

PRIMERA LÍNEA
No. 5, diciembre 2018
MPA DERECHO PENAL CORPORATIVO

EQUIPO EDITORIAL

Mauricio Pava Lugo
Director Editorial

Andrés Felipe Díaz Arana
Director Académico

Paul Cifuentes
Editor

Daniel Esteban Cristancho Grajales
Secretario

CONSEJO EDITORIAL

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

COLUMNISTAS

Andrés Felipe Díaz Arana
Andrés Felipe Zapata Zapata
Elías Mauricio Monroy Mora
Mauricio Pava Lugo

EQUIPO EDITORIAL

MAURICIO PAVA LUGO

Director editorial

Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, 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; *conjuez* de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; 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 posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

ANDRÉS FELIPE DÍAZ ARANA

Director académico

Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes, Grado Cum Laude. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra (España), acreedor del Premio al Primer Puesto en la edición 2014-2015. Magíster en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Barcelona, tesis calificada Matrícula de Honor por Unanimidad. Especialista en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario. Profesor Titular en pregrado y posgrado en distintas universidades. Autor de varias publicaciones académicas sobre derecho penal y política criminal en revistas nacionales e internacionales. Director Académico y Presidente del Consejo Editorial de 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*.

DANIEL ESTEBAN CRISTANCHO GRAJALES

Secretario

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Asistente judicial de la firma MPA, en donde ejerce acompañamiento en materia penal y compliance de organizaciones líder pertenecientes al sector de prestación de servicios públicos domiciliarios. Secretario del Consejo Editorial.

CONSEJO EDITORIAL

ANDRÉS FELIPE ZAPATA ZAPATA

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Asistente legal de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, con más de nueve años de experiencia en la firma; se ha desempeñado como coordinador jurídico y, actualmente, lidera la elaboración de conceptos jurídicos y estructuración dogmática de las defensas penales.

DANIEL SANTIAGO GUIO DÍAZ

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de la Universidad Sergio Arboleda y perteneciente al programa de honores de la misma universidad; realizó estudios de profundización en derecho internacional y derecho comparado en la Universidad Sergio Arboleda de Madrid – España. Fue orador en el XIX Concurso Interamericano de Derechos Humanos de la American University en Washington D.C.; cuenta con conocimientos especializados sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al interior de la firma, se desempeña en planes de defensa corporativa, programas de cumplimiento, instrumentalización de decisiones, estructuración de medidas de gobierno corporativo y apoyo a la gestión en materia de libro blanco.

JUAN DAVID LEÓN QUIROGA

Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de la Universidad del Rosario con profundización y especialización en Derecho Penal de la misma academia, Master en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona en convenio con la Universidad Pompeu Fabra y Curso Universitario Superior en Compliance de la Universidad de Barcelona. Con amplio conocimiento sobre la acción de extinción de dominio y su aplicación práctica, prevención del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo en el sector corporativo y la aplicación de programas de cumplimiento.

COLUMNISTAS

MAURICIO PAVA LUGO

Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, 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; conjuetz de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; 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 posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

JUAN DAVID LEÓN QUIROGA

Abogado de la firma MPa. Derecho Penal Corporativo. Graduado de la Universidad Nuestra Señora Del Rosario con profundización en Derecho Penal; especialista en Derecho Penal en esta universidad. Máster en Derecho Penal y Ciencias penales en la Universidad de Barcelona en convenio con la Universidad Pompeu Fabra..

JACOBO ALEJANDRO GONZÁLEZ CORTÉS

Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, candidato a Magíster en derecho con énfasis en procesal penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como director de operaciones por sus amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, y en las

víctimas en el proceso penal. Ha ocupado diversas posiciones en la firma en más de una década de trabajo constante, lo que le ha permitido tener una completa comprensión del funcionamiento de la firma.

DANIEL ESTEBAN CRISTANCHO GRAJALES

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Asistente judicial de la firma MPA, en donde ejerce acompañamiento en materia penal y compliance de organizaciones líder pertenecientes al sector de prestación de servicios públicos domiciliarios. Secretario del Consejo Editorial.

CONTENIDO

<u>¿REFORMAS ESTRUCTURALES O MEDIDAS CONTRA-CULTURALES? (I)</u>	9
MAURICIO PAVA LUGO	9
<u>ACLARACIÓN DEL LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: ¿CUÁNDO PRESCRIBE EL FRAUDE PROCESAL?</u>	12
JUAN DAVID LEÓN QUIROGA	12
<u>EL ACTO QUE MARCA LA MODALIDAD TENTADA DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL</u>	19
JACOBO ALEJANDRO GONZÁLEZ CORTÉS	19
<u>¿QUÉ ES UN PROGRAMA DE COMPLIANCE Y PARA QUÉ SIRVE?</u>	38
DANIEL ESTEBAN CRISTANCHO GRAJALES	38

¿REFORMAS ESTRUCTURALES O MEDIDAS CONTRA-CULTURALES? (I)

Mauricio Pava Lugo¹

En el modelo de justicia penal, tanto el “estado de las cosas” como las soluciones a éste están ampliamente diagnosticados. De hecho, los técnicos, los pensadores, los operadores, coinciden en que los “hábitos” judiciales, los “rituales”, los anacronismos, la ausencia de pragmatismo en preservación de un discurso extra garantista, que trata de manera “infantil” a los actores del sistema, con una ineficiente sobreprotección, requiere, entre otras medidas, una intervención legislativa, que “gradúe como adulto” al programa de garantías penales, y de política criminal, que descansa en nuestro régimen procesal. El proyecto de ley 138 de 2018, sin duda, lo hace.

La necesidad de fortalecer las garantías de los ciudadanos con respecto a las facultades sancionatorias del Estado es un discurso constante, ya sea dentro del procedimiento administrativo sancionador como en el proceso penal. Por supuesto, no puede negarse la validez de este debate y la importancia de lo que reclama.

No obstante, de manera paralela y en atención a las inconformidades sociales con respecto a los altos márgenes de impunidad —o, por lo menos, a la sensación de injusticia que se puede observar sin necesidad de realizar una labor investigativa titánica—, surge un clamor popular de fortalecer la política criminal y los niveles de eficiencia de la administración de justicia a costa de determinados valores que consideramos intocables y fundamento de nuestra sociedad.

¹ Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, 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; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; 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 posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

El dilema que anteriormente se plantea podría sintetizarse —como muchos doctrinantes lo han identificado— en términos de la dicotomía eficacia-garantismo de los sistemas procesales, en específico, del penal. En esta medida, un primer acierto del proyecto de ley 138 de 2018 es la afirmación de que no se requiere una modificación radical en las instituciones procesales propias de la normativa vigente, puesto que las dificultades no proceden de la aplicación de éstas, sino de la arraigada concepción cultural basada en la sobreprotección de quien es procesado, equiparándolo a un incapaz cuya noción de las actuaciones se encuentra nublada por su presunta carencia de “adultez” para afrontar las consecuencias.

Ahora bien, en la intervención legislativa pueden destacarse dos grupos. El primero defiende las facultades que se le otorgan al juez para dar preponderancia a la eficacia sobre la protección paternalista del Estado; y el segundo grupo reivindica la normativización de las consecuencias que debe asumir el interviniente frente al incumplimiento de las obligaciones propias del procedimiento. Estas medidas de disciplina judicial, sin duda, patrocinan una mirada contracultural de las cargas procesales en materia penal. Es hora, entonces, de que nuestro modelo trate a las partes e intervinientes como “adultos” capaces de asumir consecuencias, capaces de comportarse apropiadamente dentro de una relación bilateral de deberes y derechos.

En el desarrollo de los sistemas jurídicos penales —tanto procesales como sustanciales—, se han erigido instituciones que, con el paso del tiempo, se han convertido en verdaderos dogmas de fe. Si bien éstas han permitido dar respuesta a problemáticas situaciones que se vivían bajo un contexto determinado, en otros escenarios generan dificultades prácticas en la materialización de la justicia.

Por las razones anteriores, el legislador asumía a las mencionadas instituciones como una suerte de axiomas, de tal manera que no se atrevía a cuestionar la incorporación de éstas en las normas jurídicas. Por supuesto, esta actitud legislativa se fundaba en el riesgo de desconocer los derechos fundamentales de los ciudadanos en relación con el ejercicio sancionatorio que recae sobre el Estado. Este escenario está cambiando.

En la actualidad y teniendo como fundamento una visión crítica por parte de la academia, se han venido gestando diferentes movimientos tendientes a valorar todas las instituciones propias del Derecho Penal y a analizar su viabilidad bajo los nuevos modelos sociales. Este ejercicio ha llevado a dos grandes caminos: el primero de ellos corresponde con la deconstrucción de ciertos principios que resultan inviables para las finalidades propuestas por la administración de justicia, tales como la eficiencia, la eficacia o la celeridad.

El segundo es un camino concerniente al renacimiento de instituciones clásicas dejadas en el olvido o con muy poca aplicación sistemática, las cuales son observadas bajo nuevas ópticas que permiten dar aplicaciones diferentes sin alterar su raíz.

Poseditorial

Las medidas contra-culturales han permitido remover las miradas anquilosadas y cómodas a ciertos problemas corporativos de toda índole. El discurso sobre la utilidad de los modelos de cumplimiento, efectivamente, se da en función de superar este rezago. Por esta razón, surge la necesidad de asumir los compromisos propios de una cultura de la legalidad empresarial. En esta entrega de Primera Línea, precisamente, con la idea de anticipar barreras de protección, de una mirada más hacia la prevención que hacía la reacción, se presenta un estudio comprensivo de la administración desleal.

ACLARACIÓN DEL LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: ¿CUÁNDO PRESCRIBE EL FRAUDE PROCESAL?

Juan David León Quiroga²

No ha sido constante la jurisprudencia en lo que respecta a la determinación del momento en el cual se inicia el conteo del término de prescripción del delito de fraude procesal. Lo anterior se debe a la interpretación que se ha dado del tipo penal, según la cual no ha sido pacífica la determinación de si el fraude procesal debe entenderse como un delito de ejecución permanente o, por el contrario, de estado; esto conlleva a disparidad de criterios a la hora de entender consumado el tipo penal. La sentencia acá analizada precisa los elementos del fraude procesal con el ánimo de zanjar esta discusión en lo que respecta a la actividad delictiva dentro de los procesos judiciales.

Sumario

I. Introducción II. Hechos de la sentencia III. Consideraciones de la sala IV. Toma de postura

I. Introducción

La determinación del momento en el cual se inicia el conteo del término de prescripción es fundamental para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, puesto que éste determina el comienzo del espacio temporal con el que contará el Estado para ejercer su capacidad de persecución de conductas lesivas de bienes jurídicos. Ésta es una manifestación de la garantía del debido proceso en dos sentidos: el primero de ellos corresponde al derecho del ciudadano de tener un marco temporal que, una vez vencido, le

² Abogado de la firma MPa. Derecho Penal Corporativo. Graduado de la Universidad Nuestra Señora Del Rosario con profundización en Derecho Penal; especialista en Derecho Penal en esta universidad. Máster en Derecho Penal y Ciencias penales en la Universidad de Barcelona en convenio con la Universidad Pompeu Fabra.

garantice la no investigación o sanción por parte de las instituciones estatales; y el segundo incumbe a la colectividad en general, mediante la cual la sociedad contará con la posibilidad de romper con la incertidumbre frente a los presuntos señalamientos que se endilgan a los procesados³.

Ahora bien, el escenario en el cual se desarrolla el tipo penal de fraude procesal cuenta con una especial complejidad en este asunto, ya que no ha sido unánime la jurisprudencia al determinar en qué momento se encuentra consumado el tipo penal y, en consecuencia, si debe ser tratado como un delito de ejecución permanente (asimilable en sus efectos al secuestro) o a un delito de estado (como bien podría ser una falsedad en documento). Bajo este contexto, se desarrolla la Sentencia SP3631–2018 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se pretende responder la siguiente pregunta: en el delito de fraude procesal, ¿se debe iniciar el conteo del término de prescripción desde la consumación del delito o desde el agotamiento de éste?

II. Hechos de la sentencia

De acuerdo con la relación enunciada por la CSJ⁴, se tienen como probados los siguientes hechos: la señora REGR y el señor AVR convivieron por un tiempo mayor a 20 años. Una vez la señora REGR quiso constituir la sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho, AVR realizó dos maniobras tendientes a sustraer un bien inmueble del patrimonio con el fin de impedir la adquisición de los derechos de la referida señora, a saber: la primera corresponde a la simulación de una venta a su hermano MVR, la cual se perfeccionó el 15 de agosto de 2000; dicha venta fue reversada una vez se percató MVR de su posible actuar delictivo. Ante la anterior situación, AVR convino con JJR la creación de un título valor ficticio con la finalidad de generar un pasivo en contra del titular del bien y, en consecuencia, dar trámite a un proceso ejecutivo, situación que se dio de acuerdo con el plan criminal; esta segunda maniobra conllevó a que el juez civil municipal rematara y adjudicara el bien a JJR. Es importante mencionar que estos hechos sucedieron entre los años 2000 y 2003 y que, por estos, la Fiscalía General de la Nación dejó en firme la resolución de acusación el 23 de enero de 2013.

³ Sobre estos dos aspectos, Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1033. Expediente. D-6282. (5, diciembre, 2006). M.P.: ARTURO DANIEL LÓPEZ COBA.

⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP3631-2018. Radicado. 53066. (29, agosto, 2018). [En línea]. M.P.: PATRICIA SALAZAR CUELLAR. p. 2. [Consultado: noviembre 12 de 2018]. Disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/SP3631-201853066.pdf>

III. Consideraciones de la sala

La fundamentación de la mencionada providencia tiene tres grandes soportes: el primero corresponde a la diferenciación entre consumación y agotamiento de las conductas delictivas, el segundo habla sobre la institución de la prescripción penal y su importancia en el ordenamiento jurídico, y el tercero incumbe a la consumación del fraude procesal dentro de los procesos judiciales. Para efectos de lo que atañe a esta columna, será determinante la valoración de la tercera argumentación, sin dejar de lado los otros dos fundamentos, los cuales serán brevemente mencionados.

La primera estructura argumentativa establece que debe diferenciarse entre la fase de consumación y la fase de agotamiento del delito; la primera corresponde a la ejecución de todos los elementos objetivos de un tipo, mientras que la segunda se refiere a la satisfacción de la finalidad con la que el autor llevó a cabo el actuar criminal⁵. Por ende, será necesario separar entre los delitos permanentes y los efectos permanentes del delito, puesto que, de esto, dependerá la valoración del momento de consumación.

El segundo fundamento establece que la prescripción es la materialización del derecho al debido proceso en cabeza de los ciudadanos, ya que, si bien existe un interés por parte de la ciudadanía de que se efectúe un merecido ejercicio de la justicia, éste no puede ser de carácter permanente en el tiempo, sino que, por el contrario, debe ser visto de manera armónica con la necesidad de seguridad jurídica de los coasociados.

Por último, la sala aborda el análisis del momento de consumación del fraude procesal dentro de los procedimientos judiciales a efectos de determinar cuándo debe empezar a contarse el término de prescripción. Inicia la argumentación afirmando la imposibilidad de equiparación entre un trámite administrativo y un proceso judicial, a la luz del delito mencionado, y asevera que el primero cuenta con características propias (como la revocatoria del acto por iniciativa propia de la administración), de las cuales no goza la jurisdicción. Por lo tanto, la CSJ considera que la regla contenida en este fallo deberá ser aplicada a este tipo de procesos, únicamente.

⁵ Ibid., p. 9.

Bajo esta perspectiva, asume el alto tribunal que el momento en el cual se debe tener como consumado el delito de fraude procesal corresponde al instante de finalización del proceso, es decir, a la ejecutoria de la providencia dentro del procedimiento judicial. Esto se fundamenta en la noción de proceso como “un conjunto de fases sucesivas”⁶ teniendo estas como finalidad que un juez de la república adopte una decisión acorde al Derecho. Por ende -sostiene la sala-, es factible que el error en el cual se induce el funcionario judicial perdure a lo largo del procedimiento.

Ahora bien, adiciona la sala, a lo anteriormente referido, que, una vez finalizado el procedimiento judicial, puede que subsistan efectos derivados del actuar delictivo, pero éstos son de igual naturaleza que cualquier efecto nocivo derivado del delito, por consiguiente, no puede entenderse como extensión de la consumación, sino como consecuencias vinculadas al actuar criminal. Por último, afirma que es inviable cualquier interpretación normativa que se dé sobre la consumación tendiente a decretar la imprescriptibilidad de los hechos punibles, incluyendo las concepciones por las cuales se extiende la consumación hasta la cesación de efectos o consecuencias del delito para fines de establecer el momento de inicio de la prescripción.

IV. Toma de postura

En primera medida, debe partirse de las nociones de delitos de ejecución permanente⁷ y delitos de estado⁸: los primeros corresponden a tipos penales que conllevan la renovación de la actuación delictiva -por voluntad del autor- a lo largo del tiempo, mientras que, en los segundos, se sanciona la creación de un estado antijurídico de cosas, mas no su extensión en un espacio temporal. En consecuencia, es inadecuado el criterio de la CSJ -en esta sentencia- al confirmar un fragmento de la línea jurisprudencial⁹ en la que se

⁶ Ibid., p. 36.

⁷ Los define el profesor Mir Puig como aquellos que suponen “el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (por ejemplo, detenciones ilegales, art. 163 CP); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica”. Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. Barcelona. Editorial Reppertor. 2016. p. 232. De igual forma, sostiene Velásquez Velásquez que son “aquellos en los que el comportamiento del agente se renueva de manera continua, permanente, en el tiempo”. Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal: Parte general. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2014. p. 411.

⁸ En palabras del MIR PUIG, “aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento”. Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. Barcelona. Editorial Reppertor. 2016. p. 232.

⁹Para esta afirmación, se consultaron las siguientes providencias: Sentencia 8968 de agosto 17 de 1995, Sentencia 9134 de 30 de octubre de 1996, Sentencia 11210 de 4 de octubre de 2000, Sentencia 20013 de 5 de mayo de 2004, Sentencia 28562 de 18 de junio

venía considerando al fraude procesal como un delito de ejecución permanente, lo cual ha sido un error constante en la jurisprudencia de la CSJ, puesto que confunde la consumación de la conducta con el agotamiento de esta.

Esta discusión es fundamental a la hora de determinar la consumación, ya que, de entenderse bajo la primera modalidad, deberá concebirse que el delito se consuma hasta que cese el último actuar por parte del autor, lo cual será cuando se lleve a cabo la última actividad tendiente a inducir en error al funcionario público -sea judicial o administrativo-; lo anterior conllevaría a la extensión indeterminada del momento en el cual empieza a correr el término de prescripción, con lo que se generaría la imprescriptibilidad práctica del fraude procesal. Caso contrario sucedería con el reconocimiento de este tipo penal como un delito de estado, con lo cual se entendería como consumado en el momento en que se realiza el acto -idóneo *ex ante*- de inducción en error al funcionario, de manera que queda de lado si se materializa o no dicho error en una providencia o acto administrativo y, por supuesto, los efectos que se deriven del mismo, por lo cual, el conteo del término iniciaría cuando se dé el acto de inducción y no en la materialización de los efectos del error.

Consideramos que esta sentencia comete dos grandes yerros, a saber: en primer lugar, está la aplicación parcial del concepto de delitos de estado, o bien, la segregación entre la consumación y agotamiento de la conducta punible, puesto que amplía dicho evento hasta la finalización del proceso judicial bajo la noción de que el engaño del servidor se extiende durante todo el procedimiento. Esta postura olvida que, si bien el fraude procesal es un delito de resultado, la materialización de este se evidencia en la creación de una situación psicológica de error en el funcionario, mas no en la continuidad de este estado ni mucho menos el resultado lesivo plasmado en una decisión o resolución¹⁰.

Es por lo anterior que, si bien, en el fallo, se limita el espacio temporal del comienzo de la prescripción de manera significativa -siendo máximo hasta la providencia en firme-, no deja de extender la consumación del injusto a una fase posterior de la que establece el legislador en la literalidad del tipo penal, lo cual

de 2008, Sentencia 27710 de 18 de marzo de 2009. En esta ocasión, se confirma la línea jurisprudencial, cuya sentencia hito es la 8968 de agosto 17 de 1995.

¹⁰ En el mismo sentido, véase MANTILLA JÁCOME, Rodolfo y otros. Análisis dogmático del tipo penal de fraude procesal desde el punto de vista de su contenido y su desarrollo jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia. *Revista Tema Socio Jurídicos*. 2016, vol. 35 nro. 70. pp. 176 y 177.

contraría, precisamente, la delimitación que establece la misma sentencia entre la consumación y el agotamiento del delito.

El segundo yerro concierne a la diferenciación que hace la CSJ con respecto del procedimiento judicial y el proceso administrativo, fundamentado en la capacidad autónoma con que cuenta la administración de retrotraer sus actos y de la cual carece el órgano jurisdiccional. Este elemento tiende a ser irrelevante para determinar la existencia o no del fraude procesal; tan es así que el legislador, a la hora de tipificar la conducta, engloba ambos procedimientos sin discriminar circunstancia alguna que conlleve a esta diferenciación. Por lo tanto, no se comprende por qué la CSJ le otorga relevancia a un elemento que brilla por su ausencia dentro del tipo objetivo de fraude procesal como lo es la facultad de retrotraer, de manera autónoma, la decisión proferida en estado de error.

De este debate, surge la necesidad de recordar que la prescripción es una institución cuya importancia en nuestro sistema jurídico no es mínima; todo lo contrario, es una de las manifestaciones más claras del debido proceso y la garantía de seguridad para los ciudadanos en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por esto, cualquier interpretación que pretenda cercenar esta noción deberá ser cuestionada de manera vehemente en aras de salvaguardar los mandatos constitucionales que rigen los procedimientos penales.

Bibliografía

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1033. Expediente D-6282. (5, diciembre, 2006) [en línea]. M.P.: ALVARO TAFUR GALVIS. [Consultado: noviembre 12 de 2018]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-1033-06.htm>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 8968. (22, agosto, 1995). M.P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. En: Gaceta Judicial. Santa Fe de Bogotá: Corte Suprema de Justicia. T. 239, vol. 1, p. 354-383.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP3631-2018. Radicado. 53066. (29, agosto, 2018) [en línea]. M.P.: PATRICIA SALAZAR CUELLAR. 44 p. [Consultado: noviembre 12 de 2018]. Disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/SP3631-201853066.pdf>.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP9134. (30, octubre, 1996). M.P.: DIDIMO PÁEZ VELANDIA.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP11210. (4, octubre, 2000). M.P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP20013. (5, mayo, 2004). M.P.: MARINA PULIDO.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP28562. (18, junio, 20089). M.P.: AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP27710 de 2009. (18, marzo, 2009). M.P.: MARÌA DEL ROSARIO GONZÀLEZ LEMOS.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP37856. (7, diciembre, 2011). M.P.: AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor. 2016.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal: Parte general. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2014.

MANTILLA JÁCOME, Rodolfo y otros. Análisis dogmático del tipo penal de fraude procesal desde el punto de vista de su contenido y su desarrollo jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia. Revista Tema Socio Jurídicos. 2016, vol. 35 nro. 70. pp. 176 y 177.

EL ACTO QUE MARCA LA MODALIDAD TENTADA DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Jacobo Alejandro González Cortés ¹¹

Al entrar Colombia en la OCDE, es necesario que los ciudadanos corporativos tengan métodos para identificar los comportamientos de sus miembros con el fin de prevenir riesgos asociados a conductas que van en contravía de los intereses de la sociedad. De ahí que, a través de esta columna, se presenten algunas herramientas que pueden ser de utilidad para determinar cómo una actividad desleal puede llegar a ser un delito, aun cuando no se cause un perjuicio a los socios o cuando no se obtenga un provecho por quien ejecuta la conducta. Por lo tanto, se busca ampliar las barreras de protección para prevenir fraudes de esta naturaleza.

Sumario

I. Introducción II. La estructura dogmática del tipo penal de administración desleal III. La tentativa desde una visión dogmática y jurisprudencial IV. De los conceptos a la práctica V. Teorías orientadoras para la aplicación de la tentativa en la administración desleal VI. Toma de postura VII. Conclusión.

I. Introducción

¹¹ Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, candidato a Magister en derecho con énfasis en procesal penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como director de operaciones por sus amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, y en las víctimas en el proceso penal. Ha ocupado diversas posiciones en la firma en más de una década de trabajo constante, lo que le ha permitido tener una completa comprensión del funcionamiento de la firma.

El 25 de mayo de 2018 Colombia fue incluido como miembro número 37 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-, grupo que alberga algunas de las principales economías desarrolladas del mundo. Todos los miembros de esta organización promueven, como política, el desarrollo de buenas prácticas corporativas en temas sociales y económicos, así como una lucha incesante contra la corrupción.

Sin embargo, para acceder a la OCDE, fue necesario que Colombia hiciera ajustes internos para ser aceptado como miembro y, en ese sentido, fue pertinente la promulgación de leyes y algunos cambios legislativos, entre estos, el fortalecimiento del Estatuto anticorrupción del año 1995 con respecto a la lucha contra el fraude. En el marco del fortalecimiento del Estatuto anticorrupción, se expidió la Ley 1474 en el año 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”¹², que introdujo, entre otros, el tipo penal de *administración desleal*¹³.

Por lo tanto, el tipo penal de *administración desleal* surge en Colombia luego de analizar las debilidades que tenía el estado en temas de seguridad jurídica que, de cierto modo, afectaba la entrada de capitales extranjeros e inversionistas. En el año 2010, Colombia ocupaba un puesto intermedio en temas de corrupción¹⁴ y era necesaria la creación de políticas claras y normas exigentes para aumentar la sensación de rectitud y acabar con la corrupción. Estas implementaciones eran determinantes para el avance de la economía y para que las instituciones judiciales pudieran combatir la corrupción estatal y la corrupción privada. Debido a los cambios legislativos y a la necesidad de buscar proyectos económicos cada vez más

¹² 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, no. 48128

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599. (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. modificada por la Ley 1474 de 2011, artículo 250 B. Diario oficial. Julio, 2000, no. 44097

¹⁴ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 142 de 2010 senado. (13, diciembre, 2010). C. P. Manuel Enríquez Rosero. Bogotá: Senado de la república, 2010. p. 5: “...en el Barómetro Mundial de la Corrupción del año 2009 de Transparencia Internacional, Colombia ocupó el puesto 74 entre 184 países objeto de estudio, situación que demuestra claramente que, pese a que se han realizado esfuerzos importantes para la reducción de este fenómeno, los mismos deben aumentarse y focalizarse, orientándose en sectores específicos, para el diseño de una política pública eficaz para la lucha contra la corrupción.”

ambiciosos, se incluyeron normas aplicadas en países como España¹⁵, Italia¹⁶, Chile y¹⁷ Perú¹⁸, entre otros, en donde opera la conducta de *administración desleal* que engrosó las filas de los delitos que atentan contra el patrimonio económico. Aunque para algunos puede considerarse como insuficiente¹⁹, pues debía crearse un bien jurídico adicional para que no quedaran formas de ataque contra las sociedades sin protección, el legislador consideró que, para nuestro modelo jurídico, se podía contemplar el delito de esta forma.

Luego de casi siete años de la implementación del delito en cuestión en el ordenamiento jurídico, este subvalorado tipo penal reviste toda la importancia para los miembros de los entes corporativos y para la comunidad en general. Por esta razón, se han dedicado algunas líneas a su estudio.

¹⁵ ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley orgánica 10. (23, noviembre, 1995). BOE. Noviembre, 1995, no. 281. El delito de administración desleal de patrimonio societario está contemplado en el Artículo 252 “**Artículo 252.** “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.”

¹⁶ ITALIA. Código Civil. Libro V, título XI. Disposiciones penales en materia de sociedades. “**ARTÍCULO 2634. INFIDELIDAD PATRIMONIAL.** los administradores, los directores generales y los liquidadores, que, teniendo un interés en conflicto con aquel de la sociedad, con el fin de procurar a sí mismos o a los otros una ganancia injusta u otro beneficio, contribuyan a deliberados actos de disposición de los bienes sociales, causando intencionalmente a la sociedad un daño patrimonial, serán sancionados con reclusión de seis meses a tres años. la misma pena se aplica si el hecho es cometido en relación con bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros, causando a estos últimos un daño patrimonial. en cada caso no es justo el beneficio de la sociedad, asociada o del grupo, compensado por beneficios alcanzados o fundamentalmente previsibles, derivados de la asociación o de la afiliación al grupo. para los delitos previstos del primero y segundo subpárrafo se procede a “queja” de la persona ofendida.”

¹⁷ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Código penal chileno. (12, noviembre, 1874) De la apropiación o distracción patrimonial “**ARTÍCULO 470.** las penas del art. 467 se aplicarán también: 1°. A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla. en cuanto a la prueba del depósito en el caso a que se refiere el [art. 2.217 del código civil](#), se observará lo que en dicho artículo se dispone. (...)”

¹⁸ PERU. COMISIÓN REVISORA. Decreto legislativo 635. (8, abril, 1991). “**ARTÍCULO 198.- ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA:** Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: 1. ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables. 2. proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica. 3. promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones. 4. aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. 5. fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes. 6. omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica. 7. asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica. 8. usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.”

¹⁹ BALLESTEROS CORREA, Fabio Orlando. Análisis de la administración desleal y la corrupción en el sector privado a la luz de la legislación colombiana y el derecho comparado. Tesis de Maestría en derecho penal. Bogotá: Universidad Santo Tomas, Facultad de derecho, 2017. 62 p. “Incluso, siendo hipotéticamente considerada la posibilidad de abarcar dentro del concepto de daño patrimonial la frustración de expectativas económicas de la sociedad, la forma en que ha quedado redactado el tipo penal genera que actos con contenido patrimonial, lesivos a los intereses de la sociedad, no lleguen a ser punibles, pues para que se configure una conducta típica del administrador, que implique una disminución del patrimonio de la sociedad, este debe llevar a cabo actos positivos de disposición de los bienes de la sociedad, no siendo típicas conductas que comportan una disminución del activo, o no incremento del patrimonio societario, como consecuencia de actos desviados del administrador en los que éste no dispuso de bienes de la sociedad.”

No se pretende cuestionar si este tipo penal admite tentativa, pues de entrada hay que afirmar que sí, el punto será identificar el momento en que las actuaciones de un miembro del ente corporativo que administra contrariando las políticas que rigen la sociedad, llegan a la consumación de la modalidad tentada sin causar un perjuicio efectivo y un beneficio para sí mismo. Identificar este aspecto —el momento en que comienza la ejecución del acto punible— será de mayor relevancia, toda vez que permitirá adoptar las medidas pertinentes para ampliar las barreras de protección que blinden a las compañías de actividades asociadas a este delito y, de esta manera, evitar los atentados contra el patrimonio de los socios y de la sociedad.

Para lograr lo anterior, se realizará un estudio dogmático del delito donde se identificarán los aspectos objetivos y subjetivos del tipo, se establecerán las modalidades delictivas que contempla y se identificará por qué se trata de un delito de resultado que admite tentativa. Igualmente, se explicará qué es el *iter criminis*, cuál ha sido el tratamiento de la jurisprudencia para la identificación de los actos preparatorios y los actos ejecutivos, así como las distintas teorías que existen para la identificación del momento en que inicia la ejecución de la conducta.

Colombia ha emitido pocas jurisprudencias en relación con este delito, algo que, además de resultar extraño para los miembros de los entes investigativos y de la judicatura, tiene algunas complejidades que se deben superar al momento de hacer la evaluación de la modalidad tentada.

Es claro que la jurisprudencia permitirá verificar, frente al tipo penal de la *administración desleal*, cuándo se puede tratar de un acto preparatorio o de un acto ejecutivo. A partir del manejo de las diferentes teorías objetivas, subjetivas y mixtas que se han tratado de aplicar a casos concretos y, partiendo de esta base, se explicará cuál es la teoría que acoge la Corte Suprema de Justicia

Finalmente, se explicará el momento en que puede determinarse la modalidad tentada de la *administración desleal* y se expondrá nuestra posición al respecto.

II. La estructura dogmática del tipo penal de administración desleal

El tipo penal de *administración desleal* se encuentra descrito en el Artículo 250 B del Código Penal de la siguiente manera:

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 de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁰.

Para el análisis de este tipo penal, es necesario evaluar los elementos que lo componen de la siguiente manera:

- I) **Sujeto activo:** la *administración desleal* es un tipo penal que tiene un **sujeto activo calificado**, pues define expresamente quienes son los llamados a responder por este delito, es decir, administradores de hecho o de derecho, socios de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor. En principio, solamente estos sujetos serían los llamados a realizar la conducta típica. No obstante, dependiendo de las circunstancias fácticas, valdría la pena tomar en consideración la figura del interviniente²¹ por medio de la cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha ampliado el alcance de la autoría en tipos especiales a sujetos activos no calificados. Este concepto fue revisado últimamente en la Sentencia de constitucionalidad C - 015 del 14 de marzo de 2018²².

²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599. (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario oficial. Julio, 2000, no. 44097.

²¹ *Ibíd.*, Artículo 30. “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.”

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-015. (14, marzo, 2018). M.P. Cristina Pardo Schlesinger. **(iii) El Interviniente.** Esta figura, que es el marco del cargo presentado, está descrita en el Artículo 30 inciso 4º de la Ley 599 de 2000 como aquel que “*no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización (...)*”. Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, una persona solo puede actuar como interviniente en los delitos con sujeto activo calificado o -según la doctrina- en los delitos de propia mano, es decir, en aquellos en los que el tipo penal exige unas calidades especiales al autor. Así lo explica la Corte Suprema de Justicia, en su Sentencia del 12 de mayo de 2010:

En la comisión de conductas punibles con sujeto activo calificado como los que se han tipificado contra la administración pública, entre otros, en los que el protagonista es el servidor público, se tiene que pueden interactuar personas que carezcan de esa calidad, en cuyo evento se los denomina en vía de lo general de acuerdo al artículo 30 de la Ley 599 de 2000 como “partícipes”, y de manera singular tan sólo pueden ser cómplices o intervinientes, sin que sea dable la concurrencia de esos institutos sustanciales, pues los mismos poseen características que los identifican y diferencian.

Por lo tanto, y según la interpretación jurisprudencial vigente, **se entiende por interviniente aquel que concurre en la ejecución de un tipo penal especial y en concurso con el autor calificado, realiza como suya la conducta típica (actúa como si tuviera dominio del hecho), pero sin contar con las calidades exigidas por el tipo especial.** Se diferencia del cómplice y del instigador porque, a diferencia de ellos, el interviniente desarrolla la conducta del verbo rector como propia, pero su participación no puede ser

- II) **Sujeto pasivo**²³: se puede evidenciar que la protección del patrimonio económico recaer sobre la sociedad y sus socios, diferente a quienes pueden ser víctimas, pues con el acto delictivo se puede afectar a terceros que hayan interactuado con la empresa, dependiendo de su relación con el hecho.
- III) Otro de los **elementos normativos del tipo**, es que el sujeto activo de la conducta **abuse de sus funciones**, esto es, que, de una manera ilícita e incluso contraria a la moral empresarial, se desconozcan manuales de funciones, designaciones, facultades y atribuciones por parte del sujeto activo para la comisión de la conducta punible.
- IV) La *administración desleal* es un **tipo penal de conducta alternativa**, es decir, que se tienen dispuestas dos modalidades delictivas: la primera se trata de disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad y la segunda modalidad consiste en contraer obligaciones a cargo de la sociedad. Según Alberto Suarez Sánchez, “en ambos casos se exige la causación directa de un perjuicio económico a los socios”²⁴.

Cabe resaltar que, si se interpreta la norma desde una visión exegética y atendiendo términos netamente lingüísticos, pareciera que el perjuicio aplica solamente para la última modalidad. Sin embargo, desde una interpretación teleológica de la norma, resulta evidente que el perjuicio económico está inmerso tanto en la primera como en la segunda modalidad. En otras palabras, pese a que la norma puede estar mal redactada, basta con establecer la razón de ser del delito para dejar claro que el perjuicio es un elemento que acompaña a las dos modalidades delictivas.

- V) El tipo penal tiene dos elementos que hacen que sea considerado **un tipo de resultado**²⁵. En primer lugar, la obtención de un **“beneficio para sí o para un tercero”** y, en segundo lugar, la frase **“causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios”**. Lo anterior implica una separación espacio-temporal entre el momento en el que el sujeto activo, con abuso de sus funciones, dispuso fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrajo obligaciones, y el momento en que se acredite el perjuicio en contra de la sociedad o

calificada ni castigada como la de un coautor, por no infringir deberes especiales al no tener las calidades exigidas por el tipo penal especial, y que, por lo tanto, resultan esenciales para que pueda materializarse la conducta típica.

²³ Según Santiago Mir Puig citando a Antolisei: “el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito”

²⁴ SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto. Delitos contra el patrimonio económico. 2da edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 397

²⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016 p. 227. *Delitos de resultado - “nos exige un efecto separado de la conducta y posterior a ella”*

los socios y el beneficio percibido por la conducta antijurídica. De ahí que se permita la modalidad tentada en este delito.

Alberto Suarez Sánchez, en su libro *Delitos contra el patrimonio económico*, afirma lo siguiente:

*No basta con que el sujeto actúe con la finalidad de obtener el lucro, porque no se trata de un elemento especial subjetivo. La fórmula empleada por el legislador exige que el provecho se haya obtenido para tener por consumado el delito...*²⁶

(...) y más adelante agrega: ...en ambas modalidades de conducta se trata de un delito de resultado porque la misma ha de producir un beneficio para el autor o un tercero y causar de manera directa perjuicio económico a los socios. Si dicho daño no se causa se está ante una tentativa del delito²⁷

Sin embargo, otros ordenamientos jurídicos como el Español²⁸, afirman que no es necesario que se cumpla la condición del beneficio, pues con el sólo ánimo de obtener ese beneficio se desarrollaría el tipo subjetivo de la conducta, pero ese no es nuestro caso. Por la forma en que fue concebida la norma, la *administración desleal*, en sus dos modalidades, refleja que, aun cuando se disponga fraudulentamente o se contraigan obligaciones por parte del sujeto activo de la conducta, impone un lastre adicional y es que se cause un perjuicio económicamente evaluable a los socios. Por lo tanto, desde una interpretación teleológica y sistemática, lo que pretende es proteger el patrimonio de la sociedad o los socios, por lo que puede iniciar la conducta a través de la disposición fraudulenta y sus efectos se verán al momento del corte de los balances financieros. Esa separación espacio-temporal permite hablar de una conducta denominada tipo penal de resultado.

Como regla general, la tentativa no aplica para los delitos de mera conducta, conocidos también como de mera actividad, toda vez que con un sólo acto se comete la conducta de manera inmediata, no siendo separable la conducta, espacio temporalmente hablando. Sin embargo, la Corte ha dicho que, en casos en

²⁶ SUAREZ. Op. cit., p. 398.

²⁷ Ibid., p. 400.

²⁸ ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia del 21 de febrero de 2013. M. P. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. "Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo del delito, o de un tercero, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a dónde se han dirigido: basta la despatrimonialización de la sociedad, no siendo necesario que se pruebe que el beneficio ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función."

que existan delitos de mera conducta donde puedan existir ingredientes subjetivos que separen espacio temporalmente la finalidad perseguida, excepcionalmente puede admitir tentativa²⁹.

Con base en lo anterior, la primera gran conclusión es que el tipo penal de *administración desleal* admite tentativa y esto permite vislumbrar el motivo de esta columna: poder identificar el momento en que se puede fincar el inicio de la ejecución de la conducta punible, que implica la responsabilidad en modalidad tentada y que debe ser objeto de estudio para la anticipación de las barreras de protección, en prevención de la comisión de este tipo de injusto.

III. La tentativa desde una visión dogmática y jurisprudencial

El dispositivo amplificador³⁰ de la conducta conocido como la tentativa³¹, se creó por la doctrina y la Ley para no permitir la impunidad del que, teniendo pleno conocimiento y voluntad de su actuar³², desplegó todos los actos idóneos³³ para cometer la conducta punible y, por circunstancias o causas externas, no

²⁹COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia 4319-44792. (16, abril, 2015). M.P. María del Rosario González Muñoz. p. 5. Hablando del tipo penal de **ocultamiento alteración o destrucción de elemento material probatorio** «Es de mera conducta, pues se perfecciona con el accionar del agente orientado a conjugar los verbos rectores con independencia de que el resultado pretendido se logre. Con todo, este tipo penal admite la modalidad de tentativa porque contiene un ingrediente subjetivo específico (evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación o como medio de prueba en el juicio) que impone agotar unos pasos para concretar la finalidad perseguida, por manera que si la misma no se alcanza por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo queda en el grado imperfecto».

³⁰COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 2586. (12, Agosto, 1988) M.P. Edgar Saavedra Rojas.

³¹MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016 p. 355. "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor» Claus Roxin: "La tentativa constituye, pues, una causa de extensión de la punibilidad, en la que los límites de lo punible son, en determinados delitos, llevados hacia atrás, hasta acciones próximas a la tipicidad."

³²COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 9677. (22, octubre, 1997). M.P. Carlos Eduardo Mejía "Ciertamente que el dispositivo amplificador del tipo denominado "Tentativa" presupone que el resultado buscado por el agente no se produce, por causas ajenas a su voluntad; sin embargo, en esta figura siempre habrá de partirse de la intención delictiva del agente, necesariamente dolosa, resultando un despropósito jurídico hablar de delito tentado, bajo la forma de culpabilidad culposa o preterintencional frente a nuestra ley positiva."; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 10091. (04, noviembre, 1998). M.P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 10647. (25, febrero, 1999) M.P. Ricardo Calvete Rángel.

³³COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 5576. (26, junio, 1992). M.P. Jorge Carreño Luengas; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 6488. (25, noviembre, 1992). M.P. Edgar Saavedra Rojas: "Cuando el juzgador alude al medio idóneo no se acude a tal expresión para concretar el comportamiento ilícito en el uso de un instrumento esencialmente nocivo o dañoso, sino a la forma en que ha sido empleado y al efecto que ha producido; pues la aseveración deja abierta la posibilidad de que aún utilizándose un elemento propio para causar

logró su cometido criminal³⁴. Esta situación amerita que la conducta del ciudadano sea desvalorada, teniendo en cuenta que se ha puesto en peligro³⁵ el bien jurídicamente tutelado y, por consiguiente, debe ser objeto de reproche penal atribuyéndole una pena al infractor.

El Código Penal (Ley 599 de 2000) contempla la tentativa en el Artículo 27 de la siguiente manera:

TENTATIVA. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedir la

Por esta concepción, la jurisprudencia colombiana ha afirmado que “la tentativa, entonces, supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del *iter criminis* correspondientes a la ideación y a la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir la última etapa que es la consumación y, desde luego, tanto menos su agotamiento”³⁶. Por lo tanto, para poder determinar en qué

daño, este no haya "resultado" idóneo a tales efectos.”; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 25974. (8, agosto, 2007). M.P. María Del Rosario González De Lemos; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 35780. (14, septiembre, 2015). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

³⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 13869. (18, octubre, 2001). M.P. Nilson Pinilla Pinilla “Si los actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación del delito realizados por el sujeto activo no alcanzan la perfección del tipo básico, por causas ajenas a su voluntad, como en el caso que se examina, no por ello el delito deja de existir en términos de lo punible, sino que subsiste, pero en la connotación de imperfecto o en grado de tentativa.”; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 31563. (24, marzo, 2010). M.P. María Del Rosario González De Lemos.

³⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación penal Rad. 10.635. 13/09/2001, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación penal Rad. 14.487. 07/11/2002, M.P. Hernán Galán Castellanos; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación penal Rad. 10.647. 25/02/99, M.P. Ricardo Calvete Rángel; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación penal Rad. 13.869. 18/10/2001, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación penal Rad. 19.883. 16/10/2003, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzon; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación penal Rad. 27.109. 05/05/2010, M.P. Yesid Ramírez Bástidas; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación penal Rad. 44.312. 23/11/2016, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

³⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 25974. (8, agosto, 2007). M.P. María Del Rosario González; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 26630. (23, enero, 2008). M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 40401. (1, octubre, 2014). M.P. María Del Rosario González Muñoz.

fase del *iter criminis* inicia la ejecución de la conducta punible, se debe precisar en qué consisten los conceptos de actos preparatorios y actos ejecutivos de la conducta penal.

El *iter criminis* es el camino o recorrido del delito que realiza el sujeto activo partiendo desde una **fase meramente interna**, como lo es el pensamiento, la ideación y preparación del delito, hasta una **fase externa de la conducta**³⁷ en donde comienza la ejecución. La doctrina ha dicho que todos los delitos, al ser ejecutados por los humanos (en Colombia no hay responsabilidad penal de las personas jurídicas), inician desde una fase interior que pertenece al fuero interno de la persona, es decir, desde los pensamientos del actuar criminal, y se comienzan a exteriorizar a partir de las acciones que modifican el mundo exterior. En la fase externa se pueden realizar actos preparatorios que no son punibles (pese a que existen actos preparatorios que el legislador ha querido que sean punibles para anticipar las barreras de protección) y actos de ejecución de la conducta que son punibles, es decir, acciones que producen un resultado lesivo, como lo puede ser la puesta en peligro efectiva de un bien jurídicamente tutelado, dado que modifican el mundo exterior y, por este simple hecho, ya debe ser penado el sujeto activo³⁸.

IV. De los conceptos a la práctica

³⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 26630. (23, enero, 2008). M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. “La doctrina universal tiene admitido que la fase interna del *iter criminis* (ideación, deliberación y resolución), no son punibles por el principio *cogitationis poenam nemo patitur* (nadie sufre pena por su pensamiento), y por lo tanto no entran en el concepto de la tentativa. Para que pueda punirse la conducta delictiva, no sólo es preciso que ésta se haya proyectado en el mundo exterior, sino que los actos que se exteriorizan no sean sólo de aquellos que se denominan preparatorios, sino que alcancen el grado de ejecución”

³⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 37473. (16, febrero, 2017) M.P. Eugenio Fernández Carlier. “La idea criminal, por sí sola no resulta punible, ha de recorrer un camino -iter criminis- que transcurre entre la preparación, la ejecución y la consumación, esto es superar la fase subjetiva, consistente en el surgimiento de la idea criminal en la psiquis del potencial delincuente y, avanzar en la fase objetiva, en la que se verifican actos de preparación y ejecución para culminar con el agotamiento del delito.

Los actos de preparación son todos aquellos que exteriorizan la idea criminal y disponen el camino para que la idea se ejecute, por lo que constituyen la primera fase externa del delito, no obstante, por la falta de certeza e idoneidad de su finalidad no son punibles. Así, se encuentran las teorías subjetivas, la objetiva -formal y material-, y la objetivo individual, siendo la postura de la Sala: (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 25974. (8, agosto, 2007). M.P. María Del Rosario González De Lemos; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. SP13290. (01, octubre, 2014). M.P. María Del Rosario González De Lemos.

Para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, es preciso acudir mediante un juicio ex ante, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la responsabilidad penal”

Partiendo de lo anterior, se tiene que, para la existencia de la modalidad tentada en la cadena delincencial, se deben superar los actos preparatorios. En el caso de la administración desleal, por ejemplo, se tienen tres momentos:

- **Primer momento:** El administrador de una compañía que, abusando de sus funciones y buscando un beneficio económico, se reúne con un tercero en repetidas ocasiones para realizar la firma de un contrato que generará un perjuicio a la sociedad.
- **Segundo momento:** Luego de múltiples reuniones en las que se fijan los términos del acuerdo criminal, se procede a la elaboración del documento, quedando pendiente la firma por parte de los intervinientes.
- **Tercer momento:** Con posterioridad, se firma el contrato que genera unas obligaciones perjudiciales para la compañía.

La pregunta es ¿desde qué momento puedo decir que ese administrador es responsable del delito de administración desleal en su modalidad tentada?, ¿en qué momento se puede hablar de modalidad tentada?

Para la jurisprudencia esto es un tema polémico y, según el pronunciamiento con radicado 25974 del 8 de agosto de 2007, la sala dijo que el criterio aplicable para determinar si se trata de actos ejecutivos son los que manda la doctrina en la teoría mixta cuando refiere que “es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo”.

Si se resolviera el ejemplo con la perspectiva de la Corte, se podría afirmar que el administrador que elaboró y firmó el contrato que iba a causar un perjuicio económicamente evaluable a los socios, incurriría en la modalidad tentada del delito de administración desleal desde el momento en que inició las reuniones para fijar los términos del acuerdo ilícito. Sin embargo, siguiendo la tesis del magistrado Alfredo Gómez Quintero, al no ponerse en marcha el plan del autor porque no se había firmado el contrato, no se puso en riesgo el bien jurídico tutelado, algo similar hubiese afirmado el magistrado Zapata Ortiz, pues no hubo una puesta en peligro efectiva del bien jurídico del patrimonio económico de la sociedad o los socios por la no ejecución del contrato.

Así las cosas, pese a que existe una mayoría en la Corte que dice que se debe aplicar la teoría mixta para resolver la cuestión, no hay unanimidad en el criterio por la subjetividad en la interpretación de lo que se han denominado actos preparatorios y actos ejecutivos de la conducta. En este sentido, es nuestro deber entender el contenido de las diferentes teorías para concluir cuál será la mejor forma de resolver el interrogante planteado.

V. Teorías orientadoras para la aplicación de la tentativa en la administración desleal

Se debe establecer en qué momento de la cadena delincencial se presentó la conducta punible en grado de tentativa. Entre las teorías que ayudarán a precisar cuándo opera el fenómeno de la tentativa está la **teoría objetiva** que “sostiene que la razón del castigo es la puesta en peligro efectiva del bien jurídico protegido”³⁹. Por otro lado, las **teorías subjetivas** “ven el fundamento de la pena de las fases anteriores a la consumación en la voluntad contraria a Derecho manifestada”⁴⁰ y, según la **teoría mixta**, “la punición sería la voluntad, pero el merecimiento de pena lo decidiría la conmoción del sentimiento de seguridad de la colectividad”⁴¹.

Cada teoría tiene una consecuencia político criminal diferente, por ejemplo, las objetivas son de sentido restrictivo y garantista que llevan a que los actos preparatorios sean impunes, por consiguiente, serán menos los actos tentados que podrían considerarse punibles. En contra posición, están las teorías subjetivas que hacen que la aplicación de la tentativa pueda ser menos garantista en tanto se incrementa la punición de actos preparatorios, al extremo de entrar a punir incluso una tentativa inidónea. Finalmente, la teoría mixta acude a resolver el tema con una teoría adicional denominada la *teoría de la conmoción social* con la gran problemática de los criterios subjetivos.

³⁹ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016. p. 347.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 347.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 348.

Teniendo en cuenta estas situaciones y para resolver el ejemplo, se puede decir que, según **la teoría objetiva**, las reuniones en las que se fijaban los términos de la actuación criminal e incluso la elaboración del documento con el cual se pretendía realizar la administración desleal, son actos preparatorios, mas no ejecutivos. Además, no se dio inicio a la conducta criminal porque el contrato no era oponible a las partes y no se habían adquirido las obligaciones propias del contrato, por lo tanto, no se puso en riesgo el bien jurídicamente tutelado por parte de la persona que elaboró el documento con el cual se pretendía la actividad delictiva. Ante la falta de un contrato, el medio no es idóneo, pues no logró comprometer el ente corporativo con potencialidad de generar un perjuicio.

Por el contrario, **la teoría subjetiva** entra a valorar la actuación de la persona en concordancia con un acuerdo que iba a resultar defraudatorio, con abuso de sus funciones, *persé*, había colocado en riesgo el bien jurídicamente tutelado. Su intención era dolosa y la fabricación del documento así lo demostraba, razón más que suficiente para considerar que quedó de manera tentada la *administración desleal*. Así las cosas, se considera que eran actos ejecutivos las reuniones en la que se fijaron los términos de construcción y firma del documento. Además, se estaba administrando deslealmente, pero su plan se frustró por temas ajenos a su voluntad.

Según la **teoría mixta**, se debe acudir al principio de la *conmoción social*, aspecto netamente subjetivo y que no tiene forma de medirse como tal. La *conmoción social* se puede definir como el rechazo de la sociedad hacia un acto considerado contrario a derecho, acudiendo a figuras como el hombre medio que permite afirmar si era necesario el reproche, es decir, que, pese a que se tenía la intención dolosa de realizar un acto que iba en contravía de los intereses de la sociedad, habrá que establecerse, para el caso particular, si puso en riesgo el bien jurídico y si la ficción del hombre medio considera que ese acto por si solo puede ser punible. Por esta razón, podría suponerse, bajo esta teoría, que el primer momento no alcanzó a materializar la conducta, pero a partir del segundo momento resulta claro que el administrador sí puso en riesgo el bien jurídico tutelado.

La postura de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 —y que ha sostenido hasta este momento—, es próxima a una teoría mixta, pues da mayores elementos para la delimitación de la conducta y analiza tanto lo objetivo como lo subjetivo de la siguiente manera:

El punto de partida, es desconstruir y construir, con forme a las probanzas "**El plan de autor**", vale decir, el cómo ha imaginado el sujeto agente y de que manera piensa llevar a cabo la realización de un hecho punible; además, el **cómo lo ha realizado** o, puesta en escena los presupuestos del

plan. Calificación del Juzgador que ha de confirmar o infirmar, si se trataba de actos idóneos e inequívocos dirigidos a la consumación y, por esta reflexión sobre las probanzas sí, existe, entonces, **por lo menos lesión del bien jurídico**. Pues palmario es que, de no existir posibilidad de acto en tal dirección o calidad o, ausencia de vulneración, la conducta deviene irrelevante⁴².

La anterior forma de evaluar la existencia de la tentativa a un caso concreto, guarda relación con la forma en que el Tribunal Supremo Español ve el tema:

En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

(...) En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta “el grado de ejecución alcanzado”, que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al “peligro inherente al intento”, que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídicamente protegido⁴³.

Esta forma de observar la tentativa, que tiene respaldo en la jurisprudencia tanto nacional como internacional y orientan para determinar la modalidad tentada, permite afirmar que, en el caso concreto, se puede decir que, si no se interrumpe la ejecución del contrato realizado por el administrador con el tercero, los perjuicios claramente se hubiesen generado (peligro inherente al intento). Además, existía la intención de causar un daño por parte del administrador, teniendo en cuenta que su administración iba en contravía de los intereses de la sociedad, pues elaboraron un contrato con contenido defraudatorio (grado de ejecución muy alto). Por esta razón, no se puede decir que no se llegó a la afectación del bien jurídicamente tutelado en grado de tentativa.

VI. Toma de postura

⁴² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad 26630. (23, enero, 2008). M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴³ ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia Penal recurso de casación Rad. STS 822. (05, marzo, 2015). M.P. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.

Es prudente referenciar que la teoría mixta es la que se encuentra vigente en la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, se considera que esta teoría está impregnada de subjetividad lo que hace que el tratamiento de la tentativa tenga aspectos que la vuelven peligrosa. Por esta razón, nos inclinamos por la teoría objetiva en la tentativa como el mecanismo de solución para la identificación del momento en que se puede cometer el actuar criminal.

La exigencia de la comisión de los elementos del tipo objetivo (disposición fraudulenta y adquirir obligaciones que generen un perjuicio) y la efectiva puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, son aspectos que hacen que el tema sea más claro y menos gaseoso como las otras teorías. De esta forma, se puede identificar el punto en que se deben anticipar las barreras de protección o doblégarlas por parte del ciudadano corporativo.

Con base en lo anterior, el ente corporativo, buscando evitar actuaciones desleales, debe identificar cómo sus dependientes administradores operan y en qué punto de la cadena operativa o administrativa se deben tomar las medidas adecuadas e idóneas para evitar este tipo de actos fraudulentos. Los aspectos subjetivos que motivan al administrador desleal, pese a que pueda existir una cultura de lealtad con el ente corporativo incentivada por campañas de buen gobierno y buenas prácticas, siempre estarán sujetas al actuar del ser humano, a sus pasiones y convicciones, lo que hace ineficiente la implementación de barreras de protección.

VII. Conclusión

Los criterios jurisprudenciales y teóricos expuestos permiten concluir que la teoría mixta es la que opera jurisprudencialmente para la aplicación de la tentativa y, aunque ésta amplía el espectro para la identificación de la modalidad tentada de la administración desleal, también es cierto que la teoría objetiva, que finca la realización de la conducta con las acciones propias del tipo objetivo, hace que se creen barreras de protección claras frente a sus procedimientos y el comportamiento de sus subordinados.

Por lo anterior, la invitación es a tomar conciencia de los riesgos asociados, ya sea como socio o como miembro de un ente corporativo. La posibilidad de implementar barreras de protección que impidan los actos desleales de nuestros dependientes, superiores o pares, está a nuestro alcance, pues cada día es más nuestra la interacción con el objeto social de la empresa. Según nuestro cargo debemos estar en línea

con las buenas prácticas corporativas, a tono con los organismos de control interno y externo, desmotivando cualquier conducta desleal, de tal manera que se evitará, incluso en grado de tentativa, incursionar en acciones penales por el delito de *administración desleal*.

Bibliografía

BALLESTEROS CORREA, Fabio Orlando. Análisis de la administración desleal y la corrupción en el sector privado a la luz de la legislación colombiana y el derecho comparado. Tesis de maestría en derecho penal. Bogotá: Universidad Santo Tomas, Facultad de derecho. 2017

Código penal español.

Código penal colombiano

Claus Roxin, I. Editorial Civitas

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 015. (14, marzo, 2018). M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia rad. 25974. (8, agosto, 2007). M.P. María del Rosario González de Lemos.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 26.630 (23, enero, 2008). M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 9677. (22, octubre, 1997). M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 10091 (04, noviembre, 1998). M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 10647. (25, febrero, 1999). M.P. Ricardo Calvete Rangel.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 5576. (26, junio, 1992). M.P. Jorge Carreño Luengas.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 6488. (25, noviembre, 1992). M.P. Edgar Saavedra Rojas.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 25974. (8, agosto, 2007). M.P. María del Rosario González de Lemos.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 35780. (14, septiembre, 2015). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 13869. (18, octubre, 2001). M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 31563. (24, marzo, 2010). M.P. María del Rosario González de Lemos.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 10635. (13, septiembre, 2001). M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 14487. (7, noviembre, 2002). M.P. Herman Galán Castellanos.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 10647. (25, febrero, 1999). M.P. Ricardo Calvete Rangel.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 13869. (18, octubre, 2001). M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 19883. (16, octubre, 2003). M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 27109. (5, mayo, 2010). M.P. Yesid Ramírez Bástidas.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 44312. (23, noviembre, 2016). M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 25974. (8, agosto, 2007). M.P. María del Rosario González de Lemos.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 26630. (23, enero, 2008). M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 40401. (1, octubre, 2014). M.P. María del Rosario González de Lemos.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 37473. (16, febrero, 2017). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 880. (19, agosto, 1987). M.P. Guillermo Duque Ruíz.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia rad. 2144. (15, marzo, 1988). M.P. Guillermo Duque Ruíz.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia rad. 4230. (11, diciembre, 1990). M.P. Juan Manuel Torres Fresneda.

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 No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.

SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto. Delitos contra el patrimonio económico. 2da edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPERIOR ESPAÑOL. Sala Penal. Sentencia 05/03/2015, Ref. STS 822/2015. MP. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia del 21 de febrero de 2013. M. P. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

PIVA TORRES, Gianni Egidio. Tentativa como dispositivo amplificador del delito. Bogotá: editorial Ibañez, 2017.

¿QUÉ ES UN PROGRAMA DE COMPLIANCE Y PARA QUÉ SIRVE?

Daniel Esteban Cristancho Grajales⁴⁴

Los programas de cumplimiento que buscan ser implementados en las organizaciones tienen un fin primordial: difundir una cultura de cumplimiento y legalidad sometida al imperio de la ley. Las discusiones dogmáticas contemporáneas nos invitan a contemplar, en la óptica de la implementación de responsabilidad penal para las personas jurídicas en Colombia, cómo funciona en Norteamérica, en la península ibérica o en algunos sistemas penales de la Unión Europea. Pues no es para menos, toda vez que cada organización debe garantizar que cuenta con un mecanismo adecuado para no verse inmersa en riesgos punitivos que surgen el ejercicio operacional y misional de la compañía. De no contar las organizaciones con los elementos suficientes para prevenir una exposición reputacional y operacional, en un futuro no muy lejano, puede verse involucrada en una exposición penal, con ocasión a la inminente posibilidad de endilgar responsabilidad penal a las organizaciones.

Sumario

I. Introducción; II. ¿Qué es un programa de cumplimiento?; III. I ¿Para qué un programa de *compliance*?
IV. Reflexión final

I. Introducción

⁴⁴ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Asistente judicial de la firma MPA, en donde ejerce acompañamiento en materia penal y compliance de organizaciones líder pertenecientes al sector de prestación de servicios públicos domiciliarios. Secretario del Consejo Editorial.

En la actualidad, las grandes, medianas y pequeñas organizaciones son objetivos mediatos de riesgos punitivos. Los comportamientos tanto al interior como al exterior de la empresa, en ocasiones, trascienden el límite permitido y pueden desencadenar sanciones de connotación penal respecto al colaborador que desplegó la conducta. Las exposiciones reputacionales y las sanciones económicas que pueden llegar a ser impuestas por parte de los organismos de vigilancia y control o el simple despilfarro que le cuesten a la organización estas acciones u omisiones, entre otros, son riesgos que se encuentran latentes y hacen parte del rango de influencia de los llamados *programas de cumplimiento*, o lo que se ha conocido también en la doctrina como *programas de compliance*. Los *programas de cumplimiento*, pueden concebirse como mecanismos que describen “una serie de medidas orientadas a lograr una gestión empresarial que evite la comisión de delitos y promueva valores éticos en la empresa, con el objetivo de fomentar y concretar una cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad al interior de la organización”⁴⁵.

II. ¿Qué es un programa de cumplimiento o programa de compliance?

En el desarrollo del exhaustivo estudio de la criminalidad empresarial, se han buscado diversos mecanismos a través de los cuales cada persona jurídica pueda frustrar acciones u omisiones de sus colaboradores que pudiesen contener una connotación delictiva, con consecuencias al interior y exterior de la compañía. Para lograr tal cometido, debe existir un mecanismo autorregulatorio, de carácter vinculante y eficaz, para blindar a la organización a través de las conocidas tres líneas de defensa respecto a los diversos riesgos punitivos a los que se ve expuesta en el desarrollo misional de su función.

Lo anterior genera la necesidad de establecer el trasfondo de la implementación de un programa de compliance al interior de la organización. Es más que evidente que los altos directivos de las organizaciones tienen un deber de garante sobre la conducta de subordinados. Esto implica, que para garantizar el manejo del riesgo y tener un dominio respecto a la conducta de sus subordinados, los administradores por medio de los programas de compliance deben establecer los mecanismos para evitar resultados lesivos a la

⁴⁵ ASTUDILLO MEZA, Guillermo; JIMÉNEZ MONTES, Sandra. Programas de cumplimiento como mecanismo de lucha contra la corrupción: especial referencia a la autorregulación de las empresas. En: Revista Derecho & Sociedad No. 45. Octubre 2015. p. 64.

empresa o terceros a partir de la actividad de sus miembros, generándose así una posición de garantía originaria de los mencionados en primera medida y con respecto a los subordinados⁴⁶.

Así se demuestra que cada organización debe contar con una efectiva gestión del riesgo, por medio de la fijación de procedimientos y medidas para reducir, en lo máximo, las vulneraciones normativas que surjan al interior de la organización y, para ello, cada empresario debe implementar un programa de compliance. Ahora bien, más que tratarse de solo medidas preventivas en un sentido general, los programas de compliance deben recoger también los mecanismos de vigilancia interempresarial, conocidos también como control interno, el cual se encarga de implementar, internamente, las sanciones a los colaboradores, así como de establecer los estándares para su revisión y mejoras para la gestión del riesgo⁴⁷.

Por ejemplo, la Asociación Española de Compliance, corporación experta en materia de compliance en el país ibérico cuenta con un libro blanco que “tiene por objeto identificar los aspectos esenciales que definen la función del *Compliance* y perfilan las atribuciones de sus responsables, señalando materias clave contempladas en estándares de *Compliance* de gran difusión internacional”⁴⁸. Desde ese punto de vista, “el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el compliance corresponde a todas y cada una de las personas de la organización, que deben ejercer la debida diligencia en el conocimiento y cumplimiento de las vinculadas y sus actividades. La existencia de la función de compliance no traslada esta responsabilidad pero contribuye a ejercerla”⁴⁹.

III. ¿Para qué un programa de compliance?

Como quedó consignado en líneas atrás, el empresario, cuenta con un deber de garante al respecto del comportamiento de sus colaboradores, por lo cual es el más interesado en la promoción de políticas para evitar riesgos de infidelidad normativa al interior de la organización. No sólo con ello, el empresario siempre será el sujeto más interesado en cumplir con los estándares internacionales existentes en cuanto a manejo del riesgo, corrupción y demás conductas que pueden llegar a tener consecuencias lesivas al interior de la organización.

⁴⁶ SILVA – SÁNCHEZ, Jesús María. Derecho Penal de la Empresa, 2016. Editorial B de F. p. 195.

⁴⁷ SILVA – SÁNCHEZ, Jesús María. Criminalidad de la empresa y Compliance, 2013. Editorial Arhelier, p. 60.

⁴⁸ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPLIANCE. Libro Blanco sobre la función del Compliance, editorial ASCOM, marzo de 2017. p. 5.

⁴⁹ *Ibid.* p. 10

Una vez enunciado lo anterior, es menester mencionar que los programas de compliance son útiles y necesarios en el sentido de que, con un previo estudio respecto a los riesgos a los que se ve expuesta la empresa, son capaces de detallar de manera específica procedimientos para la detección del riesgo y mecanismos para reducir o erradicar su ocultamiento. Fundamental es también el esclarecimiento detallado de las posiciones de competencia en el marco de la empresa, pues, la determinación clara del sujeto responsable por cada operación impide la disolución de responsabilidades en el desorden empresarial y facilita *ex post* la detección y sanción del infractor⁵⁰.

Así, en otro ámbito, se puede afirmar que es necesario que este programa de *compliance* sea eficaz, por lo cual debe gestionar la política interna de la delegación. Para ello, la normativa interna que figura en los códigos de conducta del programa de cumplimiento cumple básicamente varias finalidades.

Con el fin de entender para qué implementar un programa de *compliance*, se debe trasladar la normativa estatal a las situaciones de riesgo que se dan en la empresa. Una vez determinado esto, se debe, primero, conocer con claridad cuáles son las obligaciones que se derivan de la ley para dichas situaciones y, segundo, informar a todas las personas de la organización qué es exactamente lo que se puede hacer y lo que no, como resultado justamente de lo que establece el ordenamiento jurídico⁵¹.

A propósito de lo anterior, la situación coyuntural que afronta la sociedad colombiana ha establecido el inminente arribo de legislación que regule y fije la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia por medio de un proyecto de ley que promueve el Ministerio del Interior; de Justicia y del Derecho y la Procuraduría General, cuyo objeto es la adopción de medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal para las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público, entre otros⁵².

Esto deja en evidencia la necesidad de contar con un programa de compliance para contener esta nueva contingencia que podría surgir en relación con el anunciado proyecto de ley.

⁵⁰ SILVA – SÁNCHEZ, Jesús María. *Criminalidad de la empresa y Compliance*, 2013. Editorial Arhelier, p.60.

⁵¹ GALLO, Alonso. Los Programas de Cumplimiento. En SILVA – SÁNCHEZ, Jesús María, *Criminalidad de la empresa y compliance*, 2013, p. 61.

⁵² CARRILLO FLÓREZ, Fernando; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Nancy Patricia y BORRERO RESTREPO, Gloria María. *Proyecto de ley por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones*. [En Línea] Recuperado de: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/articulo/117-por-la-cual-se-adoptan-medidas-para-promover-la-probidad-administrativa-combatir-la-corrupcion-establecer-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-fortalecer-el-ministerio-publico-y-se-dictan-otras-disposiciones>. p. 1

IV. Reflexión final

Así las cosas, es válido concluir que los *programas de cumplimiento* son mecanismos que describen una serie de medidas orientadas a lograr una gestión empresarial que evite la comisión de delitos y promueva valores éticos en la empresa, con el objetivo de fomentar y concretar una cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad al interior de la organización. En el desarrollo de la presente columna, ha quedado en evidencia la necesidad de la implementación de un programa de cumplimiento como herramienta benéfica para contener riesgos punitivos y gestionar el riesgo. En efecto, un programa de compliance busca el establecimiento de procedimientos y medidas para reducir en lo máximo, las infracciones normativas que pudiesen surgir al interior de la organización.

Adicional a ello, es claro que la finalidad de un programa de cumplimiento es evitar el surgimiento de conductas con connotaciones antijurídicas en el seno de la empresa, con el fin de impartir una cultura de legalidad y de cumplimiento a las normas, así como de tener la capacidad de detallar, de manera específica, procedimientos para la detección del riesgo y mecanismos para reducir o erradicar su concreción.

Por último, un programa de compliance es necesario porque la organización debe transmitir a cada una de las personas naturales pertenecientes a la organización un mensaje normativo atinente a que la persona jurídica se comporta conforme a derecho. Ello se hace posible sólo a través de un programa de cumplimiento, toda vez que el mensaje normativo penal llega con menos fuerza al seno de las organizaciones, si no se realiza a través de un programa de cumplimiento.

Bibliografía

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPLIANCE. Libro Blanco sobre la función del Compliance, Editorial ASCOM, marzo de 2017. p. 5 y 10.

ASTUDILLO MEZA, Guillermo y JIMÉNEZ MONTES, Sandra. Programas de cumplimiento como mecanismo de lucha contra la corrupción: especial referencia a la autorregulación de las empresas. En: Revista Derecho & Sociedad. No. 45. Octubre 2015. p. 64.

CARRILLO FLÓREZ, Fernando; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Nancy Patricia y BORRERO RESTREPO, Gloria María. *Proyecto de ley por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones.*[En Línea] Recuperado de: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/article/117-por-la-cual-se-adoptan-medidas-para-promover-la-probidad-administrativa-combatir-la-corrupcion-establecer-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-fortalecer-el-ministerio-publico-y-se-dictan-otras-disposiciones>. p. 1

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Editorial Arhelier, 2013. p. 60 y 61.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Madrid. Editorial B de F., 2016. p. 195.
