una medida de seguridad? En caso de no aceptar esta hipótesis, ¿es acaso una consecuencia accesorias, por

(Cont. nota 95)

culpabilidad de Jakobs toma como referente material la idea de persona, cuyo ámbito normativo se encuentra definido todavía a partir del ciudadano. Sobre este punto Bacigalupo, S. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo (DIR), Marcial Pons, Madrid: 2005, p. 96. De igual forma, respecto a las funciones de la pena, la Corte señala la posibilidad de que a esta se le puedan dirigir los efectos preventivos especiales, ya que en su concepto, con ella se enfrenta a la persona jurídica a la: “censura social, puesto que ella, lejos de aparecer como simple víctima del administrador que ilegítimamente hizo uso de su razón social, se muestra como autora y beneficiaria real de la infracción, por lo cual está llamada a responder”.

estar incluido en el capítulo II del título II del Código de Procedimiento Penal junto a una figura como el comiso, o por recibir tal calificación a semejanza de lo establecido en el controvertido artículo 129 del Código Penal español?⁽⁹⁶⁾.

En segundo lugar, no se entiende por qué si el legislador pretendía establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo hizo desde el CPP y no desde el Código Penal⁽⁹⁷⁾, siguiendo el precedente dejado con la Ley 491 de 1999.

Entrando más en detalle en el análisis de este precepto, extraña la indefinición del legislador en la redacción del artículo 90 del CPP, tomando en cuenta los antecedentes de la legislación y jurisprudencia colombiana sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En el ámbito legislativo no se puede afirmar que con la Ley 906 del 2004 por primera vez se haya tocado el tema de la responsabilidad penal de los entes colectivos. Como se ha referido, la discusión sobre este punto se puso en escena desde 1996 —al presentar un proyecto de ley, que después se convirtió en la Ley 491 de

*Se disponía que,
además de las
sanciones a las
personas jurídicas,
se podría imponer
sanciones privativas
de la libertad.*

(96) Según el mencionado precepto. "1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) La clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Prohibición de realizar en el futuro actividades (...). 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma".

(97) Velásquez V. F. *La responsabilidad penal de los entes colectivos en el derecho colombiano. A propósito del artículo 2.º de la Ley 365 de 1997*. En: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2001, p. 233. El autor al hacer un estudio del artículo 2.º de la Ley 365 de 1997, el cual modificaba el Código de Procedimiento Penal al establecer la posibilidad de la cancelación de la personería jurídica de sociedades y organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público, criticó el hecho de que si se trataba de introducir la responsabilidad penal de la persona jurídica, esta se hiciera desde el Código de Procedimiento Penal y no desde el Código Penal.

1999—⁽⁹⁸⁾, al plantear en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas en específicos delitos relacionados con la protección al medio ambiente. Es decir, que través de un *numerus clausus*, el legislador limitó los delitos por los cuales se podía responsabilizar penalmente al ente colectivo.

De igual forma, en dicho momento, se estableció el carácter principal de la responsabilidad penal de las agrupaciones, que implicaba que no se requería que previamente se estableciera una responsabilidad penal de las personas físicas⁽⁹⁹⁾. En efecto, se disponía que, además de las sanciones a las personas jurídicas, se podría imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales como a los directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva.

Ahora bien, en el ámbito jurisprudencial, sentada la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el fallo C-320 de 1998, a través de la Sentencia C-843 de 1999, se establecieron los marcos conceptuales dentro de los cuales se debía desarrollar esta responsabilidad.

Concretamente, en este pronunciamiento relacionado con el artículo 26 de la Ley 491 de 1999, la Corte consideró, en primer lugar, que en él no se establecieron las penas claramente determinadas, ya que en ningún momento la disposición señaló cuándo debía el juez aplicar una u otra sanción. De igual forma, no especificó sus límites, pues no estableció

(98) En el artículo 26 de esta ley se dispuso la siguiente modificación del Código Penal: "Créase el artículo 247B cuyo tenor es el siguiente: ART. 247B.—Personas jurídicas. Para los delitos previstos en los artículos 189, 190, 191 y 197 y en el capítulo anterior, en los eventos en que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multa, cancelación de registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad, o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones, podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva (...)".

(99) En el concepto dado por el Procurador General de la Nación, en la Sentencia C-320 de 1998, señala que con la norma en cuestión: "La responsabilidad penal de las personas naturales no se determina previamente, sino que, habiéndose establecido la comisión de un hecho punible por parte de la persona jurídica, el juez queda autorizado para imponer las penas correspondientes a las personas naturales. Al no someterse a las personas naturales a un juicio previo, en el cual se demuestre su responsabilidad penal, se desconoce el debido proceso".

cuál era el término máximo de la suspensión de la obra o actividad, o del cierre, ni el monto máximo o mínimo de la multa. En concepto de la Corte, esa mera enunciación de sanciones penales, sin definir límites y elementos ciertos de aplicación de las distintas penas, “viola del principio de legalidad, pues será el fallador, con criterios subjetivos, quien determine, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, cuál es la pena aplicable”.

En segundo lugar, para la Corte, existe una indeterminación parcial del procedimiento para el juzgamiento de las personas jurídicas. En su opinión: “Se desconoce el debido proceso y el principio de legalidad, por la inexistencia o ausencia de las ‘formas propias de un juicio’ definidas en ‘leyes preexistentes’, las cuales son necesarias para poder investigar y juzgar a alguien —sea persona natural o persona jurídica— por la comisión de un hecho punible (...). Por ende, para que puedan sancionarse penalmente a las personas jurídicas, no es suficiente que el Congreso defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable”.

Así las cosas, el legislador colombiano, para la fecha de expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, ya tenía herramientas en el ámbito legal y jurisprudencial, para delinear el marco de desarrollo de la responsabilidad penal de las personas físicas. No obstante, decide obviar los siguientes puntos:

1. Por criterios lógicos de sistematización, había podido introducir este tipo de responsabilidad en el Código Penal, no obstante la incluye en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal junto a una figura como el comiso.

2. Pese a que había podido definir la naturaleza de las sanciones aplicables a las personas jurídicas, no la especifica, utilizando de forma ambigua la expresión “medidas”.

3. Era consciente de que, en razón del principio de intervención mínima del derecho penal, debían delimitarse los delitos en los que se podía responsabilizar a los entes colectivos. Pese a lo anterior, decide establecer una disposición tan abierta como la del

artículo 90 del CPP en la que con la expresión “actividades delictivas” se podría vincular a la persona jurídica con la comisión de delitos tan disímiles como: terrorismo, homicidio, violencia carnal, hurto, traición a la Patria, o lavado de activos⁽¹⁰⁰⁾.

4. Pese a la importancia de definir el carácter principal o accesorio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, omitió pronunciarse respecto a si era necesario o no que previo a la sanción de la persona moral, existiera una responsabilidad penal de la persona física.

5. No obstante la insistencia de la Corte, no delimitó la extensión de las “medidas”, ni el esquema de participación en el ámbito procesal de la persona jurídica.

En efecto, ante lo poco definido por el legislador se da un amplio margen de arbitrio al juzgador, quien prácticamente puede fijar el esquema de responsabilidad penal de las personas jurídicas: los delitos, el carácter de la responsabilidad, el procedimiento y la extensión de las penas.

Debido a las limitaciones de espacio, el presente artículo solo pretende plantear algunas observaciones que surgen a raíz de la interpretación de la ley colombiana, y que sugieren un estudio posterior. Ahora bien, el tema de fondo como se ha venido señalando, es la resolución de los límites que impone una dogmática penal construida desde la persona física, a las necesidades político-criminales que claman por el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas morales.

Reconociendo que el carácter dinámico y evolutivo del derecho penal es el que le permite seguir de cerca y regular los fenómenos sociales, la autora es de la opinión de que esta contraposición entre política criminal y dogmática se debe resolver entendiendo a la dogmática como medio para realizar los fines de la política criminal. Solo siguiendo este camino, podrá hablarse de un nuevo principio en el derecho penal: *societas delinquere potest*.

(100) Velásquez V, F. *La responsabilidad penal...*, p. 236.

Bibliografía

- Alessandri, Alberto. *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*. En: La responsabilità amministrativa degli enti. Ipsoa Editore, Italia: 2002.
- Arroyo Zapatero, Luis. *Derecho penal económico y Constitución*. En: Revista penal n.º 1, Praxis, Barcelona.
- Bajo, Miguel/Bacigalupo, Silvina. *Derecho penal económico*. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid: 2001.
- Bacigalupo, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo (DIR), Marcial Pons, Madrid: 2005.
- Díaz Cortés, Lina Mariola. *El menor como sujeto de derechos: base para un modelo de responsabilidad penal*. En: Derecho penal contemporáneo —revista internacional— n.º 8, Legis, Bogotá: 2004.
- Giarda, Angelo. *Societas delinquere potest: o no?* En: La responsabilità amministrativa degli enti. Ipsoa Editore, Italia: 2002.
- García Aran, Mercedes. *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En: El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López. Comares, Granada: 1999.
- García Alfaraz, Ana Isabel, Autoría y participación en la delincuencia organizada, en *Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 3, n.º 1 y 2, Santiago de Compostela: 2000.
- Gracia Martín, Luis. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*. En: Actualidad Penal n.º 39, 25-31 octubre de 1993.
- Herrero Herrero, César. *Los delitos económicos*. Ministerio del Interior, Madrid: 1992.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos. *Derecho penal económico, parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia: 1998.
- Muñoz Conde, Francisco. *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*. En: Revista penal n.º 1, Praxis, Barcelona: 1998.
- Muñoz Conde, Francisco. *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. Hacia un derecho penal europeo*. En: Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid: 1995.
- Pérez del Valle, Carlos. *Introducción al derecho penal económico*. En: Curso de derecho penal económico. Enrique Bacigalupo (DIR), Marcial Pons, Madrid: 2005.
- Pérez Manzano, Mercedes. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En: Actualidad penal, 1195-1 marginal 14, Actualidad editorial, Madrid: 1995.
- Tiedemann, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas*. En: Gómez Colomer, Juan-Luis-González Cussac, José Luis (coords.). La reforma de la justicia penal —estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann—, Castelló de la Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1997.
- Tiedemann, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico —comunitario, español, alemán—*. PPU, Barcelona: 1993.
- Shünemann, Bernd. *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.
- Shünemann, Bernd. *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*. En: Hacia un derecho penal europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado, Madrid: 1995.

Velásquez V, Fernando. *La responsabilidad penal de los entes colectivos en el derecho colombiano. A propósito del artículo 2.º de la Ley 365 de 1997.*

En: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia: 2001.

Zugaldía Espinar, José Miguel. *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas.* En: *Cuadernos de política criminal*, 53, 1994.

Zugaldía Espinar, José Miguel. *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional 'societas delinquere non potest'.* En: *Cuadernos de política criminal*, n.º 11, 1980.

Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas.* Aranzadi, Navarra: 2003.

Peripecias político-criminales de la expansión del derecho penal

Juan Pablo Montiel Fernández
Becario Universitat Pompeu Fabra
(Argentina)*

Sumario

El derecho penal ha venido expandiéndose en el mundo jurídico de una manera considerable, a partir del problema del control social y el manejo político dado al tema. Esto ha llevado a encontrar un derecho penal mucho más amplio, afectando inclusive conductas que antes eran consideradas inocuas y entendiéndolo como el que soluciona los problemas, desdibujando su consideración de protector de bienes jurídicos.

Temas relacionados

Derecho penal de autor; expansión del derecho penal; tipicidad; ámbito de protección de la norma; bien jurídico; bagatela; política criminal.

(*) Quiero agradecer muy especialmente a los profesores Jesús-María Silva Sánchez, Ramón Ragués i Vallés e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno por sus agudas y enriquecedoras observaciones a este trabajo.