

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO: ENTRE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA Y LA IGNORANCIA DELIBERADA

Javier Augusto Torres López ¹

Se ilustrará al lector sobre el desarrollo que ha tenido el principio de confianza, sus características, limitantes y puesta en práctica, para así plantearle si resulta indispensable confiar ciegamente, o si debe ejercer alguna especie de control en la tarea confiada, y en caso de no hacerlo, qué consecuencias jurídicas podría traer ese actuar.

Sumario

I. Introducción II. ¿Qué es el principio de confianza? III. Principio de confianza y la fe pública IV. Principio de confianza como deber V. ¿Existen límites al principio de confianza? VI. Ignorancia deliberada VII. Estado de la cuestión VIII. Toma de postura IX. Conclusiones.

I. Introducción

La concepción que tenemos del vocablo “*empresa*” es el fruto de la evolución de los últimos dos siglos y ha pasado por circunstancias históricas de gran importancia como, por ejemplo, la primera revolución

¹ Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de pregrado de la Universidad Libre de Colombia, y en proceso de grado de estudios en especialización en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia. Realizó estudios de profundización en Derecho Penal, aprendizaje que conllevaría a su posterior desempeño como auxiliar judicial ad-honorem en la Sala penal del Tribunal Superior de Bogotá y en la Corte Suprema de Justicia. En la firma MPa, se desempeña como abogado de procesos penales especiales, relacionados con delitos económicos y financieros.

industrial, hasta posicionarse en un lugar privilegiado en la realidad del siglo XXI², caracterizada por los avances tecnológicos.

Dicha evolución ha generado la posibilidad de dimensionar entes empresariales de proporciones inmensas que, adecuándose a los cambios históricos y avances tecnológicos, requieren de un talento humano proporcional al sector económico en donde se desenvuelven, así como de las necesidades que requieren atender. Es, precisamente, este escenario en donde se centrará este artículo, es decir, de la pluralidad de relaciones de carácter vertical y horizontal que se crean en el marco de una empresa, sean éstas entre personas de igual jerarquía, o entre las cuales existe una relación de subordinación, sin olvidar nunca que, a pesar de la diferencia de cargos y posiciones que puedan tenerse en la organización, su propósito, al aportar su fuerza de trabajo, es siempre el de conseguir un objetivo común para el beneficio de la empresa.

La organización empresarial constituye una estructura jerarquizada en la que la división del trabajo requiere roles de dirección y roles de ejecución. Esa división del trabajo se desarrolla en un entorno de complejidad interna que requiere, en gran medida, de una capacidad de auto organización, auto determinación y auto conducción tal que, incluso en caso de fallar, sus consecuencias podrían equipararse a aquellas que suceden en los aparatos organizados de poder³.

Ante este panorama, no resulta extraño, entonces, afirmar que las organizaciones empresariales participan mediante un rol vital en la vida social y jurídica, por cuanto su existencia determinará en cierta medida la identidad de la comunidad en donde éstas operen⁴.

Es en este momento en que el empresario, como poseedor del rol de director dentro de la organización, toma importancia, por cuanto, en virtud de esta facultad, podrá delegar a sus subordinados diferentes funciones para que lleven a cabo tareas necesarias para el correcto funcionamiento de la empresa; dicha situación debe ser regulada a través de los deberes de control y vigilancia que posee el jefe, quien, en caso de omitirlos, podrá verse inmerso en una condición de ignorancia deliberada, -concepto que

² PLAZAS SALAS, Guillermo. Evolución de la Estructura Empresarial ante el Avance Tecnológico: Propuesta de un Índice de Innovación. Tesis de Máster Universitario en Investigación en Ingeniería Civil. Santander: Universidad de Cantabria, 2017. p.9.

³ BACIGALUPO, Enrique. Compliance y Derecho Penal. 1 ed. Pamplona: Aranzadi, 2011. 48 y 49p.

⁴ GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad Penal de Todas las Personas Jurídicas? Culpabilidad e Imputabilidad Empresarial en un Verdadero Derecho Penal Empresarial. En: Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional. Abril Junio, 2016. no.15, p.5-34.

desarrollaremos con posterioridad-, y que acarreará responsabilidades de múltiple naturaleza, entre ellas, de carácter penal.

Las personas jurídicas, especialmente las grandes corporaciones, representan un problema político-criminal específico de gran calado⁵. Esto, dado que, a diferencia de las personas naturales y las personas jurídicas de carácter estatal, las circunstancias de relevancia penal que suceden al interior de una organización de carácter privado llegan con mucha menos fuerza, por lo cual surge la necesidad de regular la criminalidad en estos espacios, los cuales, en ocasiones, devienen de la confianza de un empleador, depositada en los empleados.

Así mismo, las relaciones que se crean a partir de la práctica empresarial han sufrido cambios trascendentales, y su regulación jurídica no puede estar al margen de ello. Es así como podemos evidenciar una multiplicidad de relaciones que surgen producto del quehacer empresarial y que persiguen fines lucrativos, tales como aquellas de carácter comercial, laboral, de cooperación, etc., las cuales poseen un factor común determinante: el denominado *principio de confianza*, que nace como producto de las tareas mancomunadas que pueden surgir en las relaciones interpersonales en las dinámicas empresariales.

Este concepto resulta de gran utilidad e importancia para el ciudadano corporativo, por cuanto se desprende un abanico jurídico de posibilidades respecto al tratamiento y a la regulación de las actividades de distinta naturaleza que impliquen la creación de un riesgo. Uno de los tópicos más polémicos en los que se percibe esta figura corresponde al campo de la responsabilidad penal individual y empresarial, tema al que, en esta oportunidad, también haremos alusión.

Consideramos necesario que el empresario conozca detalladamente los riesgos que implica el confiar en sus subordinados. Por esto, resulta de vital importancia la existencia del principio de confianza en las relaciones horizontales y verticales de trabajo, aunque su aplicación, indudablemente, acarrea un conocimiento especializado, que debe ser puesto en práctica, y cuya inobservancia generaría situaciones que podrían desencadenar un peligro tanto a nivel individual, como de la empresa misma.

⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. ¿Programas de Cumplimiento Como Forma de Autorregulación Regulada? En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Criminalidad de Empresa y Compliance, Prevención y Reacciones Corporativas, 2013. p. 72.

II. ¿Qué es el principio de confianza?

El *principio de confianza* es un desarrollo teórico jurídico que se remonta a mediados del siglo XIX, propio de la teoría alemana de la imputación objetiva⁶. Su propósito principal es el de limitar la imputación penal que pudiera hacerse a una persona cuando ésta ha delegado o confiado en el correcto actuar de otra, y esta última, obra imprudente o dolosamente, creando así un riesgo verificable en la lesión a un bien jurídico, es decir, que el principio de confianza surge como un principio destinado, fundamentalmente, a determinar la responsabilidad de un sujeto cuando la producción del resultado lesivo se encuentra condicionada por la intervención de terceras personas⁷, axioma que encuentra vigencia y es de aplicación actual en el ordenamiento jurídico colombiano.

Este principio parte de la idea de que las demás personas son responsables y debe confiarse, por tanto, en un comportamiento conforme a derecho por parte de ellas, lo cual se posibilita por la existencia de una división definida de funciones, tal como puede evidenciarse en las relaciones de carácter laboral de un empresario con sus trabajadores⁸, deducible esto del trabajo en conjunto de todo el personal que conforma la empresa para lograr el objetivo común a través de las diferentes labores.

Lo anterior es evidenciable en aquellas organizaciones en las que impera lo que se ha denominado como principio de esferas mancomunadas; esto es, la existencia de relaciones de solidaridad entre sujetos de una misma organización, las cuales presuponen deberes especiales positivos de corrección o evitación de conductas defectuosas.

Ahora, la aplicación de dicho principio puede surgir tanto en relaciones horizontales como verticales⁹. En aquellas, no existe subordinación entre los miembros de la empresa, lo cual implica la búsqueda de un fin

⁶ MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. Colombia: Las Instituciones del Riesgo Permitido, el Principio de Confianza y la Prohibición De Regreso en el Derecho Penal Financiero y el Lavado de Activos. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2016., p.74.

⁷ MARAVER GÓMEZ, Mario. El Principio de Confianza en Derecho Penal: Un estudio Sobre la Aplicación del Principio de Autorresponsabilidad en la Teoría de la Imputación Objetiva. Tesis doctoral Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho. Abril 2007 p. 96.

⁸ *Ibíd.*, p.81.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. España: Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Barcelona: Edisofer S.L., 2013., p. 214.

común a través de roles definidos; en las verticales, de su naturaleza jerárquica, puede deducirse subordinación del delegante al delegatario, también con un propósito común.

Pues bien, en la dinámica de estas relaciones pueden identificarse ciertos rasgos característicos que distinguen este principio de otros como lo son el principio de desconfianza y el de separación de esferas, tal como lo expone Miguel Ángel Muñoz García¹⁰.

Este principio presupone un efecto limitador de la posición de garante, que se traduce en el deber de evitar un resultado lesivo que haya sido generado por conductas de terceros, a través de un deber de vigilancia y control de las tareas confiadas a los empleados. El principio de confianza presupone la existencia de unos deberes de garantía más allá de la propia esfera de organización; en otros términos, presupone una vinculación entre esferas de organización *prima facie* separadas, es decir, la existencia de ciertas relaciones previas en las que se presentan deberes especiales recíprocos de corrección de conductas defectuosas ajenas, o de evitación de los efectos lesivos generados con dichas conductas¹¹.

Tesis contraria a aquella que presupone una separación estricta de esferas, la cual se evidencia en la interacción de la jerarquía vertical y la división horizontal del trabajo. Pues bien, este principio no permite fundamentar la existencia de un deber especial de neutralización de riesgos o evitación de resultados que se producen en esferas de organización ajenas¹².

En primera medida, podemos hablar de una posición de garante respecto a la actividad que se ha delegado¹³; esto quiere decir que el delegatario debe tener la capacidad de reaccionar ante situaciones que surjan como producto de la actividad y, así mismo, evitar que alguna situación de riesgo se consuma o logre vulnerar un bien jurídico. Ahora bien, ello no implica que, necesariamente, pueda predicarse un deber de vigilancia en dicha relación, por cuanto ello conllevaría a una mutación del principio de confianza a otra figura, como lo puede ser el principio de desconfianza.

¹⁰ MUÑOZ GARCÍA, Op. cit., p. 80.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ. Op. cit., p. 166.

¹² *Ibíd.*, p. 166.

¹³ *Ibíd.*, p.228.

Como segundo rasgo, íntimamente relacionado con el anterior, se evidencia un desconocimiento de situaciones de riesgo que surgen con ocasión de las actividades desarrolladas¹⁴. Este elemento resulta particularmente volátil, puesto que, como es lógico, la idea primigenia de dicho principio implica que cada miembro de la organización esté enfocado en la tarea específica encomendada; así lo entendió Yesid Reyes Alvarado cuando manifestó:

Cada persona en el cumplimiento de los roles que le corresponden, debe llenar las expectativas de comportamiento social que de él se derivan, lo cual equivale a decir que cada persona es responsable de las consecuencias que puedan desprenderse de su actividad defraudadora, esto es, de su conducta contraria a los principios de la convivencia social [...] Para que cada uno pueda satisfacer sus propias expectativas, es fundamental que cada uno pueda organizar sus actuaciones sobre el supuesto de que los demás se conducirán, a su vez, de acuerdo con la forma como de cada uno de ellos se espera¹⁵.

No obstante, en aquellos casos en que sea posible para los pares o empleadores identificar una conducta de la cual se pueda predicar sospecha de una anomalía de carácter delictual o de otra naturaleza, o la efectiva consumación de un punible, debe desplegarse un actuar diligente destinado a la neutralización de dicho riesgo, en pro al principio de lealtad que puede predicarse del subordinado para con su delegante.

III. El principio de confianza y la buena fe

El principio de confianza como axioma básico para el desarrollo de las relaciones jurídicas no es una creación fortuita de los doctrinantes de derecho. Su estudio corresponde a una paulatina construcción que se ha suscitado en el campo doctrinal a lo largo de los años. No obstante, este ejercicio no puede quedarse meramente en el plano académico y científico, es decir, dada la esencia del derecho como una rama de las ciencias sociales, el desarrollo que de él se realice no puede quedarse en el campo etéreo, sino que su creación implica su utilización en el campo práctico, pues es allí en donde la creación de este tipo de categorías dogmáticas se comprende de una mejor manera.

¹⁴ *Ibíd.*, p.229.

¹⁵ REYES ALVARADO, Yesid. Colombia: Imputación objetiva. Bogotá: Ed. Temis, 2005, p. 151.

Atendiendo a lo anterior, resulta indispensable la consignación de este axioma en alguna fuente formal del derecho. Para el caso colombiano, y conforme a nuestra corriente legislativa de carácter positivo, el desarrollo de la confianza, como categoría dogmática, nació del desarrollo del artículo 83 de nuestra Constitución Política; este es el *Principio de la Buena Fe*, que establece:

ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas¹⁶.

El principio de la buena fe es un deber que se expresa a través de las reglas de honestidad, corrección, transparencia, diligencia, responsabilidad, consideración del interés del otro, entre otros deberes que emanan permanentemente del profuso carácter normativo propio del principio¹⁷.

Es evidente que del desarrollo de este artículo se desprende la presunción de que los actos desarrollados por los asociados, las instituciones y aquellos que surjan en las relaciones que se creen producto del contacto entre estos debe estar revestida de características como la lealtad, la honestidad, y de conformidad con las actuaciones que puedan esperarse de una persona correcta.

Esta postura ha sido respaldada por la Corte Constitucional, cuando ha indicado que el principio de la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. Por ello, ha sido concebido como una exigencia de honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí¹⁸.

¹⁶ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. Bogotá, 20 de julio de 1991. No. 116.

¹⁷ NEME VILLAREAL, Martha Lucía. La Presunción de Buena Fe en el Sistema Jurídico Colombiano: Una Regla Cuya Aplicación Tergiversada Desnaturaliza el Principio. En: Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia, 2010, no 18. p. 65 a 94.

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-527/13 (14 de agosto de 2013).

A partir de esta premisa, y comprendiendo a cabalidad su concepto, puede deducirse fácilmente que de éste surge la confianza legítima que ha de tenerse entre los asociados y de éstos con las instituciones, por cuanto su conducta siempre estará guiada por paradigmas de transparencia y rectitud.

IV. Principio de confianza como deber

Esta categoría tiende a presumir la rectitud de la conducta de una persona conforme a unos estándares normativos establecidos. Veremos ahora cómo la doctrina ha caracterizado en forma dual a esta figura, ello, por no ser solamente un derecho, sino también una exigencia.

Silva Sánchez es muy claro al respecto cuando indica que, a pesar de que aquella persona que conozca de las consecuencias lesivas de una conducta imprudente o dolosa debe hacer lo posible para evitar el resultado, no es dable, por ello, que esta persona tenga que conocer si las otras personas están haciendo su tarea en forma defectuosa, situación propia de aquellas relaciones personales regidas por el principio de confianza.

Como consecuencia de ello, una persona no está sujeta a verificar si la labor desarrollada por un subalterno fue o no acorde a la norma, ya que este proceso de verificación acarrearía un esfuerzo traducible en tiempo que muchas veces podría traer consecuencias jurídicas para aquella persona que desconfió del resultado de la tarea de los demás, como sucede en aquellos casos en que se conforman equipos de trabajo, cuyos componentes ejecutan una función distinta cada uno, pero en donde todos tienen el mismo fin común.

Un ejemplo palpable de esto puede darse en los equipos de trabajo en las fábricas de vehículos automotores. En estos casos, cada miembro del equipo de trabajo tiene asignada una tarea, como lo son la creación del diseño, el ensamblaje de las piezas, las pruebas de laboratorio, y las pruebas de circuito y carretera, las cuales definirán si el vehículo será sacado al mercado o no. Cada una de estas responsabilidades son de altísima importancia al momento de evaluar la seguridad y viabilidad de un auto, ya que si falla alguna, todo el proceso de fabricación podría echarse a perder, lo cual significaría un derroche de recursos que indudablemente afectarán negativamente al empresario. Es por esto que las compañías cuentan con profesionales de primerísima calidad, especializados en tareas específicas, y quienes, utilizando su conocimiento y experiencia, ejecutan su labor de manera perfecta, de tal manera que el ciudadano corporativo se siente seguro al delegar todas estas tareas en sus trabajadores.

En las relaciones empresariales, la obligación de confiar es evidente; se presentan situaciones en donde, por ejemplo, un alto directivo no puede ejercer actividades de contratación de suministros básicos, por cuanto su actividad profesional está dirigida hacia otro campo, el cual requiere su especial y diligente atención. Su intromisión en otro tipo de actividades podría generar un descuido en las labores propias, lo cual puede acarrear un costo mayor para la empresa. Por tanto, este tipo de actividades accesorias al de la gerencia le serán delegadas al departamento especializado para ello, ante lo cual los directivos deberán confiar.

V. ¿Existen límites al principio de confianza?

Resulta de gran utilidad la aplicación de este axioma, puesto que, a pesar de que el empresario diligente desea conocer en forma directa todos los sucesos que acontecen en su organización, esto muchas veces no resulta posible por el gran número de responsabilidades y actividades por atender por parte de quien delega. Pues es en virtud de este principio que el empresario logra, confiando en su personal, desarrollar todas aquellas actividades necesarias para cumplir con los propósitos de la empresa. De ello se desprende, inevitablemente, la extensión de la libertad de acción de la que se hace acreedor el empresario que se refleja en el actuar de la persona que realiza la tarea delegada.

Entendiendo el confiar como un acto voluntario, existen situaciones en las que, dadas las circunstancias, no resulta posible la aplicación de dicho principio, por lo cual resulta de gran importancia el conocer hasta qué grado resulta permitido confiar. La doctrina ha identificado una serie de limitantes a dicho principio¹⁹:

a. Solo se está permitido confiar al que se comporta en forma cuidadosa:

Es claro que el principio de confianza está cimentado en criterios que determinan el deber de cuidado que debe tener una persona, conforme al riesgo que le está dado a una actividad determinada. A pesar de ello, cuando se identifique que la confianza depositada sobre el agente ha sido vulnerada a través de la creación y materialización de un acontecer riesgoso, no se podrá

¹⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. 1. El Principio de Confianza como Criterio Normativo de Imputación en el Derecho Penal: Fundamento y Consecuencias Dogmáticas. En Derecho Penal y Criminología. Ediciones Universidad Externado de Colombia. 2000. No. 21, 69 (1), 37-76.

volver a depositar dicha confianza, puesto que la causa del injusto acaecido es deducible e imputable exclusivamente a él, y no a un tercero.

b. No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero:

Corresponde a la excepción general del principio de confianza determinar la existencia de motivos concretos para sospechar de un comportamiento antijurídico de otra persona, conclusión a la que es posible llegar a partir de precedentes de los que sea posible deducir que las actividades desarrolladas por ese tercero son contrarias a los paradigmas sociales.

Ahora bien, estos motivos no pueden ser infundados o de talante débil; por el contrario, se obliga que la no aplicación del principio de confianza esté precedida de actuaciones objetivas, sólidas y concluyentes, no bastando una intuición o un presagio.

c. El principio de confianza carece de validez con respecto a terceros incapaces o inimputables:

El principio de confianza debe mantenerse incólume en la expectativa jurídica de que es un delegatario quien deberá respetar las normas de conducta, ya que, si se trata de un tercero, la relación de confianza no será la misma, pues con las personas ajenas a la delegación realizada, opera otro tipo de principio, como el de la buena fe contractual, por ejemplo. No es posible, entonces, mantener esta condición, por cuanto se amplía en forma exagerada el espectro del riesgo permitido, pues las reglas generales de cuidado y desarrollo sobre la actividad se verán menguadas, toda vez que es el conocimiento de la tarea el que delimita los deberes de cuidado y el nivel de confianza permitido.

d. El principio de confianza se puede ver limitado por la existencia de especiales deberes de cuidado respecto de conductas antijurídicas o de deberes de confianza:

Como se ha visto, el principio de confianza tiene una estrecha relación con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad, razón por la que no es una única persona la que toma las determinaciones y, en razón a ello, la responsabilidad se extiende hasta afectar al comportamiento de terceras personas. Dicha limitante hace referencia a aquellos casos en que se delegan funciones de garante, las cuales implican un deber de vigilancia más allá del estándar exigible a una persona en condiciones normales, cuyo desconocimiento generará el inmediato

posicionamiento del garante en ignorancia deliberada, respecto de conductas antinormativas que estén cometiendo sus delegados.

Esto se evidencia, por ejemplo, en los casos de división vertical del trabajo en los que el superior o los superiores pueden tener especiales deberes de control y vigilancia que limitan el alcance del principio de confianza.

VI. Ignorancia deliberada

Como es natural, surgen de la labor del empresario delegante unos deberes ya no de control directo, sino de correcta selección, formación, información y dotación del delegado, pero sobre todo de vigilancia con sus subordinados, actividad que se hace indispensable en cuanto a la aplicación del principio de confianza, por cuanto el desarrollo de la actividad delegada puede acarrear riesgos que eventualmente puedan vulnerar derechos de terceros.

En este sentido, corresponde al empleador neutralizar todos aquellos elementos que surjan con ocasión de los sesgos cognitivos y carencias de sus empleados²⁰, control que, de incumplirse, puede acarrear responsabilidad.

En efecto, cabe la posibilidad de que este incumplimiento se dé por la imprudencia del administrador, es decir, por el descuido involuntario de este ante una situación, pero paralelamente a esta hipótesis nace la posibilidad de que la desatención a una situación de riesgo sea dolosa, voluntaria. De aquí nace una pregunta: ¿qué consecuencias implica la desatención voluntaria de este tipo de situaciones anómalas?

Pues bien, la doctrina ha indicado que con dicho actuar se llega a un estado de *ignorancia deliberada*. Esta categoría conceptual hace referencia al propósito consciente de ignorar o desconocer un hecho, o la alta probabilidad de ocurrencia del mismo que arriesgará un bien jurídico de tutela, con el fin de no involucrarse en las situaciones que la afectación o lesión pueda generar; es decir, quien, pudiendo y debiendo conocer la naturaleza de un acto, se mantiene en una situación de no querer saber.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ. Op. cit., p.46.

Este concepto puede ser más claro para el lector si se expone a modo de ejemplo; consideremos a una empresa que fabrica colchones. En dicha organización, el gerente de producción, encargado de vigilar y velar por la calidad del producto, delega su función de verificar los materiales de relleno de los colchones a uno de sus más grandes y eficientes colaboradores. El gerente, al verificar la magnífica labor realizada por su empleado, y dada la complejidad y desgaste que esta tarea genera, deja de vigilar por completo la gestión encomendada, situación que aprovecha el empleado para introducir narcóticos en los colchones.

Evidénciese que del deseo del gerente por permanecer ajeno a la labor, se desprende una obligación de conocer todo aquello que rodea la labor delegada; por tanto, en ocurrencia de ilícitos, a pesar de su desconocimiento, resulta responsable por haberse sustraído de la vigilancia correspondiente sobre su funcionario.

En Colombia, país que ha implementado una tradición jurídica afín al derecho continental europeo, este concepto no es de poca monta, y jurisprudencialmente ha llegado a equipararse a la ignorancia deliberada con el concepto de dolo eventual, asignándole así, un contenido volitivo al desconocer voluntariamente un hecho.

Este desarrollo implica que, cuando el sujeto ha obrado pese a contar con la representación de un nivel importante de riesgo, es decir, cuando la acción ha perseguido única y exclusivamente el resultado de ignorar algo que ameritaba atención y diligencia, el ejecutor de la acción merecerá el mismo tratamiento que quien tiene plena certeza sobre la existencia de la situación, traduciéndose esto en que la ignorancia deliberada y el conocimiento positivo presentan un mismo grado de responsabilidad²¹.

VII. Estado de la cuestión

La Corte Suprema de Justicia ha hecho uso de la figura del principio de confianza como criterio para analizar y resolver algunos problemas jurídicos que se le han puesto de presente. Tal es el caso de la decisión de casación No. 24.696, del 7 de diciembre del 2005²², la cual indicó:

²¹ *Ibíd.*, p. 7.

²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 24.696 (7 de diciembre del 2005).

En ese margen, los criterios de imputación objetiva parten de dos supuestos básicos: el de riesgo permitido y el principio de confianza, que determinan el estado de interacción normal de las relaciones sociales y de los riesgos que en ellas se generan. De manera que, sólo cuando la víctima asume conjuntamente con otro una actividad generadora de riesgos (lo cual acá no ocurre), puede eventualmente imputársele el resultado a la víctima, siempre que esta tenga conocimiento del riesgo que asume. En consecuencia, si es el autor quien recorre la conducta descrita en el tipo penal (quien crea el riesgo), el resultado debe serle imputado a aquel y no a la víctima, pues ésta obra dentro del principio de confianza que le enseña que en el tráfico de las relaciones sociales el vendedor realizará el comportamiento en el ámbito de competencia que le impone la organización.

Si se quisiera ir más allá, podría también decirse que “actualmente el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: solo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro– no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.

Adicionalmente, se encuentra el pronunciamiento del 8 de noviembre del 2007, en donde la Sala falló respecto de otro caso atinente a la responsabilidad penal de unos médicos especialistas, y definió, en el caso específico, que «tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”»²³ (Subrayado fuera de texto).

VIII. Toma de postura

Considero que el empresario está ante dos escenarios relacionados con el principio de confianza que acarrear consecuencias totalmente distintas. La primera, llamémosla confianza ciega, en donde en virtud

²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 27.388 (8 de noviembre del 2007).

del derecho y el deber del empresario de confiar en sus subordinados delega funciones a estos, incluidas aquellas en las que el primero ostenta una posición de garante; y un segundo escenario en donde esta confianza debe ser medida, en ciertos casos, rozando con el límite del principio de desconfianza.

Indudablemente, el hecho de desprenderse de ciertas funciones para asignarlas a otras personas presupone la existencia de una confianza sobre el delegado, atada a la adecuada selección de éste para cumplir con la tarea encomendada. Pero, al respecto, surgen dos incógnitas: la primera, si todas las funciones son delegables, y la segunda, consonante a ésta, si es necesario vigilar y controlar la totalidad de las actividades delegadas.

Respecto al primer tópico, y teniendo en cuenta lo anterior, no todas las funciones pueden ser delegadas. Se llega a esta conclusión porque, en primera medida, para la asignación de una actividad, cualquiera que fuere su importancia, resulta vital considerar las calidades del funcionario que va a desarrollarla; en consecuencia, podría deducirse que mientras más relevante sea una tarea, así mismo deberá ser la calidad del sujeto que vaya a desempeñarla. Esto quiere decir que existe una relación íntima entre la función y el funcionario, la cual puede definir muchas veces el rol que desempeña este último en una corporación.

Pero en caso de que se deleguen esas funciones, que definen esos roles, podría llegarse a desnaturalizar dicha posición, al punto de llegar a considerarla innecesaria, por cuanto su función principal puede cumplirla otra persona, sin importar las condiciones intelectuales o de experiencia que esta tenga. Es ahí en donde debe hacerse una pausa, y reflexionar respecto a la delegación incontrolada de funciones.

Respecto del segundo tópico planteado, y en consonancia con el anterior, partiendo de la base de que hay funciones que no deben ser delegadas, existen otras que pueden serlo, pero a las que el delegatario debe prestar mucha atención, por cuanto a pesar de que no exista una posición de garante al respecto, el buen desarrollo de estas tareas definirá en gran parte el exitoso desenlace y consumación de la tarea común.

Es decir que, a pesar de que esta delegación presupone un ejercicio humano, no puede ser tajante ni total, por cuanto la responsabilidad del resultado recaerá en la cabeza visible de la compañía, si este ha inobservado los deberes propios de la confianza depositada.

De allí que sea de especial relevancia brindar acompañamiento a los delegados para que, en el desarrollo de la labor encomendada, no cometan actos que atenten contra el ordenamiento jurídico, y así generar un beneficio para cada célula que conforma la empresa.

La inobservancia por parte del delegatario de las reglas, condiciones y limitantes que se desprenden del principio de confianza puede llevar al empresario delegante a que se le endilgue una eventual responsabilidad, cayendo así en un estado de ignorancia deliberada que nuestro ordenamiento castiga como una conducta dolosa, en el entendido de que, como cabeza de la actividad delegada, es su deber el conocer íntegramente los riesgos que conlleva la realización de la actividad encomendada y las calidades del delegatario, para así determinar si resulta plausible o no, confiar a otros funcionarios ciertas tareas.

De todo lo expuesto, podemos deducir la responsabilidad del empleador al confiar en una persona no digna de confianza, o cuando vulnera otro de los limitantes al principio de confianza, pero no puede olvidarse de aquellas situaciones en que, producto de la confianza, el delegante se exagera o se extralimita en los deberes de vigilancia del empleador.

Lo anterior para indicar que el hecho de que se vigile la actividad de un subordinado no quiere decir que a través de este acto pueda pensarse estar a salvo de un censo penal; es decir, de la vigilancia mal aplicada puede predecirse responsabilidad penal del empresario.

Resulta verdaderamente fácil que el principio de confianza se derive en actuaciones propias del principio de desconfianza; esto, dependiendo de la correcta o no ejecución de los deberes que amerita el confiar en un subordinado.

Por supuesto, es completamente posible que se incurra en excesos propios del deber de vigilancia que corresponde al delegante, cambiando la naturaleza de esta figura, ya que en el desarrollo excesivo de este deber, adquiero un conocimiento superior de las actividades desarrolladas por mis subordinados, haciéndome responsable directo de los actos imprudentes o dolosos que estos pudiesen cometer, y así, otorgándoseme como empresario la obligación perenne de atender todas aquellas situaciones de las que pueda predecirse un daño.

Es decir, que no puede afirmarse que, necesariamente, el confiar y ejercer deberes de vigilancia me relega de responsabilidad penal, puesto que, en virtud del principio y como producto de las exigencias que se me hacen, también puedo ser sujeto de una sanción penal, lo cual, desde mi punto de vista, hacen de esta herramienta un tanto insegura, y un arma de doble filo.

Por tanto, si el propósito de esta figura es el de limitar el panorama de imputación de responsabilidad, indudablemente, deben incluirse todas aquellas situaciones que permitan transformar el principio de

confianza al principio de desconfianza dentro de los limitantes de la primer figura, so pena de que su desconocimiento desencadene en la responsabilidad del diligente pero excesivo vigilante.

IX. Conclusión

Como se expuso, este tema resulta de gran importancia para el empresario colombiano, puesto que el gran número de actividades que naturalmente comprenden su agenda, generarán que, tarde o temprano, deba delegar, y en virtud del principio de confianza, permitir que otras personas realicen las actividades que él nunca antes había confiado, no sin antes ser consciente de que la actividad de delegación no es fruto solamente de una relación de poder ilimitado para con sus subordinados, sino que tiene unas implicaciones serias y reales que, de ser infringidas, pueden conllevar a la imposición de una sentencia de carácter penal.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique. Compliance y Derecho Penal. 1 ed. Pamplona: Aranzadi, 2011.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. Bogotá, 20 de julio de 1991. No. 116.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-527/13 (14 de agosto de 2013).

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 24.696 (7 de diciembre del 2005).

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 27.388 (8 de noviembre del 2007).

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. 1. El Principio de Confianza como Criterio Normativo de Imputación en el Derecho Penal: Fundamento y Consecuencias Dogmáticas. En Derecho Penal y Criminología. Ediciones Universidad Externado de Colombia. 2000. 21, 69 (1), 37-76.

GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad Penal de Todas las Personas Jurídicas? Culpabilidad e Imputabilidad Empresarial en un Verdadero Derecho Penal Empresarial. En: Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional. Abril Junio, 2016. no.15.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario. El Principio de Confianza en Derecho Penal: Un estudio Sobre la Aplicación del Principio de Autorresponsabilidad en la Teoría de la Imputación Objetiva. Tesis doctoral Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho. Abril 2007.

MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. Colombia: Las Instituciones del Riesgo Permitido, el Principio de Confianza y la Prohibición De Regreso en el Derecho Penal Financiero y el Lavado de Activos. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2016.

NEME VILLAREAL, Martha Lucía. La Presunción de Buena Fe en el Sistema Jurídico Colombiano: Una Regla Cuya Aplicación Tergiversada Desnaturaliza el Principio. En: Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia, 2010, no 18.

PLAZAS SALAS, Guillermo. Evolución de la Estructura Empresarial ante el Avance Tecnológico: Propuesta de un Índice de Innovación. Tesis de Máster Universitario en Investigación en Ingeniería Civil. Santander: Universidad de Cantabria, 2017.

RAGUÉS I VALLES, Ramón. Mejor No Saber: Sobre la Doctrina de la Ignorancia Deliberada en Derecho Penal [en línea]. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015. p. 11-38. [Consultado 20, agosto, 2018] Disponible en internet: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcpz603>.

REYES ALVARADO, Yesid. Colombia: Imputación objetiva. Bogotá: Temis, 2005

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. . Buenos Aires: Ed. Edisofer S.L., 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Criminalidad de Empresa y Compliance, Prevención y Reacciones Corporativas. Barcelona: Edisofer S.L., 2013.