

# **PRIMERA LÍNEA**

**No. 11, diciembre 2019**

**MPA DERECHO PUNITIVO Y RIESGOS CORPORATIVOS**

## **EQUIPO EDITORIAL**

Mauricio Pava Lugo  
Director Editorial

Andrés Felipe Díaz Arana  
Director Académico

Paul Cifuentes  
Editor

## **CONSEJO EDITORIAL**

Andrés Felipe Zapata Zapata  
Daniel Santiago Guio Díaz  
Juan David León Quiroga

## **COLUMNISTAS**

Daniel Esteban Cristancho Grajales  
Eduardo Julián Ramírez Uribe  
María Florencia Masini  
Mauricio Pava Lugo

# EQUIPO EDITORIAL

## **MAURICIO PAVA LUGO**

*Director editorial*

Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en Compliance de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; conjuer del Consejo Nacional Electoral. Miembro de la comisión asesora para la Política Criminal del Estado Colombiano; miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de pregrado y posgrado en varias universidades. Director del Boletín Académico “Primera Línea”.

## **ANDRÉS FELIPE DÍAZ ARANA**

*Director académico*

Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), Grado Cum Laude. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona (Barcelona, España) y la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España), Premio al Primer Puesto en la Edición 2014-2015. Magíster en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Barcelona, Matrícula de Honor por Unanimidad en TFM 2015. Especialista en Derecho Médico Sanitario de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctorando en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra. Profesor titular en pregrado de la Universidad de los Andes y la Universidad de la Sabana, y en posgrado de distintas universidades. Autor de varias publicaciones académicas sobre Derecho Penal y Política Criminal en revistas especializadas nacionales e internacionales. Director Académico y miembro del Consejo Editorial del Boletín Académico “Primera Línea”.

## **PAUL CIFUENTES (Lingua Franca)**

*Editor*

Licenciado en filología inglesa y aspirante a magister en filosofía de la Universidad Nacional. Ha sido docente consultor en redacción de textos jurídicos, inglés jurídico, traducción de textos jurídicos y lingüística forense para firmas distintas firmas y oficinas jurídicas; ha capacitado y asesorado despachos de la Rama Judicial. Ha actuado como perito convocado por las partes o por la Fiscalía General de la Nación. Es docente de los departamentos de Lingüística y Estadística de la Universidad Nacional de Colombia, en las áreas de redacción de textos jurídicos, argumentación oral, y comprensión y producción de textos académicos; está vinculado con la Unidad de Docencia e Investigación en Textos Argumentativos (Universidad Nacional) y el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos. Es el Director académico y científico de *Lingua Franca: servicios lingüísticos y académicos*.

# CONSEJO EDITORIAL

## **ANDRÉS FELIPE ZAPATA ZAPATA**

*Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial*

Estudiante de la facultad de derecho de la Universidad La Gran Colombia, con trayectoria de más de 10 años en la gestión litigiosa en el área de derecho penal. Autor publicado de estudios en derecho penal y tributario (Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, el delito tributario según la Ley 1943 de 2018: análisis dogmático de las figuras típicas). Participante y organizador permanente de las Jornadas Académicas de Derecho Procesal, Capítulo Caldas del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Autor, columnista y miembro del Consejo Editorial del Boletín Académico “Primera Línea”.

## **DANIEL SANTIAGO GUÍO DÍAZ**

*Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial*

Abogado de la Universidad Sergio Arboleda y perteneciente al programa de honores de la misma universidad. Especialista en Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes con diplomado de formación ejecutiva en Gestión de Riesgos Corporativos de la misma universidad. Experto en planes de defensa corporativa, programas de cumplimiento, instrumentalización de decisiones, estructuración de medidas de gobierno corporativo, apoyo a la gestión en materia de libro blanco y gestión de litigios. Autor, columnista y miembro del Consejo Editorial del Boletín Académico “Primera Línea”.

## **JUAN DAVID LEÓN QUIROGA**

*Columnista/Miembro del Consejo Editorial*

Abogado graduado de la Universidad del Rosario con profundización en Derecho Penal; especialista en Derecho Penal en esta universidad. Magíster en Derecho Penal y Ciencias penales en la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra y Curso Superior Universitario en Compliance penal de la Universidad de Barcelona. Autor, columnista y miembro del Consejo Editorial del Boletín Académico “Primera Línea”.

# COLUMNISTAS

## **DANIEL ESTEBAN CRISTANCHO GRAJALES**

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Asistente legal de la firma MPA, en donde ejerce consultoría y acompañamiento en materia penal y *compliance* de organizaciones pertenecientes al sector de prestación de servicios públicos domiciliarios.

## **EDUARDO JULIÁN RAMÍREZ URIBE**

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, Máster en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España), con formación en Conciliación en Derecho, y oficial de cumplimiento de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como funcionario judicial en la Fiscalía General de la Nación y en la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. También se ha desempeñado como docente en el área de Derecho Penal y ha dirigido el Consultorio Jurídico de la Universidad Manuela Beltrán.

## **MARÍA FLORENCIA MASINI**

Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba y adscripta a la cátedra de Derecho Penal I de la misma universidad. Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Barcelona. E-mail: flor.masini@gmail.com.

## **MAURICIO PAVA LUGO**

Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en Compliance de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; conjuer del Consejo Nacional Electoral. Miembro de la comisión asesora para la Política Criminal del Estado Colombiano; miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de pregrado y posgrado en varias universidades. Director del Boletín Académico “Primera Línea”.

# CONTENIDO

<b><u>“CON FRECUENCIA EL EXCESO EMPEQUEÑECE EL TEMA” (N. BOILEAU)</u></b>	<b>8</b>
MAURICIO PAVA LUGO	8
<b><u>CORTE CONSTITUCIONAL UNIFICA CRITERIOS EN TORNO A LAS FACULTADES DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO EN MATERIA DE PREACUERDOS</u></b>	<b>11</b>
EDUARDO JULIÁN RAMÍREZ URIBE	11
<b><u>¿QUÉ ES UN DELITO SOCIETARIO EN COLOMBIA?</u></b>	<b>21</b>
DANIEL ESTEBAN CRISTANCHO GRAJALES	21
<b><u>ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CON RELACIÓN A LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE</u></b>	<b>31</b>
MARÍA FLORENCIA MASINI	31

# “Con frecuencia el exceso empequeñece el tema” (N. Boileau)

Mauricio Pava Lugo<sup>1</sup>

Sin duda las leyes 1273 de 2.009, la 1581 de 2.012, y toda la regulación que les ha seguido, pusieron en su lugar una urgencia. Respetar el valor de los datos personales. Hasta ese momento, por ejemplo, había poca conciencia de la incorrección inherente en la comercialización, sin autorización, de las bases de datos, o del acceso libre a registros financieros, entre muchísimas otras cosas. En síntesis, los datos personales eran algo intangible, gaseoso, sin mucho “valor” para sus titulares.

Hoy la realidad es otra. Conocemos el valor de los datos personales, pues cuando menos dos liderazgos internacionales (Trump y Jhonson) se han hecho al poder con la ayuda de los algoritmos que identificaban las tendencias en las subyacencias de los datos personales. Hemos dado pasos positivos por una cultura de legalidad respetuosa de políticas de protección de datos personales. Pero como en todo, el péndulo se pega al extremo y nos enfrentamos al riesgo de los fundamentalismos. Dos eventos me han puesto en estas reflexiones:

Caso 1. Una empresa remite información comercial a buzones de correo electrónico que habían sido publicados por otra empresa en su página web. La SIC sanciona por uso indebido de datos personales. La tesis. No hubo autorización previa para enviar información a los buzones de correo que fueron publicados en la red. Caso 2. Una empresa de gestión de riesgos construye un documento en donde resalta la información personal que algunos ciudadanos han publicado en sus redes sociales. A toda la información, que fue compilada, se accede por fuentes abiertas. La Fiscalía acusa por violación de datos personales. La tesis. No obstante que toda la información era de acceso público por iniciativa de los

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; *conjuéz* de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; *conjuéz* del Consejo Nacional Electoral. Miembro de la comisión asesora para la Política Criminal del Estado Colombiano; miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de pregrado y posgrado en varias universidades. Director del Boletín Académico “Primera Línea”.

titulares de la información, al tener datos sensibles (fotos de los hijos menores de edad, preferencias políticas) se comete el delito.

Creo firmemente que si convertimos nuestro sistema de protección de datos en un “régimen talibán” a la larga el exceso deslegitimará los grandes esfuerzos que tanto la SIC como la Fiscalía han emprendido desde hace más de 10 años, pues la autoridad e incluso el poder sancionatorio difícilmente pueden ir contra el sentido común, aun y cuando exista como atar las decisiones (en exceso) de bases normativas.

El principio de auto-responsabilidad hegeliano, donde cada uno es responsable de sus propios actos, es determinante para acompasar el sentido común con las expectativas normativas. Si los titulares de los datos los han publicado, para acceso de todos, de allí a que hubieren renunciado a la privacidad, al uso íntimo de los mismos, es un imposible imputar objetivamente como conducta incorrecta, el acceso, uso e incluso compilación de estos. Pues en el caso 1 sería tanto como “sancionar” a las empresas que (antes) enviaban publicidad física (volantes) a las direcciones que publicábamos en las paginas amarillas, bajo la tesis de no haber autorizado el “envío de información comercial”. O en el caso 2 tendríamos que sancionar al periodista o estudiante que con la metodología de “inteligencia social” elabora un informe o tesis, por ejemplo, sobre los congresistas que a lo largo de su ejercicio han ido cambiando de preferencias políticas, bajo el argumento que la filiación política es un dato sensible así sea público. Como decía mi profesor ya ausente, “ni tanto que queme al santo ni tan poco que no lo alumbré”.

## **En esta entrega de Primera Línea**

Para la última entrega del año, se analizó la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, en el tema de los preacuerdos, y su control por parte del juez de conocimiento. Sobre preacuerdos han corrido mares de tinta, escribir de nuevo sobre ello, es valido, como quiera que nuestra jurisprudencia ordinaria va, viene, y vuelve, sin que se haya estabilizado una línea pacífica. Se aborda desde la perspectiva de la Corte Constitucional.

La columna de interés procura responder la siguiente pregunta: ¿Qué es un delito societario en Colombia? Se ofrece una definición de esta figura aplicable a nuestro ordenamiento nacional.

Finalmente, para la columna entre líneas, tenemos una invitada internacional, quien nos hablará sobre donde corresponde situar al programa de cumplimiento o *compliance program* en la teoría de delito según los lineamientos previstos actualmente en el derecho positivo español y argentino. Sobre todo, se trata la atenuación o exclusión de la sanción.

.....

A mis queridos compañeros de aventura académica, muchas gracias por su paciencia y esfuerzo, y a quienes nos siguen, una feliz navidad y prospero 2020, terminamos este año muy complacidos en Primera Línea, logramos nuestro añorado libro, confiamos, será el tomo I de muchos que vendrán.

# Corte Constitucional unifica criterios en torno a las facultades del juez de conocimiento en materia de preacuerdos

Eduardo Julián Ramírez Uribe<sup>2</sup>

El preacuerdo, como mecanismo de justicia premial en el marco de la terminación anticipada del proceso penal, ha sido analizado, ampliamente, por la jurisprudencia de las Altas Cortes, aunque no siempre ha habido acuerdo entre ellas respecto de cuáles son los límites que detentan los jueces de conocimiento al momento de verificar el contenido del preacuerdo realizado con el procesado. En reciente providencia, la Corte Constitucional unificó los criterios en torno a esta figura, con lo cual se separó, en algunas consideraciones, del máximo tribunal de casación penal.

## Sumario:

I. Introducción II. Posturas de la Corte Suprema de Justicia III. Postura de la Corte Constitucional IV. Reflexión final

## I. Introducción

Tal como lo concibe la Fiscalía General de la Nación, el preacuerdo es “un convenio sobre los términos de la imputación, la aceptación total o parcial de los cargos, o diferente tipificación de la conducta, celebrado entre el fiscal delegado y el imputado o acusado asistido por su defensor, que tiene como objetivo

---

<sup>2</sup> Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, Máster en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España), con formación en Conciliación en Derecho, y oficial de cumplimiento de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como funcionario judicial en la Fiscalía General de la Nación y en la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. También se ha desempeñado como docente en el área de Derecho Penal y ha dirigido el Consultorio Jurídico de la Universidad Manuela Beltrán.

específico la rebaja de la pena y como finalidades generales [...] humanizar la actuación procesal y la pena [y] obtener pronta y cumplida justicia”<sup>3</sup>.

Para Carvajal, existen dos tendencias frente a los preacuerdos<sup>4</sup>: de un lado el esquema de alegaciones preacordadas de culpabilidad o *plea bargaining*, que consiste en la posibilidad de acordar los hechos imputados y sus consecuencias, acuerdo que es vinculante hasta el punto de relevar al juez de conocimiento de cualquier forma de control a la negociación preacordada; y, de otro, el modelo de conformidades, en el que las partes tienen la facultad de preacordar circunstancias muy limitadas y, en todo caso, el juez contará con amplias facultades para analizar “todos los extremos contenidos en el escrito de acusación: hechos, calificación jurídica, responsabilidad penal y civil [...] el juez de conocimiento debe quitarse la toga y sentarse en el plano de negociación de las partes”<sup>5</sup>.

En Colombia, la figura del preacuerdo está prevista en los artículos 348 al 354 de la Ley 906 de 2004. Este mecanismo de terminación anticipada del proceso penal cuenta con subreglas fijadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia; corporaciones que han emitido múltiples pronunciamientos con el objetivo de delimitar cuáles son los alcances del control jurisdiccional que debe ejercer el juez de conocimiento.

En el curso del establecimiento de una línea jurisprudencial, no siempre se ha mantenido la misma perspectiva ni han permanecido incólumes los criterios defendidos por la Sala de Casación Penal, en relación con los varios asuntos que se relacionan con la figura en mención. De hecho, ha ocurrido que, en algunas ocasiones, la divergencia de criterios es tal que, incluso, ha separado a las Altas Cortes, pues, en algunas ocasiones, se ha sostenido el esquema de alegaciones preacordadas, en otras, se ha defendido el modelo de conformidades y, en otras oportunidades, se ha formulado una tesis intermedia<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio. p. 225. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>

<sup>4</sup> CARVAJAL, Hilda. Terminación anticipada del proceso. pp. 46 y 47. En: DE DIEGO DIEZ, L., CARVAJAL H. y CADAVID, P. Acuerdos y preacuerdos y la participación de víctimas en el proceso: Dos cuestiones clave para el sistema penal oral acusatorio.

<sup>5</sup> CARVAJAL, H., *Óp. Cit.* p. 47.

<sup>6</sup> Entre otras, ver: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 de 2005. Expediente D-5731. (5, diciembre, 2005). [En línea]. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1260-05.htm>; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de segunda instancia N. 41.570. (20, noviembre, 2013). [En línea]. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2013/41570\(20-11-13\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2013/41570(20-11-13).doc)

Dada la existencia de diversas posturas, la Corte Constitucional, recientemente, profirió la Sentencia SU-479 de 2019<sup>7</sup>. Allí, fijó límites sustanciales para Fiscalía y procesados al momento de preacordar y para el juez de conocimiento cuando deba valorar los preacuerdos<sup>8</sup>. Con el fallo *sub examine*, la Corte Constitucional unifica criterios en torno a los preacuerdos y negociaciones, apartándose, en algunos aspectos, de la línea que actualmente mantiene la Corte Suprema de Justicia. En lo que sigue, nos referiremos con más detalle sobre particular.

## II. Posturas de la Corte Suprema de Justicia

La primera postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, recopilada en la Sentencia SP 14191 de 2016<sup>9</sup>, consistía en que **no puede haber control material en los preacuerdos**, dado que la acusación es un acto de parte que reside en la actuación de la Fiscalía General de la Nación. Esto, como quiera que debe armonizarse con el principio adversarial, el cual impide que el juez de conocimiento ejerza un control material. De lo contrario, se generaría un desbalance en el sistema, en el sentido de que “daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la fiscalía (función requirente), y el juez

---

<sup>7</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 479 de 2019. Expedientes T-6.931.099/ T-7.256.420. (15, octubre, 2019). [En línea]. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible e: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2040%20comunicado%2015%20y%2016%20de%20octubre%20de%2019.pdf>

<sup>8</sup> La Sentencia SU-479 de 2019 analizó 2 casos: **1) Expediente T-6.931-099**: en este caso, el accionante impetró la acción de tutela contra dos providencias judiciales que improbaron el preacuerdo celebrado entre fiscalía y procesado arguyendo que dichas decisiones produjeron la vulneración de sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, además de desconocer el precedente de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la posibilidad de reconocer la circunstancia de marginalidad en un preacuerdo. **2) Expediente T-7.256.420**: allí, el accionante (ministerio público) impetró la acción constitucional contra las providencias judiciales que aprobaron el preacuerdo, que se celebró entre el ente acusador y el procesado, respecto del delito de acceso carnal con persona incapaz de resistir, aduciendo que las providencias incurrieron en el defecto de decisión sin motivación, que las decisiones vulneraban el principio de legalidad y los derechos de i) debido proceso, ii) acceso a la administración de justicia y iii) participación de las víctimas. Se destaca que, **en el Expediente T-6.931-099**, la Corte Constitucional determinó que no hubo ninguna vulneración de derechos fundamentales y que las providencias objetadas con la acción constitucional, en verdad, respetaron las disposiciones de la Sentencia C-1260 de 2005, mientras que, **en el Expediente T-7.256.420**, la Corte Constitucional accedió a los argumentos del accionante, dado que no se tuvieron en cuenta los derechos de la víctima y el enfoque diferencial que debían aplicar en respeto a su condición.

<sup>9</sup> De conformidad con la recapitulación hecha por la Corte Suprema de Justicia, la sentencia hito es la Sentencia AP 2994 de 2008. Ver: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 14191 de 2016. Rad: 45.594. (5, octubre, 2016). [En línea]. M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP14191-2016\(45594\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP14191-2016(45594).doc)

(función jurisdiccional), en el proceso penal”<sup>10</sup>. El origen de esta postura se remonta a la Sentencia AP 29994 de 2008<sup>11</sup>.

En contraste, una segunda postura de la Sala Penal proponía un control extendido de los preacuerdos con fundamento en la interpretación amplia de la Sentencia C-1260 de 2005. De conformidad con la Sentencia SP-14191 de 2016, esta tesis se caracteriza porque **permite un control material, con injerencia profunda** en el contenido de los preacuerdos para “la realización de los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad mínima”<sup>12</sup>. De hecho, en la Sentencia SP-14191 de 2016, se hizo alusión a la Sentencia SP 27759 de 2007<sup>13</sup>, providencia fuente de la segunda postura, en la que esta Alta Corte señaló que el control es necesario para evitar que el preacuerdo convierta al “proceso penal en un festín de regalías que desnaturalicen o desacrediten la función de administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y el derecho de las víctimas a conocer la verdad”<sup>14</sup>.

La tercera y actual tesis de la Corte Suprema de Justicia se encuentra plasmada en la Sentencia SP 14191 de 2016, en donde la Sala Penal expresó que el juez **“por regla general, no puede hacer control material de la acusación o de los acuerdos en procesos tramitados por la Ley 906 de 2004, y que solo le es**

---

<sup>10</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 14191 de 2016. Rad: 45.594. (5, octubre, 2016). [En línea]. M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP14191-2016\(45594\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP14191-2016(45594).doc)

<sup>11</sup> En esta providencia, la Corte Suprema de Justicia expresó: “[...] la confección del escrito de acusación es un acto de parte, de la Fiscalía General de la Nación, que, como se ve, está reglado, entre otros, por los artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004, acto que, por su naturaleza, aunque reglado, no tiene control judicial, tal como sucede en otros procesos adversariales. “En el proceso penal colombiano no se previó que la acusación tuviera controles, distintos a los que se plantean en la audiencia de formulación de la acusación, que como se dijo, están dirigidos al saneamiento del juicio – solo a la verificación de la existencia de unos contenidos-, pero de ninguna manera a discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial, o sus aspectos de fondo. “[...] Permitir que el juez intervenga en la definición del *nomen iuris* de la acusación, sería autorizar que el juez no solo interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la fiscalía porque le marca el derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional), en el proceso penal”. En: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP-14191-2016. Rad: 45.594 (5, octubre, 2016). M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya.

<sup>12</sup> I COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 14191 de 2016. Rad: 45.594. (5, octubre, 2016). [En línea]. M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP14191-2016\(45594\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP14191-2016(45594).doc)

<sup>13</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 27759 de 2007. Rad: 27.759. (12, septiembre, 2007). [En línea]. M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Disponible en: [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_759920423b19f034e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920423b19f034e0430a010151f034)

<sup>14</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 14191 de 2016. Rad: 45.594. (5, octubre, 2016). [En línea]. M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP14191-2016\(45594\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP14191-2016(45594).doc)

**permitido realizarlo, de manera excepcional, cuando objetivamente advierta afectaciones manifiestas y groseras de los derechos fundamentales” (negrita fuera de texto)<sup>15</sup>.**

En este sentido, en la Sentencia SP 932-2016, la Corte Suprema de Justicia restringió los alcances del control jurisdiccional. En dicho fallo, señaló que es impermissible que el juez de conocimiento modifique los términos de los preacuerdos o negociaciones con el objeto de ajustar la tipificación delictual o interferir en la teoría del caso del ente acusador. Esto, por cuanto “lo que debe confrontar el juez de conocimiento es que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes realizan su consenso”<sup>16</sup>. Adicionalmente, la corporación advirtió, en la sentencia, que el juez de conocimiento no puede entrar a analizar el núcleo fáctico de la imputación, pues podría afectar el derecho fundamental del debido proceso y el principio de imparcialidad del juez<sup>17</sup>. Lo anterior, para concluir que el juez no puede ser parte dentro del litigio, pues su rol implica objetividad al momento de administrar justicia, siendo incompatible cualquier clase de interés personal o público, salvo el respeto de las garantías fundamentales<sup>18</sup>.

### **III. Postura de la Corte Constitucional (SU-479 de 2019)**

Para la Corte Constitucional, no había un precedente vinculante en la Corte Suprema de Justicia<sup>19</sup> respecto del alcance del control judicial del preacuerdo, en especial, sobre el reconocimiento de las circunstancias

---

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 932-2016. Radicado 43.356. (3, febrero, 2016). [En línea]. M.P. José Leonidas Bustos. P. 72. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP931-2016\(43356\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP931-2016(43356).pdf)

<sup>17</sup> “[E]l presupuesto de todo preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica”. En: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 932-2016. Radicado 43.356. (3, febrero, 2016). [En línea]. M.P. José Leonidas Bustos. P. 71. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP931-2016\(43356\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP931-2016(43356).pdf)

<sup>18</sup> Al respecto, la corporación señala, como ejemplo, el siguiente: “si la intervención informal del juez está dirigida a modificar los límites punitivos del acuerdo en detrimento de los intereses del procesado, estaría actuando en pro de la función que le asiste a la Fiscalía como órgano de persecución. En cambio, si interviene para mejorar la situación jurídica del acusado en el acuerdo, estaría evidenciando un interés de índole particular en el proceso.” En: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 932-2016. Radicado 43.356. (3, febrero, 2016). [En línea]. M.P. José Leonidas Bustos. p. 75. Disponible en [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP931-2016\(43356\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP931-2016(43356).pdf)

<sup>19</sup> Textualmente, la Corte constitucional aseveró: “La Sala pudo advertir en el recuento de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que efectuó en esta providencia que, a diferencia de lo manifestado por la accionante y por los jueces de tutela, no existe

de menor punibilidad<sup>20</sup>. Por lo anterior, decidió dirimir el asunto, profiriendo, en consecuencia, la Sentencia SU-479 de 2019. En esta decisión, **la Corte Constitucional, acogió la segunda tesis de la Corte Suprema de Justicia**, ampliando su margen y señaló, adicionalmente, las siguientes subreglas jurisprudenciales frente a los preacuerdos:

- Es deber último de la Corte Constitucional fijar los límites constitucionalmente compatibles respecto del proceso penal, junto con los derechos y garantías involucradas.
- Las facultades de negociación de la Fiscalía General de la Nación en materia de preacuerdos son limitadas, puesto que se encuentra controlada por los parámetros constitucionales, legales y, jurisprudenciales.
- El esquema procesal penal es garantista y no cede ante propósitos eficientistas, que desconozcan los presupuestos fácticos del caso, ni los derechos de las víctimas como sujetos de especial protección.
- La Fiscalía no puede elegir deliberadamente el proceso penal, pues se debe ajustar a los hechos jurídicamente relevantes.
- “El preacuerdo debe respaldar los hechos jurídicamente relevantes con los elementos de prueba y las evidencias que hasta el momento haya recaudado el fiscal delegado”<sup>21</sup>.
- Los jueces penales son jueces constitucionales y el control que ejercen sobre los preacuerdos es de carácter material, en respeto de los derechos y garantías fundamentales<sup>22</sup>.

---

precedente uniforme obligatorio en la CSJ sobre ninguno de los dos asuntos (alcance de la facultad de los jueces para realizar el control de preacuerdos y deber de los fiscales de acreditar las circunstancias de menor punibilidad que reconocen al preacordar), por lo que no podría hablarse de una violación al debido proceso por desconocimiento del precedente en este caso”. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-479 de 2019. (i) T-6.931.099 y (ii) T-7.256.420 acumulados. (15, octubre, 2019). [En línea]. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#\\_ftn174](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#_ftn174)

<sup>20</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-479 de 2019. (i) T-6.931.099 y (ii) T-7.256.420 acumulados. (15, octubre, 2019). [En línea]. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#\\_ftn174](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#_ftn174)

<sup>21</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-479 de 2019. (i) T-6.931.099 y (ii) T-7.256.420 acumulados. (15, octubre, 2019). [En línea]. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#\\_ftn174](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#_ftn174)

<sup>22</sup> Expresamente, la Corte Constitucional indicó: “este control que realizan los jueces de conocimiento de los preacuerdos, a diferencia de lo dispuesto por algunas sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no se advierte incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. La posibilidad de que el juez penal realice control material obedece, principalmente, a su calidad de juez constitucional. Además, lo anterior no impide que tanto la activación como el impulso de la pretensión punitiva estatal continúen, exclusivamente, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación en quien, según la Constitución y la ley, recae el deber de acusar o presentar preacuerdos ante los jueces de conocimiento (artículos 250.4 de la C.N. y 336 y 339 inciso 2º del C.P.P.)” En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-479 de 2019. (i) T-6.931.099 y (ii) T-7.256.420 acumulados. (15, octubre, 2019). [En línea]. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#\\_ftn174](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#_ftn174)

- Los derechos de las víctimas suponen límites a la discrecionalidad de la Fiscalía para suscribir preacuerdos y para los jueces al momento de ejercer control sobre éste.
- Se debe garantizar la efectiva participación de las víctimas, pues supone la concreción de los fines de la administración de justicia.
- Al momento de aprobar o improbar preacuerdos debe existir una valoración jurídica probatoria por parte del juez<sup>23</sup>.

Vale la pena destacar que la Sentencia SU-479 de 2019 amplió lo previsto en la Sentencia C-1266 de 2005, en la cual esta corporación había advertido, por ejemplo, lo siguiente:

La facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. (...) [El] fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente<sup>24</sup>.

Según esta Corporación, la prohibición a la Fiscalía de crear tipos penales o acordar la acusación de delitos que no correspondan al núcleo fáctico, también supone, para el juez de conocimiento, verificar que el ente acusador cumpla con el deber que le fue establecido. Por ende, es posible señalar que, desde una etapa temprana de aplicación de la existencia de la Ley 906 de 2004, se ha indicado que el juez de conocimiento puede ejercer controles materiales<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> En este sentido, resulta menester señalar lo dispuesto por la Corte Constitucional. Veamos: “considera la Sala que, así como se requiere un mínimo de evidencia que permita inferir la autoría de la conducta por parte del imputado o acusado para que no se comprometa la presunción de inocencia del procesado y se pueda realizar el preacuerdo, también se requieren elementos materiales probatorios o evidencias físicas al menos sumarias que acrediten las circunstancias de menor punibilidad que se alega influyeron en la perpetración del delito”. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-479 de 2019. (i) T-6.931.099 y (ii) T-7.256.420 acumulados. (15, octubre, 2019). [En línea]. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#\\_ftn174](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#_ftn174)

<sup>24</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 de 2005. Expediente D-5731. (5, diciembre, 2005). [En línea]. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1260-05.htm>

<sup>25</sup> En apoyo a esta tesis, Álvaro Pérez Pinzón, sobre el conflicto que existe para el servidor judicial al momento de resolver, sugiere que debe preferirse siempre lo sustancial, por encima de lo procesal, en el entendido que, si bien deben respetarse las pautas del proceso penal, dado que es un medio para la realización de justicia y un límite al desborde del derecho penal, el derecho sustantivo prima sobre cualquier regla de trámite. En: PÉREZ PINZÓN, Álvaro. Los principios generales del proceso penal. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 93-94

Este control material, de acuerdo con la Sentencia SU-479 de 2019, resulta ser amplio por el rol constitucional del juez penal, dado que “existen algunos eventos en los cuales, debido a la gravedad de los delitos que se investigan (homicidio, violencia sexual) y a la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas (niños y niñas, adultos mayores, mujeres en situación de discapacidad), se demanda de las autoridades judiciales, en un proceso penal, una mayor consideración para que se atienda a los intereses de las víctimas y se respete el derecho de la víctima a participar”<sup>26</sup>.

## IV. Reflexión final

La posición de la Corte Constitucional fijada en la Sentencia SU-479 de 2019 estableció un control amplio en donde el juez de conocimiento funge como juez constitucional, por lo que debe ejercer control material. Esta providencia amplió, significativamente, el margen expuesto en la Sentencia C-1266 de 2005. Lo anterior genera controversia con la posición actual de la Corte Suprema de Justicia, porque supone un retorno a la segunda tesis que en su momento fijó la jurisdicción ordinaria y que, actualmente, abandonó en procura de una tesis ecléctica.

**Esta situación abre la discusión sobre cuál es la postura jurisprudencial más idónea en la práctica,** dentro del ámbito del sistema penal oral acusatorio con tendencia adversarial colombiano. Lo anterior, toda vez que se está alterando la figura de los preacuerdos, limitando las facultades de negociación entre el ente persecutor y la bancada de la defensa (acusado/defensor), lo que podría generar un impacto negativo en la utilización de este mecanismo de terminación anticipada del proceso penal.

A decir verdad, en un esquema de justicia penal de tendencia adversarial, el juez de conocimiento debe obrar como tercero imparcial. Permitir que el juez de conocimiento cuente con facultades de control material de los preacuerdos desnaturaliza su rol como juez. Por lo anterior, la tesis actual de la Corte Suprema de Justicia, consistente en que procede el control material que ejerce el juez de conocimiento sobre los preacuerdos, sólo por excepción, cuando peligren las garantías fundamentales de las partes, es

---

<sup>26</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-479 de 2019. (i) T-6.931.099 y (ii) T-7.256.420 acumulados. (15, octubre, 2019). [En línea]. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#\\_ftn174](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/su479-19.htm#_ftn174)

la que, a nuestro juicio, resulta ser la postura más acertada de cara al esquema jurídico-procesal adoptado en Colombia, que, se reitera, es de tendencia acusatoria y adversarial.

En última instancia, las posturas de las Altas Corporaciones reflejan la importancia de que los sujetos procesales respeten los límites que los vinculan en materia de preacuerdos y negociaciones, atendiendo a las circunstancias fácticas y jurídicas que conforman la realidad procesal, de forma que no sean vulnerados los derechos de las víctimas como intervinientes especiales.

## Bibliografía

CARVAJAL, Hilda. Terminación anticipada del proceso. En: DE DIEGO DIEZ, Luis., CARVAJAL, Hilda., y CADAVID, Paula. Acuerdos y preacuerdos y la participación de víctimas en el proceso: Dos cuestiones clave para el sistema penal oral acusatorio. Bogotá D.C.: Editorial Milla Ltda., 2009.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1260 de 2005. Expediente D-5731. (5, diciembre, 2005). [En línea]. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1260-05.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-479 de 2019. Expedientes T-6.931.099/ T-7.256.420. (15, octubre, 2019). [En línea]. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2040%20comunicado%2015%20y%2016%20de%20octubre%20de%202019.pdf>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 14191 de 2016. Rad: 45.594. (5, octubre, 2016). [En línea]. M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP14191-2016\(45594\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP14191-2016(45594).doc)

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. SENTENCIA SP 932-2016. Radicado 43.356. (3, febrero, 2016). [En línea]. M.P. José Leonidas Bustos. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP931-2016\(43356\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP931-2016(43356).pdf)

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de segunda instancia N. 41.570. (20, noviembre, 2013). [En línea]. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2013/41570\(20-11-13\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2013/41570(20-11-13).doc)

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL DEFINICIÓN DE COMPETENCIAS. Sentencia AP 2994 de 2008. Rad: 29994. (15, julio, 2008). [En línea]. Disponible en: [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_759920424cc2f034e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920424cc2f034e0430a010151f034)

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP-14191-2016. Rad: 45.594 (5, octubre, 2016). M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 27759 de 2007. Rad: 27.759. (12, septiembre, 2007). [En línea]. M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Disponible en: [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_759920423b19f034e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920423b19f034e0430a010151f034)

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>

PÉREZ PINZÓN, Álvaro. Los principios generales del proceso penal. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004.

# ¿Qué es un delito societario en Colombia?

Daniel Esteban Cristancho Grajales<sup>27</sup>

A decir verdad, en Colombia, no existe una clara definición de lo que puede ser considerado un delito societario. A partir del desarrollo elaborado por la doctrina española, se buscará establecer cuáles son los criterios para determinar lo que es un delito societario, cómo se puede identificar, cuáles son sus elementos comunes y qué relación guarda con la delincuencia empresarial. Al final, se tomará postura y se ofrecerá una definición de esta figura que sea aplicable a nuestro ordenamiento nacional.

## Sumario

I. Introducción II. Delitos societarios en la doctrina española III. Infracción del deber, delitos societarios y delincuencia empresarial IV. Toma de postura.

## I. Introducción

Actualmente, en Colombia, no existe una posición dogmática que explique, con exactitud, lo que debe concebirse como un delito societario. Esta situación hace necesario examinar las posturas de algunos de los doctrinantes más relevantes de los sistemas normativos que contemplan expresamente dicha categoría —como el ibérico, en el cual la figura de delitos societarios tiene un desarrollo positivo expreso<sup>28</sup>— en aras de determinar por qué cierto tipo penal debería considerarse societario. A lo largo de la presente columna, se exhibirá la posición de la doctrina española respecto a la concepción de lo que es un delito societario y, de conformidad con ello, se buscará establecer si, dentro de la legislación penal colombiana, es posible

---

<sup>27</sup> Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Asistente legal de la firma MPA, en donde ejerce consultoría y acompañamiento en materia penal y *compliance* de organizaciones pertenecientes al sector de prestación de servicios públicos domiciliarios.

<sup>28</sup> ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley Orgánica 10 (23, noviembre, 1995). Del Código Penal. En: Boletín Oficial del Estado. Noviembre, 1995. Nro. 281. Título III, capítulo XIII, Artículos 290–297.

agrupar un conjunto de delitos y determinar si ellos poseen la característica de societarios según los criterios dogmáticos citados.

## II. Delitos societarios en la doctrina española

Dentro de la ejecución de su objeto empresarial, las sociedades mercantiles pueden, eventualmente, estar expuestas a riesgos punitivos. Estos pueden darse en el marco de dos situaciones; en la primera de ellas, es la sociedad mercantil, o su componente humano, quien comete delitos en favor de esta. En la segunda situación, el componente humano de la sociedad mercantil genera un perjuicio patrimonial considerable tanto a la sociedad como a sus socios. A partir de lo anterior, puede plantearse un primer interrogante: ¿El delito societario se comete *a favor* o *en contra* de la empresa?

Un buen referente para empezar a abordar la cuestión es la reforma del Código Penal realizada en España en 2015 que cubrió diversos tópicos, incluido el de nuestro interés. Por otra parte, el profesor Martínez-Buján ha indicado que los delitos societarios son aquellos cuyos “hechos delictivos se ejecuten en el marco de las sociedades mercantiles cuyos autores sean sujetos que desempeñan tareas de administración o tengan una especial situación de preeminencia en el seno de la sociedad”<sup>29</sup>.

De otro lado, para el profesor Bacigalupo este tipo de delitos “constituyen una singularidad legislativa, ya que el único antecedente existente en relación con una sistematización semejante de ilicitudes sometidas a sanción en el marco de la actividad societaria es en el Código Civil italiano de 1942, que contiene una serie de tipos penales como las falsas comunicaciones, reparto ilegal de utilidades, divulgación de noticias sociales reservadas, violación de los deberes de los administradores, maniobras fraudulentas, entre otros”<sup>30</sup>.

En otro sentido, para el profesor Del Rosal Blasco, los delitos societarios tienen como finalidad la tutela de “bienes jurídicos de naturaleza individual, básicamente concretados (mediata o inmediatamente) en el patrimonio de la sociedad, en el de los socios o en el de terceros, o de naturaleza colectiva, designados a

---

<sup>29</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial. Editorial Tirant Lo Blanch, 2005. p.347

<sup>30</sup> BACIGALUPO, Enrique. Curso de Derecho Penal Económico. Marcial Pons, 2005. p. 415

través del concepto de orden económico o socio-económico, aceptándose, incluso, por algunos autores su naturaleza mixta (patrimonial y socio-económica o falsaria y patrimonial)<sup>31</sup>.

Adicionalmente, el profesor Luzón y la profesora Roso sostienen que “para la mayoría de la doctrina de dicho ordenamiento, el bien jurídico es el patrimonio—tanto el social, como el de los socios—así como la estabilidad del tráfico económico. Puesto, en otros términos: el bien jurídicamente tutelado se refiere a la fiabilidad del funcionamiento correcto de las sociedades, que, a su vez, condiciona el funcionamiento del patrimonio económico”<sup>32</sup>.

Ahora bien, la doctrina española<sup>33</sup> sostiene que los criterios para determinar un delito societario son los siguientes: “(i) el sujeto activo del tipo penal, que es el administrador de hecho y/o de derecho, (ii) la responsabilidad penal en el seno del órgano colegiado, (iii) el concepto de sociedad y, (iv) la condición de perseguibilidad”<sup>34</sup>. Otros autores<sup>35</sup> identifican los delitos societarios a partir de: “(i) La calidad del sujeto activo, es decir, el administrador de hecho o de derecho, (ii) El concepto de sociedad, (iii) La condición de perseguibilidad y los (iv) Motivos de política criminal”.

La doctrina ha intensificado la búsqueda de motivos por los cuales dicho ordenamiento jurídico persigue esta clase de delitos. Por ejemplo, Martínez-Buján considera que el legislador español “pretende cubrir una de las lagunas más llamativas existentes a la fecha en el Derecho Penal Español (...)”<sup>36</sup>. Agregó, de igual forma, que los delitos societarios “son un grupo de delitos cuya creación se halla plenamente justificada. Dicha justificación es avalada por la presencia de genuinos ‘delitos societarios’ en las legislaciones extranjeras de nuestro entorno; había sido reconocida además en todos los textos prelegislativos preparados en 1980, que contenía diversas figuras delictivas societarias”<sup>37</sup>.

Adicionalmente, es pertinente enunciar la contraposición existente entre los delitos societarios y la definición de bien jurídico. En este sentido, Martínez-Buján Pérez indica que dicho bien jurídico no existe

---

<sup>31</sup> DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Los delitos societarios en el Código Penal de 1995. Editorial Tirant Lo Blanch, 1998. p.1

<sup>32</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. La administración desleal societaria en el derecho penal español. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2010, nro. 3. p. 7.

<sup>33</sup> Para más precisión, véase MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos. Op. cit.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. cit. pp. 347–375.

<sup>35</sup> MATA BARRANCO, Norberto; GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASGUARÍN SÁNCHEZ, Juan y NIETO MARTÍN, Adán. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Editorial Dykinson, 2018. pp. 486–492.

<sup>36</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN. Op. cit., p. 345.

<sup>37</sup> *Ibíd.* p. 346.

en vista a que se encuentran diversos mecanismos para evitar esta clase de conductas. Asevera que “las figuras comunes como la estafa y la falsedad documental no siempre son peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil”<sup>38</sup>.

Sin embargo, las anteriores definiciones y criterios resultan limitados atendiendo los lineamientos establecidos por el Código Penal colombiano. Lo anterior se concluye, toda vez que, como es bien sabido, el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) introdujo el artículo 250B a la Ley 599 del 2000, con lo cual consignó el tipo penal de administración desleal. Para mayor precisión, la disposición establece lo siguiente:

El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión [...]

Respecto a lo anterior, se concluye que, en efecto, la administración desleal es un delito societario. Desde la percepción predicada por la doctrina ibérica, la definición otorgada por dicho ordenamiento jurídico se quedaría corta, ya que dicho sistema concibe sólo como sujeto activo de la administración fraudulenta (en Colombia, *administración desleal*) al administrador de hecho o de derecho.

Sin embargo, esta perspectiva puede resultar demasiado limitada para comprender todo el sentido y alcance de estas figuras típicas de cara al objeto de su protección. Por ello, debe acudir al estudio de la delincuencia empresarial.

### **III. Infracción del deber, delitos societarios y delincuencia empresarial**

La doctrina considera que, en ciertos eventos, para determinar quién es autor del delito, no es determinante el dominio que el agente tenga sobre el hecho, sino que lo relevante es establecer en cabeza de quién se encuentra el deber especialísimo de protección al bien jurídico.

---

<sup>38</sup> Ibíd. p. 346.

Lo anterior, explica, en primer lugar, que los tipos penales de los delitos societarios suelen ser de sujeto activo calificado. Es decir, se trata, en definitiva, de alguien que tenga un deber especial en relación o con ocasión de sus funciones en la sociedad o empresa. En segundo lugar, explica que el sujeto pasivo de estos tipos penales suele ser una persona jurídica (la sociedad), sin perjuicio de los daños ocasionados a sus socios en tanto personas naturales.

De lo anterior, se colige que la antijuridicidad material de la conducta que se pretenda tipificar deberá siempre estar enmarcada dentro del concepto de lesividad o detrimento de los intereses, actividades, rendimientos, buen nombre, etc., de la sociedad que se reputa víctima de la actuación injusta. Por consiguiente, autor sería la persona que hubiere infringido ese deber especial, ya que lo determinante no sería el dominio sobre el hecho, sino la infracción a ese deber personalísimo. Especialmente, se señala “a los funcionarios públicos, en los delitos de funcionarios y a los garantes, en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia”<sup>39</sup>.

Al considerar la anterior reflexión, en relación con el punto que nos ocupa, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Puede ser que lo especial que tienen los llamados “delitos societarios” sea, en el fondo, un deber específico, de cuya infracción resulta el injusto que caracteriza a estas figuras típicas? Para resolver esta cuestión, antes, es indispensable diferenciar entre delitos societarios y delincuencia social o empresarial.

La delincuencia empresarial se refiere a los eventos en los que una sociedad mercantil es destinada a la ejecución de actividades ilícitas. Por ejemplo, el profesor Torres Tópaga encontró en su análisis que el profesor Roxin sostenía una tesis diferenciadora para determinar la autoría, ya que depende de si se está frente a un delito de dominio o uno de infracción del deber; afirma, en el primer caso, la importancia del dominio del hecho para establecer quién es autor, mientras que, en el segundo caso, sostiene que la autoría se determina por la infracción del deber por parte de la persona que lo tiene.

En otro sentido, si se analiza el origen y las consecuencias de los delitos de infracción de deber, tal y como lo concibió el profesor Roxin, se observa que el asunto se inició por el estudio de ciertos tipos penales en los que se encontraban unos deberes especialísimos en cabeza de unos sujetos, de manera que lo importante era determinar si la persona titular de ese deber lo había cumplido o no; no afectaba para nada si el sujeto permitía que otra persona vulnerara el bien jurídico relacionado con el deber, si lo que realizaba

---

<sup>39</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 305.

el sujeto titular del deber era una simple ayuda a otro o si lo que hacía era inducir a otro a la vulneración de ese deber jurídico. “Lo verdaderamente relevante era que el sujeto titular de ese deber en todos estos casos (ayudar, permitir, inducir) había incumplido con su deber; por lo tanto, era a esta persona a quién estaba dirigido ese tipo penal; era a él a quién se le había encargado el cumplimiento de un especial deber; por lo tanto, era quién debía responder a título de autor”<sup>40</sup>.

Claramente, debe realizarse una distinción entre la delincuencia empresarial y los delitos cometidos en la empresa. Lo anterior, ya que, si bien es cierto que pueden existir sociedades que cumplen la función de “máscara” para la actividad delictiva, también es cierto que existen otras que, en la ejecución del objeto del negocio, pueden cometer delitos<sup>41</sup>.

Aunado a lo anterior, se reseñan dos clases más de delincuencia empresarial que son muy frecuentes en la actualidad y que se dan en el ámbito de la competencia en el afán de acaparar todo un mercado con un producto:

La primera se presenta cuando, en el plano de la competencia empresarial, una sociedad decide disminuir sus costos omitiendo ciertas exigencias de seguridad del producto que está elaborando.

Por ejemplo, en aquellos casos en los que no se hace un efectivo control de calidad a un producto y se fabrica un lote con un defecto grave para la seguridad de los consumidores, como puede ser la producción de una serie de vehículos que tengan un problema en el diseño de estabilidad o un problema en los frenos, que hace que el automóvil tienda a volcarse cuando excede determinada velocidad; o en un alimento que por falta de un conservante se descompone antes de la fecha estipulada y es ingerido por un consumidor que muere por intoxicación<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio. Revista Panorama No. 7: Derecho. 21 de julio de 2009. p. 72.

<sup>41</sup> Existe un tipo de delitos que se cometen por medio de sociedades mercantiles cuando se presentan conductas que buscan evadir obligaciones tributarias o contractuales. Esta modalidad se da cuando los socios evitan el cumplimiento de sus obligaciones mediante el alzamiento de bienes o mediante la simulación de una liquidación obligatoria de su sociedad. Tales maniobras fraudulentas se producen, necesariamente, con la presentación de documentos falsos que alteran, suprimen o modifican los estados contables de la empresa con el fin de conseguir mayores plazos o mejores condiciones de parte de sus acreedores para el pago de sus deudas. Para profundizar, véase ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Op. cit.

<sup>42</sup> Ibíd. p. 76.

Estos casos —según el profesor Abello— son en realidad delicados “no solamente porque tienen unas repercusiones patrimoniales en la indemnización de perjuicios, sino porque, a su vez, tienen unos efectos penales, toda vez que producen resultados previstos como delitos”.<sup>43</sup>

El segundo tipo de delincuencia empresarial se produce en la competencia por la sobrevivencia empresarial cuando los socios de una compañía están dispuestos a realizar cualquier tipo de actividades con el objeto de doblegar a su competencia<sup>44</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, como primera conclusión, se tiene que los delitos societarios persiguen conductas típicas que se ejecuten en el marco de las sociedades mercantiles. Establecido ello, como segunda conclusión, se tiene que, existe otra categoría denominada *delincuencia empresarial*, en donde ambas figuras delictivas son ejecutadas en el marco de las sociedades mercantiles, pero la consecuencia, en ambos casos, es distinta. En los delitos societarios, es la sociedad mercantil la que resulta percibiendo una afectación patrimonial y económica con ocasión del actuar delictivo del *intraneus*; a diferencia de lo que sucede en la delincuencia empresarial, en la cual la sociedad mercantil o su componente humano comete una serie de conductas delictivas —para generar un beneficio a la empresa— cuyo resultado tiene trascendencia en el ámbito penal.

## IV. Toma de postura

Atendiendo al estudio realizado con anterioridad y a partir de los criterios doctrinales de la cultura ibérica en materia punitiva y societaria, se tiene que, en Colombia, y como elemento importante y diferenciador, los delitos societarios son aquellos tipos penales que castigan conductas que contienen inmerso un deber especialísimo de salvaguarda de un bien jurídico. En concreto, el deber de salvaguarda del patrimonio económico de la sociedad y de sus socios, el cual se encuentra en manos del *intraneus*, es decir, de quien, al interior de una sociedad, ostente el cargo de administrador de hecho o de derecho, de socio de cualquier sociedad constituida o en formación, de directivo, de empleado, o de asesor.

---

<sup>43</sup> ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Ibidem. p. 73.

<sup>44</sup> Ibid. p. 74.

De otro lado, observamos que en los delitos societarios solamente se encuentran contemplados ciertos sujetos en la comisión de dicha conducta, ya que, para ello, debe establecerse un filtro que permita comprobar que dicho sujeto tiene una posición especial de salvaguarda del bien jurídico y que el hecho de infringir esa obligación de preservación tiene una consecuencia jurídico-penal.

Bajo esa concepción, los administradores de hecho o de derecho, los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, los directivos, empleados, o asesores de una sociedad son quiénes pueden cometer delitos societarios.

Agotado el anterior análisis, en primera medida, se deben orientar los hallazgos de la presente columna a concebir que la delincuencia empresarial y los delitos societarios son figuras completamente distintas, salvo que exista una circunstancia en común relacionada con el ámbito de ocurrencia de los hechos delictivos. Aunado a lo anterior, la doctrina española, pese a ser el primer ordenamiento de habla hispana sobre los delitos societarios, se ha quedado corta en su definición, en el entendido de que los delitos societarios no sólo pueden ser cometidos por administradores de hecho o de derecho, sino que deben expandirse a las figuras de socios de cualquier empresa constituida o en formación, directivos, empleados, o asesores; esto por motivos de política criminal.

En cuanto a la determinación o la creación de un bien jurídico específico, ello sería innecesario, ya que — como se abordó en el acápite relacionado con los delitos de infracción del deber— se encontró que esta clasificación de tipos penales es indistinta de si ellos se encuentran en la parte general o especial del Código Penal. Más bien, los tipos penales apuntan siempre a un delito de infracción de deber, ya que, en ellos, se encuentran unos deberes especialísimos en cabeza de unos sujetos, de manera que lo importante se centra en determinar si la persona titular de ese deber lo había cumplido o no. Entonces, no afecta para nada si el sujeto permite que otra persona vulnere el bien jurídico relacionado con el deber, si el sujeto titular del deber presta una simple ayuda a otro o si induce a otro a la vulneración de ese deber jurídico.

## Bibliografía

ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio. *Panorama*. 2009, nro. 7, pp. 72–79. Disponible en: <https://journal.poligran.edu.co/index.php/panorama/article/view/214>

BACIGALUPO, Enrique. Curso de Derecho Penal Económico. Marcial Pons, 2005. 815 p.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. (12, julio, 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial. Julio, 2011. Nro. 48128. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html)

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Los delitos societarios en el Código Penal de 1995. Editorial Tirant Lo Blanch, 1998. 158 p.

EGGERS, Esteban. Delitos societarios: breve reseña de los existentes en el derecho argentino. En: *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*. 2016, nro. 50.

ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley Orgánica 10 (23, noviembre, 1995). Del Código Penal. En: Boletín Oficial del Estado. Noviembre, 1995. Nro. 281. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996. 651 p.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. La administración desleal societaria en el derecho penal español. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2010, nro. 3. 38p. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3302224>

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial. Editorial Tirant Lo Blanch, 2005.

MATA BARRANCO, Norberto; GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASGUARÍN SÁNCHEZ, Juan y NIETO MARTÍN, Adán. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Madrid: Editorial Dykinson, 2018. 760 p. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>

SECRETARÍA DE TRANSPARENCIA – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Estatuto Anticorrupción – Ley 1474 de 2011 – Avances y desafíos tras cinco años de su expedición*. Imprenta Nacional, 2016. 96 p. Disponible en: <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/avances-desafios-estatuto-anticorrupcion.aspx>

TORRES TÓPAGA, William F. Autoría en los delitos de infracción de deber. *Derecho Penal y Criminología*. 2005, vol. 26, nro. 77, pp. 79–102. Disponible en:  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1024>

# Análisis dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con relación a los programas de *compliance*

María Florencia Masini<sup>45</sup>

El objeto del ensayo es determinar dónde corresponde situar al programa de cumplimiento o *compliance program* en la teoría de delito según los lineamientos previstos actualmente en el derecho positivo español y argentino. La categorización normativa de los protocolos de integridad como exención de pena no implica necesariamente su definición como causa de exclusión de la punibilidad. Por el contrario, su ubicación dogmática diferirá según se opte por al modelo de atribución de autorresponsabilidad o heterorresponsabilidad penal a la persona jurídica. En primer lugar, se efectuarán breves consideraciones sobre las previsiones normativas contempladas en el derecho positivo argentino y español. Asimismo, se sintetizarán algunas de las posiciones doctrinarias que aventuran sobre cuál es el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica con consagración legislativa en ambos ordenamientos jurídicos. Finalmente, se analizarán los dos sistemas de imputación de responsabilidad penal empresaria más extendidos en la actualidad, en virtud de la influencia que éstos ejercen sobre la ubicación dogmática de la exención de pena de mención.

## Sumario

I. Introducción II. Normativa vigente en España y Argentina III. Exención de pena por programa de integridad *adecuado o eficaz* IV. ¿En qué categoría de la teoría del delito se ubica la exención de la pena? V. Reflexiones finales

## V. Introducción

---

<sup>45</sup> Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba y adscripta a la cátedra de Derecho Penal I de la misma universidad. Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Barcelona. E-mail: flor.masini@gmail.com.

El presente trabajo buscará dilucidar cuál es la naturaleza de la eximente de pena vinculada al programa de cumplimiento o *compliance program* regulada tanto en el derecho penal español como argentino. Dicho programa consiste en un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan; y, consecuentemente, establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos<sup>46</sup>.

La hipótesis de trabajo elegida como punto de partida supone la efectiva comisión de un delito por parte de una persona física dependiente de una persona jurídica cuando ésta cuenta con un programa de integridad eficaz o adecuado a los riesgos propios de la empresa. Algunas posturas -a mi entender incorrectas- afirman que la existencia de estos protocolos de organización y gestión (en los términos exigidos por la norma) configura una causa de no punibilidad con relación a la responsabilidad penal del ente ideal.

Con el objeto de establecer cuál es la verdadera categorización del *compliance program* en la teoría del delito, en primer lugar, se efectuarán breves consideraciones sobre las previsiones normativas contempladas en el derecho positivo argentino y español. Asimismo, se sintetizarán algunas de las posiciones doctrinarias que aventuran sobre cuál es el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica con consagración legislativa en ambos ordenamientos jurídicos. Finalmente, se analizarán los dos sistemas de imputación de responsabilidad penal empresaria más extendidos en la actualidad, en virtud de la influencia que éstos ejercen sobre la ubicación dogmática de la exención de pena de mención.

## VI. Norma vigente en España y Argentina

Tanto el sistema jurídico penal argentino como el español prevén una excepción a la responsabilidad penal de la persona jurídica vinculada a la fase *post-ejecutiva* del programa de integridad. En este sentido, el artículo 9 de la ley que regula la responsabilidad penal empresaria argentina -nº 27.401, B.O. 01/12/2017- establece que *quedará eximida de pena y de responsabilidad administrativa la persona jurídica*, cuando (además de devolver la totalidad del beneficio obtenido y denunciar espontáneamente el delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna<sup>47</sup>) *...hubiere*

---

<sup>46</sup> *World Compliance Association*, s.f., recuperado de <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>. (26 de junio de 2019).

<sup>47</sup> Resultan interesantes en este punto las reflexiones de MONTIEL quien sostiene que una persona jurídica con un adecuado sistema de *compliance* no denuncie un hecho o no devuelva lo recaudado indebidamente, no tiene absolutamente nada que ver con la pregunta de si se encuentra bien o mal organizada. Ello no significa que dichas condiciones carezcan de importancia; todo lo contrario, ambas cosas deberían fomentarse en la ley. Sin embargo, no podrían condicionar la exención de pena, puesto que no hacen a la

*implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito (...).*

En términos similares, el artículo 31 bis del Código Penal español (Ley Orgánica 1/2015) exige para la exención de pena de la persona jurídica la verificación simultánea de las siguientes condiciones: 1. *el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;* 2. *la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;* 3. *los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención;* 4 *no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.*

A grandes rasgos, el requisito central previsto por ambas legislaciones a efectos de la procedencia de la exención de pena podría resumirse en la implementación y ejecución de un programa de cumplimiento en forma eficaz o adecuada. La contracara de esta exigencia se observa en el texto legislativo cuando demanda un esfuerzo (en la ley argentina) o una elusión fraudulenta (en el código penal español) para sortear el *compliance program* por parte de los intervinientes en el delito. Considerando la importancia determinante que normativamente se atribuye a los programas de integridad en la ponderación de la responsabilidad penal empresaria, ambas normas sustantivas establecen elementos mínimos que debemos tomar en cuenta sobre el programa de integridad exigido (mapa de riesgos, protocolos o procedimientos, órgano de control, canal de denuncias, revisiones periódicas, entre otros, -art. 31 bis Código Penal español y arts. 22 y 23 ley argentina nº 27.401-).

Asimismo, y en el afán de delinear el concepto de eficacia/adecuación legalmente previsto para lograr el efecto desincriminatorio, en instrumentos reglamentarios se han diseñado guías técnicas integradas por una serie de parámetros o lineamientos sobre aquello que debe contener un sistema serio de prevención de ilícitos para diferenciarse de un modelo *cosmético -make up compliance-*. En España, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado -FGE-, del 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 efectúa una

---

organización defectuosa de la persona jurídica. Cfr. MONTIEL, J. P. Apuntes sobre el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino. (2018a). *En letra: Derecho Penal, Año IV, número 6.*

interpretación respecto de los requisitos que debe reunir un programa idóneo. En Argentina, la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción hizo lo propio a través de la resolución 27/2018 (B.O. 4/10/18).

## VII. Exención de pena por programa de integridad *adecuado o eficaz*

La naturaleza jurídica de la eximición de sanción penal evidencia una conexión directa con el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica que adopte el derecho positivo. Esta afirmación no pretende relativizar aquello que constituye el sentido de la previsión legal, ni tampoco aseverar que éste se exhiba como variable en los hechos. En cambio, y de manera similar a lo que ocurre con la demarcación de la responsabilidad criminal de la persona física cuyos fundamentos solventan el reproche penal a ella formulado, el esquema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica al que adscriba el sistema jurídico vigente indefectiblemente atraviesa las reglas previstas. En consecuencia, los presupuestos asumidos como ciertos por aquel serán los puntos de partida que guiarán la tarea del intérprete del derecho<sup>48</sup>.

Se ha afirmado que cuando el art. 9 de la ley argentina n° 27.401 tipifica la exclusión de sanción penal utilizando los términos *quedará eximida de pena (...) la persona jurídica*, lo que hace la norma es definir a dicho instituto como una excusa absolutoria<sup>49</sup>. Ésta es una condición negativa cuya concurrencia no impide la antijuridicidad ni la culpabilidad, sino solo la conveniencia político-criminal de la pena por otras razones ajenas a la gravedad de la infracción que nada tienen que ver con la posibilidad de culpar al autor; por el contrario, se funda en razones de oportunidad, políticas, etc.<sup>50</sup> Igualmente, la Circular de la FGE antes citada, dispone en el apartado n° 20: *La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica (...)*.

---

<sup>48</sup> En toda regulación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica resulta fundamental partir de la clarificación del modelo de responsabilidad elegido por el legislador para que los aplicadores del Derecho estén en condiciones de interpretar más armónicamente la ley (Montiel, 2018b: 73). Profundizando aún más este argumento, VICTORERO afirma que "la opción por uno u otro modelo de atribución de responsabilidad excede el plano de la teoría del derecho penal y tiene implicancias extra-sistémicas que alcanzan al campo procesal" En VICTORERO, S. El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 27.401: los desafíos más allá de la cuestión dogmática (2019). *Derecho Penal y Criminología*, N° 1-2019.

<sup>49</sup> DURRIEU, N. La autodenuncia y otras exenciones de pena, *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*. (2018). Saccani, R. R.; Durrieu, N. (Directores) -1º Edición-. *La Ley*. P. 143.

<sup>50</sup> MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General -10º Edición-*. (2016). Barcelona: Editorial Reppertor. P. 153.

No obstante, a mi entender, aun cuando el cumplimiento de lo exigido por la ley conlleve a la eximición de sanción penal, esto no implica necesariamente que la conducta no penada constituya un injusto<sup>51</sup> culpable al cual, por diversas razones, se opta por dejar sin castigo. Es por ello que no debemos asumir que las normas analizadas regulan inexorablemente una causal de exclusión de la punibilidad del hecho delictivo. Corresponde, entonces, reflexionar sobre la naturaleza jurídica del supuesto bajo análisis o, en otras palabras, sobre cuál es su correcta localización en la teoría del delito.

## VIII. ¿En qué categoría de la teoría del delito se ubica la exención de la pena?

Existe una controversia en la doctrina española a la hora de identificar si el legislador ha optado por el modelo de la heterorresponsabilidad o de la autorresponsabilidad de la persona jurídica. Por ejemplo, MIR PUIG afirma que “la reforma consagra un modelo de heterorresponsabilidad de la sociedad”.<sup>52</sup> En el mismo sentido, DIEZ RIPOLLÉS entiende que “la reforma penal española de 2010 ha optado por el sistema de imputación societaria basado en el modelo de transferencia de responsabilidad”.<sup>53</sup> En la postura opuesta, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ sostiene que “el respeto a los principios constitucionales (...) obliga a identificar aquellos elementos que (...) permitan fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas sobre su propio injusto”.<sup>54</sup>

El mismo debate se instaló entre los teóricos argentinos tras la sanción de la ley que regula la responsabilidad penal empresaria y sendas posturas han encontrado partidarios. En este contexto, NAZARENO EULOGIO expresa “aventuro ya que, a mi entender, el sistema por el cual se ha optado, pese a la deficiente técnica legislativa, es el de responsabilidad por el hecho propio”.<sup>55</sup> En la vereda contraria, LASCANO asevera: “pensamos que la ley 27.401 en realidad ha establecido un modelo de

---

<sup>51</sup> El término injusto se utilizará a lo largo del presente trabajo como sinónimo de hecho típico antijurídico.

<sup>52</sup> MIR PUIG. Op.Cit. P. 839.

<sup>53</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. (2012). *Indret 1/2012*. P. 14.

<sup>54</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa parte general -5º edición adaptada a la L.O. 1/2015-*. (2016). Valencia: Tirant Lo Blanch. P. 593.

<sup>55</sup> NAZARENO EULOGIO, J. L. La responsabilidad penal de las personas jurídicas Imputación al nivel del tipo objetivo y subjetivo. (2018). *El Derecho - Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. ISSN 1666-8987, No 14.554, AÑO LVI, ED 280. P. 2.

heterorresponsabilidad, también denominado de responsabilidad vicarial de la persona colectiva por el hecho ajeno”.<sup>56</sup>

#### • Localización de la exención de pena en el modelo de la autorresponsabilidad<sup>57</sup>

Como es sabido, una de las principales críticas que se ha realizado a esta teoría versa sobre las dificultades de identificar y situar cuál es el hecho propio y concreto de la persona jurídica. No obstante, sus defensores afirman que el hecho típico del ente ideal consiste en un defecto de organización que permite o contribuye a la realización de conductas delictivas por parte de las personas físicas que actúan en su nombre<sup>58</sup> -un hecho propio de favorecimiento<sup>59</sup>-. Si consideramos que el legislador ha optado por este modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, la eximición de sanción en cuestión deberá situarse en la parte objetiva del *tipo penal*; y, más precisamente, en el primer nivel de la imputación objetiva, es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva del tipo es necesario que *ex ante* apareciese como una conducta creadora de un riesgo típicamente relevante.<sup>60</sup>

Los artículos citados en las páginas anteriores, tanto de la normativa argentina como española, legislan puntualmente este nivel de la teoría de la imputación objetiva: si se acredita la existencia de un programa de integridad eficaz o adecuado a los riesgos de la empresa, la conducta de la persona jurídica deberá catalogarse como atípica. En otros términos, si ésta ha instaurado (y ejecutado) protocolos con las características exigidas por la norma, no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y, por ende, no es procedente un reproche *ex post* por el resultado dañoso.

Aun cuando pueda predicarse que, en algún sentido, el programa de integridad “ha fallado” -lo cual quedaría evidenciado en virtud de la conducta delictiva que se ha llevado a cabo en el marco de la empresa

---

<sup>56</sup> LASCANO, C. J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en la ley 27.401*. Relato efectuado el día 21 de agosto de 2018 en sesión ordinaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. P. 8.

<sup>57</sup> Siguiendo este modelo, la responsabilidad de la persona jurídica no es resultado de una transferencia por la responsabilidad de la persona física, sino de su propia realidad como estructura organizada independiente de las personas que la hacen actuar. En: PEREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. (2013). Tesis Doctoral. Murcia: Universidad de Murcia. Pp. 75 y 76.

<sup>58</sup> Cfr. NAVAS MONDACA, I. & JAAR LABARCA, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. (2018). *Política criminal*, Vol. 13 (26), 1027-1054. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000201027>. P. 1033.

<sup>59</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M. La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. (2008). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29. P. 135.

<sup>60</sup> MIR PUIG. Op. Cit. Pp. 259 y 260.

pese a su existencia-, ello puede deberse a que el riesgo que se realiza en el resultado no haya sido previsible en cualquiera de las fases del programa de cumplimiento (no existe nexo de imputación entre riesgo y resultado, porque la empresa no ha creado un riesgo no permitido; en consecuencia, el resultado delictivo es un evento que le resulta extraño). En tal caso -diseño e implementación eficaz del protocolo de gestión y prevención de riesgos-, la mera corroboración *ex post* de la comisión delictiva (resultado dañoso) carece de relevancia penal para responsabilizar criminalmente al ente ideal. Se trata de un curso lesivo que deberá catalogarse como un riesgo extraño a lo que el programa buscaba prevenir, es decir, ajeno a su competencia. En los términos utilizados por las normas penales analizadas, este riesgo extraño se correspondería con la concurrencia de un esfuerzo o elusión fraudulenta del programa de cumplimiento por parte de los intervinientes en el delito para sortear los protocolos de actuación de la persona jurídica.

En suma, el *compliance program* incidirá directamente en la determinación de la creación de un riesgo prohibido, de manera que, si la empresa se ajusta a los estándares de la industria o sector de actividad en el que desarrolla su negocio, no creará un riesgo prohibido ni mucho menos un injusto de carácter penal. Se negará, asimismo, el segundo nivel de la imputación objetiva, pues no habrá riesgo alguno que deba materializarse en un resultado.<sup>61</sup> La existencia de modelos de organización eficaces constituiría, pues, un hecho negativo impeditivo para la apreciación de una tipicidad imputable al ente colectivo; o, si se opta por una teoría jurídica del delito bipartita, constituiría un elemento negativo del tipo.<sup>62</sup>

- **Localización de la exención de pena en el modelo de la heterorresponsabilidad**<sup>63</sup>

Una de las principales críticas que se efectúan a esta teoría radica en que se castiga a la persona jurídica aun cuando su dependiente -la persona física- obró de un modo no culpable o no ha sido identificado, desconociendo por completo esta regulación que ningún derecho penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad.<sup>64</sup> A mi entender, esta observación puntualiza una consecuencia insalvable de esta postura: se impone una sanción penal a un agente por el injusto de otro sujeto no culpable. En otros

---

<sup>61</sup> En: RUIZ BALTAZAR, C. & PALOMINO RAMIREZ W. Incorporación de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en el dictamen sobre el nuevo Código Penal ¿ahora si necesito un criminal compliance? (2015). *THEMIS-Revista de Derecho*, nº 68. P. 176.

<sup>62</sup> En: AYALA GONZALEZ, A. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas. (2019). *InDret* 1/2019. P. 6.

<sup>63</sup> Según esta teoría, la responsabilidad penal a la persona jurídica se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión. (Conf. Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado española sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, p. 5).

<sup>64</sup> ROXIN, C. Nueva Doctrina Penal (1996). Extraído de GOMEZ-JARA DIEZ, C. *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Civitas. P. 335.

términos, el derecho penal aplica una sanción por un suceso antinormativo que no ha podido ser atribuido -en términos penales- a una persona natural concreta y, no obstante, se *transfiere* una responsabilidad a la persona jurídica que, en rigor de verdad, no ha nacido.<sup>65</sup>

Cuando el ordenamiento jurídico establece que el ente ideal puede exonerarse de responsabilidad si se acredita -entre otras cosas- que no posee déficits organizativos, en realidad, introduce y valora una circunstancia ajena al hecho ilícito que da origen al reproche penal efectuado en su contra. Es decir, en el marco del proceso penal, la persona jurídica no debe demostrar su actuación correcta respecto del hecho concreto, por el contrario, debe acreditar que su manera de organizarse es adecuada o eficaz para afrontar los riesgos de la propia empresa. Por ejemplo, si existió una denuncia, el ente no debe acreditar qué fue lo que hizo al respecto, sino que tiene que demostrar que el canal de denuncias vigente es efectivo.

La valoración de programas de integridad a efectos del reproche penal implica -como mínimo- la inclusión de un rasgo de intervención delictiva propia del ente. Y es esta previsión legal, entre otras, la que ha llevado a ciertos autores a afirmar que la normativa contempla un sistema de *heterorresponsabilidad mixto*<sup>66</sup> y no puro. La realidad es que, dicho sistema también podría conceptualizarse como de *autorresponsabilidad mixto* o *mixto* a secas, teniendo en cuenta que las categorías de la teoría del delito -en las que se evaluarán aspectos de auto o heterorresponsabilidad- revisten la misma importancia en la configuración del hecho criminal. Si esta teoría combina aspectos de ambos modelos de atribución puede resultar sesgado o impreciso priorizar uno u otro en su *nomen iuris*.

La previsión de la exención de pena en los términos citados en los párrafos previos lograría dar respuesta a uno de los principales escollos que enfrentan quienes defienden la responsabilidad por transferencia: el castigo penal al ente ideal cuando la persona natural no es culpable. En este sentido, y en virtud de la tipificación de la eximición bajo estudio, se evidencia un cierto paralelismo con la teoría de la *accesoriadad limitada de la participación criminal* que exige al menos un hecho antijurídico del autor para que sea procedente el castigo del partícipe.<sup>67</sup> Parece que el legislador ha acogido la *heterorresponsabilidad* (o autorresponsabilidad -según lo enunciado en el apartado precedente-) *limitada* como criterio de atribución:

---

<sup>65</sup> SILVA SANCHEZ. Op. Cit. 134.

<sup>66</sup> GOMEZ CONTRERAS, M. A & LICHTENBERG BARAONA, C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado*. (2012). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112839>. P. 181.

<sup>67</sup> VACCHELLI, E. La crisis de la accesoriadad limitada. (Noviembre/2015). *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, ISSN 0328-5642, Año 2014 - n° 2. P. 115.

la acción u omisión del dependiente, calificada penalmente como ilícita, es la que se transfiere a la persona jurídica para poder evaluar, entonces, su propia culpabilidad.

En sustento de este criterio, MIR PUIG afirma que como la persona jurídica no responde en el caso de un actuar justificado de la persona física, de ello puede concluirse que la ley 1/2015 podría haber optado -del mismo modo que sucede con los intervinientes personas físicas que se encuentran en una relación de autoría/participación- por un modelo de accesoriadad limitada de la persona jurídica con respecto a la persona física que actúe en su nombre o representación<sup>6869</sup>.

A mi entender, la exigencia de un hecho antijurídico del dependiente y que luego deban concurrir en la persona jurídica los restantes presupuestos fundamentadores de su propia responsabilidad (del mismo modo que su inexistencia determinará la ausencia de reproche penal en su contra) no califica su intervención delictiva como partícipe. La propuesta esbozada en el párrafo anterior no da cuenta del verdadero lugar que ocupa la estructura de la persona jurídica en los eventos ilícitos cometidos en el marco de la criminalidad empresaria actual, considerando que se presenta como un personaje central por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento.<sup>70</sup>

En cambio, lo que sí resulta valioso para sortear la crítica citada, es que la identificación del hecho penalmente antijurídico del dependiente permite buscar, a continuación, la existencia de una relación subjetiva entre éste y la empresa -en calidad de autora- en función de la manera en la que ésta se auto-regula. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ esboza una breve crítica a esta propuesta, sin explayarse demasiado, al referir que dicha construcción obliga a buscar en la persona jurídica aquello que precisamente se ha considerado más difícil de hallar en ella: la culpabilidad.<sup>71</sup> En mi opinión, su observación no resulta atendible. Primero, porque no desvirtúa su coherencia; segundo, debido a que las tensiones y rispideces que genera la responsabilidad penal de la empresa no se circunscriben a la culpabilidad y no resultan menores -sino todo lo contrario- en las restantes categorías de la teoría del delito.

---

<sup>68</sup> Mir Puig. Op. Cit. P. 845.

<sup>69</sup> En el mismo sentido, MONTIEL afirma que el modelo de la heterorresponsabilidad que podría llamarse más sofisticado, cuya lógica empieza a acercarse a la lógica de la participación, en donde tenemos un hecho principal que ha sido cometido por la persona física en el cual la persona jurídica acaba siendo simplemente un cómplice por generar un caldo de cultivo para que se produzcan una serie de ilicitudes. Entonces, la lógica de la imputación de la persona jurídica empieza a cuadrar mucho mejor con la lógica de la participación más que de una autoría propia y no sería una teoría de la heterorresponsabilidad en sentido estricto, pero estaría más cerca de ésta que de la autorresponsabilidad (Conf. MONTIEL, J.P. (30 de junio de 2019), entrevista con Andrea Zambriano Carpio y Marco Sullca Ychpas, recuperada de: <https://www.youtube.com/watch?v=u1Po-7Rs1dY>).

<sup>70</sup> ROXIN, C. *Derecho Penal Parte General – Tomo II, especiales formas de aparición en el delito*. (2014). Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas-Thomson Reuters. P. 75.

<sup>71</sup> MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ. Op. Cit. 593.

Asumiendo como cierto que el legislador (español y argentino) ha optado por este modelo de atribución de responsabilidad, la exclusión de sanción se enmarcará, entonces, en la categoría de la *culpabilidad*<sup>72</sup>. En este contexto, si un programa de integridad eficaz niega la culpabilidad del ente, es dable afirmar -*contrario sensu*- que el sistema legal vigente ha receptado la construcción teórica que fundamenta su culpabilidad en el denominado *defecto de organización*, pudiendo comprenderse éste como un déficit de autorregulación permanente en el tiempo. Examinar la existencia de dicho déficit equivale más bien a un reproche *por ser así* que no tiene relación con un acto puntual vinculado al evento delictivo cometido en su seno, sino que se vincula con su forma de obrar antes, durante e incluso después del agotamiento del delito. Un análisis que se extiende en el tiempo a efectos de determinar la responsabilidad penal no es en sí mismo incorrecto y se efectúa sin reparos en otras construcciones de la dogmática penal, *i.e. actio illicita in causa*.

Dicho examen involucra, de cierta manera, un análisis de la *conducción de la vida de la empresa* (Heine, 1996: 11) a efectos de esclarecer si se la puede hacer responsable por el suceso criminoso. Esta postura presenta ciertas ventajas, como, por ejemplo, dar cuenta de que la configuración de la responsabilidad de la persona jurídica se proyecta en el tiempo y va más allá del perfeccionamiento del hecho delictivo del dependiente. Por otra parte, muchas de las críticas esbozadas en contra de dicha concepción<sup>73</sup> se diluyen cuando se trata de un ente ideal, porque éstos son ajenos a vivencias o cargas genéticas únicamente predicables respecto de seres humanos. En este sentido, se ha sostenido que la manera de ser culpable desarrollada en este apartado implica aceptar la vigencia del derecho penal de autor en la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica.<sup>74</sup>

Definitivamente, la analogía con el derecho penal de autor resulta falsa. Los entes ideales carecen de una capacidad de ser equiparable a la de las personas naturales. Éstas no son iguales a las jurídicas y la idea de que existe una forma de ser de la empresa es poco plausible. Las personas físicas, a diferencia de las personas jurídicas, si desarrollan planes de vida, buenos o malos; eso es lo que no se puede castigar en tanto no se lesione bienes jurídicos de terceros. Las personas jurídicas, por el contrario, no tienen esa posibilidad de desarrollar planes de bien, sino que tienen un objeto preestablecido al que deben ajustarse. Entonces, no es correcto decir que el derecho penal la castiga por lo que es, ya que ella, desde su

---

<sup>72</sup> En este sentido, SILVA SANCHEZ afirma "la existencia de modelos de prevención constituye un problema de culpabilidad del ente". En: SILVA SANCHEZ, J. M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. (2016). Madrid: Edisofer SRL. P. 400.

<sup>73</sup> ZAFFARONI, E. R. *Manual de Derecho Penal Parte General* – 6º edición. (1997). Buenos Aires: Ediar. Pp. 517 a 520

<sup>74</sup> SILVA SANCHEZ. 2016. Op. Cit. P. 314.

nacimiento, debe ser de acuerdo con lo que le manda, en Argentina, la ley de sociedades comerciales y, en España, la ley de sociedades de capital -entre otras-.

En otro orden de ideas, la opción por uno u otro de los modelos descritos impacta directamente en la configuración de la responsabilidad civil *ex delicto* de la persona jurídica y en el reproche penal que pudiera corresponder a otros intervinientes criminales. En efecto, si se afirma que la exención de pena debida al programa de *compliance* eficaz excluye la culpabilidad del ente, el hecho penalmente ilícito no se reprochará a la persona jurídica; pero aun podrá afirmarse su antijuridicidad (estaríamos en presencia de un injusto no culpable). Entonces, si se concluye que el comportamiento es antijurídico, se derivan -al menos- dos consecuencias importantes: por una parte, habrá responsabilidad civil *ex delicto* del ente ideal y, por otra, existirá la posibilidad del castigo de eventuales partícipes.

En cambio, no es un corolario menor el que resulta de los postulados de la teoría de la autorresponsabilidad, considerando que nada de ello sucederá si -como lo afirma esta postura- la existencia de un programa de cumplimiento adecuado excluye el tipo penal. Esto es así, porque se exige (salvo supuestos excepcionales<sup>75</sup>) la antijuridicidad penal del comportamiento para que nazca la responsabilidad civil *ex delicto*. Entonces, si la implementación de un *compliance program* eficaz suprime el tipo penal, necesariamente queda descartado el análisis de la antijuridicidad de la conducta. En lo que respecta a la participación criminal, incluso el criterio que menos demanda en la conducta del autor (teoría de la accesoriadad mínima) reclama que el hecho principal sea típico para que proceda el castigo del partícipe. Si para la doctrina de autorresponsabilidad la tipicidad del comportamiento de la persona jurídica queda excluida cuando el programa de integridad es eficaz, no habrá posibilidad de extender el reproche penal a eventuales intervinientes.

## IX. Reflexiones finales

Teniendo en cuenta que tanto el legislador argentino como el español omitieron una mención expresa respecto del modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por el cual optaron, se abre un espacio de debate con relación a cuál es la ubicación de la exención de pena vinculada a la existencia de un programa de organización y gestión eficaz o adecuado. Asumiendo que el sistema elegido

---

<sup>75</sup> En realidad, ni siquiera requiere siempre la antijuridicidad penal de la conducta, como se pone de relieve a propósito de los casos de estado de necesidad agresivo. En: SILVA SANCHEZ, J. M. ¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal. (2001) *InDret* 03/2001. P. 6.

por la ley es el de la *autorresponsabilidad*, un protocolo de cumplimiento idóneo excluirá la tipicidad del hecho de la persona jurídica.

Si consideramos que la propuesta dogmática receptada en el plano legislativo es el modelo de la *heterorresponsabilidad limitada* -tal como fuera conceptualizado en los párrafos anteriores- aquello que se transfiere de la persona natural a la empresa se limita al hecho típico antijurídico y la existencia de un *compliance program* apropiado negará la culpabilidad del ente ideal. La valoración de programas de integridad a efectos del reproche penal de la persona jurídica implica -como mínimo- la inclusión de un rasgo de intervención delictiva propia del ente, es por ello que en los sistemas jurídicos analizados no puede predicarse la existencia de un modelo de heterorresponsabilidad puro.

Si el *compliance program* que excluye la pena es aquel que resulta eficaz o adecuado a los riesgos de la actividad empresarial, la responsabilidad penal quedará fundamentada -*contrario sensu*- en la existencia de un programa de integridad ineficaz o inadecuado o, en otros términos, debido a un defecto de organización. A mi entender, la valoración del déficit organizativo no tiene las mismas implicancias ya sea que se analice en el injusto (tipo o antijuridicidad) o en el reproche personal o individual (culpabilidad). Esto es así porque en el primer supuesto, dicho déficit da cuenta de aquello que podría llamarse un estado de cosas penalmente antijurídico<sup>76</sup> y permite definir la culpabilidad del ente en otros términos (por ejemplo, a través de un concepto funcional de culpabilidad). Mientras que, si el defecto organizativo se analiza con el fin de atribuir un evento ilícito a una persona jurídica determinada, dicha configuración legal obliga a definir su culpabilidad necesariamente en esos términos. A mayor abundamiento, la elección de uno u otro de los modelos descritos tiene serias implicancias en la configuración de la responsabilidad civil *ex delicto* como así también en la posibilidad de castigo a eventuales partícipes criminales.

## Bibliografía

AYALA GONZÁLEZ, A. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas. (2019). *InDret 1/2019*.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. (2012). *Indret 1/2012*.

---

<sup>76</sup> SILVA SANCHEZ. 2016. Op. Cit. Pp. 358 y 359.

- DURRIEU, N. La autodenuncia y otras exenciones de pena, *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*. (2018). Saccani, R. R.; Durrieu, N. (directores) -1º Edición-. *La Ley*.
- GOMEZ CONTRERAS, M. A & LICHTENBERG BARAONA, C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado*. (2012). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112839>
- HEINE, G. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. (1996). *Anuario de Derecho Penal, Vol. 96*.
- LASCANO, C. J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en la ley 27.401*. Relato efectuado el día 21 de agosto de 2018 en sesión ordinaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.
- MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa parte general -5º edición adaptada a la L.O. 1/2015-*. (2016). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General -10º Edición-*. (2016). Barcelona: Editorial Reppertor.
- MONTIEL, J. P. Apuntes sobre el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino. (2018a). *En letra: Derecho Penal, Año IV, número 6*.
- MONTIEL, J. P. Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad, Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. (2018b). Saccani, R. R.; Durrieu, N. (directores) -1º Edición-. *La Ley*
- MONTIEL, J.P. (30 de junio de 2019), entrevista con Andrea Zambriano Carpio y Marco Sullca Ychpas. Recuperada de: <https://www.youtube.com/watch?v=u1Po-7Rs1dY>).
- NAVAS MONDACA, I. & JAAR LABARCA, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. (2018). *Política criminal, Vol. 13 (26)*, 1027-1054. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000201027>

- NAZARENO EULOGIO, J. L. La responsabilidad penal de las personas jurídicas Imputación al nivel del tipo objetivo y subjetivo. (2018). *El Derecho - Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. ISSN 1666-8987, No 14.554, AÑO LVI, ED 280.
- PEREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. (2013). Tesis Doctoral. Murcia: Universidad de Murcia.
- ROXIN, C. Nueva Doctrina Penal (1996). Extraído de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Civitas.
- ROXIN, C. *Derecho Penal Parte General – Tomo II, especiales formas de aparición en el delito*. (2014). Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- RUIZ BALTAZAR, C. & PALOMINO RAMIREZ W. Incorporación de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en el dictamen sobre el nuevo Código Penal ¿ahora si necesito un criminal compliance? (2015). *THĒMIS-Revista de Derecho*, nº 68.
- SILVA SANCHEZ, J. M. ¿ “ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal. (2001) *InDret* 03/2001.
- SILVA SANCHEZ, J. M. La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. (2008). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29.
- SILVA SANCHEZ, J. M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. (2016). Madrid: Edisofer SRL.
- VACCHELLI, E. La crisis de la accesoriadad limitada. (Noviembre/2015). *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, ISSN 0328-5642, Año 2014 - nº 2.
- VICTORERO, S. El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 27.401: los desafíos más allá de la cuestión dogmática (2019). *Derecho Penal y Criminología*, Nº 1-2019.
- World Compliance Association*, s.f. Recuperado de <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>
- ZAFFARONI, E. R. *Manual de Derecho Penal Parte General – 6º edición*. (1997). Buenos Aires: Ediar.