



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXXIII - N° 1867

Bogotá, D. C., viernes, 1° de noviembre de 2024

EDICIÓN DE 38 PÁGINAS

DIRECTORES:

SAÚL CRUZ BONILLA

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO (e)

www.secretariasenado.gov.co

JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA

SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

CÁMARA DE REPRESENTANTES

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY ORDINARIA
NÚMERO 409 DE 2024 CÁMARA

por medio de la cual se modifica la Ley 906 de 2004, se reglamenta la garantía procesal de doble conformidad judicial, se regula el recurso de impugnación especial y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 29 de octubre de 2024

Doctor

JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA

Secretario General de la Cámara de Representantes

Ciudad

Referencia: Radicación Proyecto de Ley

En mi calidad de Representante a la Cámara y en uso del derecho consagrado en los artículos 150 y 154 de la Constitución Política de Colombia, y 140 de la Ley 5ª de 1992, me permito radicar ante el honorable Congreso de la República, el proyecto de ley ordinaria, por medio de la cual se modifica la Ley 906 de 2004, se reglamenta la garantía procesal de doble conformidad, se regula el recurso de impugnación especial y se dictan otras disposiciones, y le solicito se sirva dar inicio al trámite legislativo respectivo.

Cordialmente;

ALIRIO URIBE MUÑOZ
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR BOGOTÁPROYECTO DE LEY ORDINARIA NÚMERO
409 DE 2024 CÁMARA

por medio de la cual se modifica la Ley 906 de 2004, se reglamenta la garantía procesal de doble conformidad judicial, se regula el recurso de impugnación especial y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto. La presente ley desarrolla la garantía de doble conformidad judicial en materia penal, incorpora el recurso de impugnación especial al régimen procesal penal y dispone su presentación y trámite.

Artículo 2°. Acceso a la garantía de doble conformidad judicial. Todas las personas tienen derecho a recurrir la primera sentencia condenatoria proferida en su contra. Emitido el fallo del revisor se entenderá otorgada la garantía y contra el mismo sólo procederán los recursos extraordinarios según lo determine la ley.

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 32 de la Ley 906 de 2004 para que quede así:

Artículo 32. De la Corte Suprema de Justicia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce:

- De la casación.
- De la acción de revisión cuando la sentencia o la preclusión ejecutoriadas hayan sido proferidas en única o segunda instancia por esta corporación o por los tribunales.
- De la definición de competencia cuando se trate de aforados constitucionales y legales, o de tribunales, o de juzgados de diferentes distritos.

4. Del juzgamiento de los funcionarios a que se refieren los artículos 174 y 235 numeral 2 de la Constitución Política.
5. Del juzgamiento de los funcionarios a que se refiere el artículo 235 numeral 4 de la Constitución Política.
6. De la investigación y juzgamiento de los Senadores y Representantes a la Cámara.
7. De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un distrito judicial a otro durante el juzgamiento.
8. Del juzgamiento del viceprocurador, vicesfiscal, magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, del Tribunal Superior Militar, del Consejo Nacional Electoral, fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Tribunales, Procuradores Delegados, Procuradores Judiciales II, Registrador Nacional del Estado Civil, Director Nacional de Fiscalía y Directores Seccionales de Fiscalía.
9. Del recurso de impugnación especial interpuesto contra la primera sentencia condenatoria proferida en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito o por la Corte Suprema de Justicia en sede del recurso de casación o apelación.

Parágrafo. Cuando los funcionarios a los que se refieren los numerales 5, 6 y 8 anteriores hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos, el fuero sólo se mantendrá para los delitos que tengan relación con las funciones desempeñadas.

Artículo 4°. Modifíquese el artículo 176 de la Ley 906 de 2004 para que quede así:

Artículo 176. Recursos ordinarios: Son recursos ordinarios la reposición, la apelación y la impugnación especial.

Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.

La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria.

La impugnación especial procede contra los autos interlocutorios y la primera sentencia condenatoria, sea esta proferida en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito o por la Corte Suprema de Justicia en sede de los recursos de casación o apelación.

Artículo 5°. Créase el artículo 178A en la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 178A. Trámite del recurso de impugnación especial. El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo de que trata el inciso tercero del artículo 179 de esta ley y se sustentará dentro de los diez (10) días siguientes, se correrá traslado a los no recurrentes en los tres (3) días siguientes, para que en un término de cinco (5)

días se pronuncien. Si el interesado no interpusiera el recurso y fuera procedente, le corresponderá a la autoridad judicial competente remitir el proceso a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El recurso de impugnación especial estará desprovisto de causales o técnica especial alguna, en el mismo deberán señalarse las razones del disenso contra el fallo condenatorio y estas constituirán el límite del juez superior para resolver.

Realizado el reparto en la Corte Suprema de Justicia, el Magistrado ponente cuenta con veinte días para registrar proyecto y diez la Sala para su estudio y decisión. El fallo será leído en audiencia dentro de los diez días siguientes a su aceptación por la sala.

Artículo 6°. Créase el artículo 178B en la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 178B. Concurrencia de los recursos de apelación y de impugnación especial contra una misma sentencia: Cuando en una sentencia proferida en segunda instancia se condene por primera vez respecto de una o varias conductas típicas y a la vez se confirme la condena impuesta en primera instancia respecto de otra u otras conductas típicas, se seguirán las siguientes reglas:

1. Frente a la condena impuesta por primera vez en segunda instancia procede para el condenado o su defensor el recurso de impugnación especial.
2. Al acusado o su defensor solamente les es dable recurrir simultáneamente en casación en hipótesis de delitos conexos respecto de los cuales se ha declarado la responsabilidad penal del procesado en primera y segunda instancia.
3. Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, la Corte procederá primero, a calificar la demanda de casación.
4. Resuelta la impugnación especial y notificada en audiencia de lectura de fallo empezará a correr el término para el acusado o su defensor para presentar el recurso de casación respecto de los delitos no conexos.

Artículo 7°. Créase el artículo 178C en la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 178C. Principio de juez imparcial en el recurso de impugnación especial. Para garantizar el principio de juez imparcial la Sala de Casación Penal determinará en su reglamento su división en subsalas en caso de que deba conocer de demanda de casación o recurso de apelación y del recurso de impugnación especial dentro del mismo proceso.

Artículo 8°. Modifíquese el artículo 179B de la Ley 906 de 2004 para que quede así:

Artículo 179B. Procedencia del recurso de queja. Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación y/o el de

impugnación especial, el recurrente podrá interponer el de queja dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniega el recurso.

Artículo 9°. Modifíquese el artículo 179C de la Ley 906 de 2004 para que quede así:

Artículo 179C. Interposición. Negado el recurso de apelación y/ o el de impugnación especial, el interesado solicitará copia de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes, las cuales se compulsarán dentro del improrrogable término de un (1) día y se enviarán inmediatamente al superior.

Artículo 10. Modifíquese el artículo 179E de la Ley 906 de 2004 para que quede así:

Artículo 179E. Decisión del recurso. Si el superior concede la apelación y/o la impugnación especial, determinará el efecto que le corresponda y comunicará su decisión al inferior.

Artículo 11. Modifíquese el artículo 183 de la Ley 906 de 2004 para que quede así:

Artículo 183. Oportunidad. El recurso se interpondrá ante el Tribunal dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos.


Si no se presenta la demanda dentro del término señalado se declara desierto el recurso, mediante auto que admite el recurso de reposición.

En el evento de que el acusado o su defensor hayan presentado recurso de impugnación especial, el término para interponer el recurso extraordinario de casación por delitos no conexos empezará a correr desde la audiencia de lectura de fallo.

Artículo 12. Ejercicio de la impugnación especial para aforados. Los aforados constitucionales de los que tratan los numerales 3, 4 y 5 del artículo 235 de la Constitución Política, así como los aforados legales señalados en el artículo 32 numeral 8 de la Ley 906 de 2004, serán juzgados por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia y la Sala de Casación Penal se dividirá en dos subsalas para conocer la primera del recurso de apelación y la segunda del recurso de impugnación especial si este resultare procedente.

Parágrafo. El recurso será procedente sin observancia de que el proceso se tramite bajo el régimen procesal de la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004.

Artículo 13. Derogatorias y vigencias. La presente ley empezará a regir a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.


ALIRIO URIBE MUÑOZ
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR BOGOTÁ

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

I. ANTECEDENTES

Este proyecto obedece a los múltiples exhortos que ha hecho la honorable Corte Constitucional al Congreso de la República a efectos de que regule, limite, desarrolle y/o determine las vías y mecanismos para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho a la doble conformidad. La doble conformidad implica que siempre sea revisable la primera sentencia condenatoria independientemente de cuál autoridad o en qué instancia se imponga.

En el articulado se atiende a los pronunciamientos judiciales en la materia que han proferido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional para desarrollar esta garantía propia del derecho fundamental al debido proceso. También se armoniza la metodología para la presentación y trámite del recurso de impugnación especial que ha sido establecido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

1.1 Teorización de la doble conforme, teleología y aplicación:

En el artículo 29 inc. 1° de la Constitución se reconoce la dimensión jurídico-objetiva del debido proceso. El concreto y efectivo ejercicio de este derecho presupone la configuración normativa de las formalidades esenciales que han de regir los procedimientos. Por ello, el artículo 29 inc. 2° ídem preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las formas propias de cada juicio. En consecuencia, la delimitación del ámbito de protección del debido proceso ha de consultar el desarrollo legal pertinente.

El ámbito de protección del derecho al debido proceso está demarcado, entonces, tanto por prescripciones constitucionales genéricas, como por la específica configuración legal de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada composición normativa.

Desde esa perspectiva, el Acto Legislativo 01 de 2018, cuyo objeto estriba en “*implementar el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria*” en los procesos penales seguidos en contra de los aforados mencionados en el artículo 235 de la Constitución, estableció las bases fundantes del debido proceso penal aplicado a aquellos.

Una de las máximas que rige esa competencia especial, asignada a la Corte Suprema de Justicia, en razón de la persona, es la garantía que existe en cabeza del procesado, de impugnar las decisiones judiciales emitidas en el curso del juicio. Y tal prerrogativa no sólo comprende la facultad de apelar la sentencia, sino los autos que, por desarrollo legal concreto, admiten el recurso de apelación en dicho trámite *-de juzgamiento-*.

La teleología misma del acto legislativo indica que el constituyente derivado implementó un juicio penal de doble instancia para aforados. El objeto

mismo de la ley distingue entre el derecho a la doble instancia y la posibilidad de impugnar la primera sentencia condenatoria, garantías que, si bien son facetas del derecho de impugnación, tienen un distinto ámbito de aplicación.

La doble instancia, en sí misma, implica la posibilidad de que las decisiones que emite el juez natural, en un primer nivel decisorio, sean objeto de revisión *-lato sensu-* por un juez distinto y superior en el plano decisorio. Es la ley la que, entonces, especifica cuáles resoluciones judiciales pueden ser cuestionadas por la vía de la apelación, para que las conozca un juez de segunda instancia, sin que tal nivel de revisión, en esencia, pertenezca o derive de la decisión que resuelve el fondo de la controversia, conocida como sentencia.

Por su parte, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria, más que un asunto de estructura, es una garantía instituida a favor de quien es declarado penalmente responsable, al margen de la instancia en que es condenado; de esa manera, se pretende que la presunción de inocencia que cobija a toda persona deba pasar por un doble filtro *-ordinario-* de revisión, antes de ser desvirtuada mediante declaratoria judicial.

En un juicio de dos instancias, entonces, se permite apelar la sentencia, así como determinados autos, por aspectos estructurales. Allí no importa, si se trata de la sentencia, el sentido de la decisión, sino la posibilidad de revisión por una instancia superior, mientras que el derecho a impugnar el primer fallo de condena es una protección reforzada al derecho fundamental a la presunción de inocencia, concretado en la garantía de la doble conformidad.

El artículo 1° inc. 3° de la Carta Política, al definir la competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, preceptúa que esta última conocerá del recurso de apelación contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia. Empero, con ello no quiere significarse, como podría entenderse con una mera lectura literal de la norma, apartada de la teleología del acto legislativo y de sus demás disposiciones, que contra las demás decisiones interlocutorias dictadas por la Sala de Primera Instancia no proceda la apelación. No. En seguida, el inc. 4° ídem clarifica que la primera condena podrá ser impugnada.

Ello muestra que, para el constituyente, el mecanismo de impugnación está atado a la sentencia de naturaleza condenatoria, mientras que la apelación se predica de esa y de las demás decisiones interlocutorias que se puedan adoptar en el juicio ante la Sala Especial de Primera Instancia, que se caracteriza por tener doble instancia. Así se aduce del artículo 3° ídem, que al modificar el artículo 235-3 de la Constitución, establece que son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia conocer, por una parte, del derecho de impugnación y, por otra, del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley.

Además, el modificado artículo 235-6 C.P dispone que es función de la Sala de Casación Penal resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia. Allí no hay distinción alguna en punto de la naturaleza de la decisión, por lo que mal podría concluirse que sólo la sentencia admite apelación, cuando, como lo determina la ley, en un juicio penal de doble instancia, también son apelables los autos interlocutorios (artículos 176 inc. 3° de la Ley 906 de 2004 y 191 de la Ley 600 de 2000).

Tales razones conducen a interpretar que cuando el artículo 234 inc. 2° de la Constitución, modificado por el artículo 2° del acto legislativo, dispone que ha de garantizarse la doble instancia de la sentencia, no quiere decir que sólo sea ésta decisión la que admita el recurso de apelación, pues la norma seguidamente indica que también debe garantizarse el derecho a la impugnación de la primera condena, lo que, atendidas las anteriores razones, implica que, por ser un juicio de doble instancia, contra toda sentencia procede apelación; ello, sin perjuicio de la garantía de que la primera condena, pueda ser impugnada.

II. PROBLEMAS QUE PRETENDE SOLVENTAR LA INICIATIVA:

Mediante Sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional señaló que, en virtud del artículo 29 de la Constitución Nacional, toda persona condenada por primera vez tiene derecho a impugnar la sentencia ante el superior funcional del juez que la profirió. Posteriormente, en sentencia de unificación SU-215 de 2016, dicha Corporación precisó que el derecho a impugnar la primera condena operaba también respecto de las proferidas por los tribunales superiores, razón por la cual, el Legislador expidió el Acto Legislativo 01 de 2018, modificadorio del artículo 235 de la Carta Política, atribuyendo a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de la impugnación especial de la primera condena dictada por los tribunales.

El Acto Legislativo 01 de 2018 desarrolló constitucionalmente la garantía de doble conformidad y le dio a la Corte Suprema de Justicia facultades para ocuparse de la primera sentencia condenatoria en casos de aforados, también determinó que toda primera sentencia condenatoria debía ser revisada, o sea, extendió esa garantía a todos los ciudadanos sin hacer distinción por su fuero. Sin embargo, a más de cinco años de expedido el acto legislativo y de que las Salas de Instrucción y de Primera Instancia entrarán en funcionamiento, no hay una norma que se ocupe del procedimiento en particular.

Es decir, aunque la existencia de la garantía no se discute, lo que sí está en discusión es cómo se tramita el recurso de impugnación especial, lo que ha generado que muchas personas acudan a la acción constitucional de tutela cuando consideran que su derecho a que les revisen la primera sentencia condenatoria ha sido pretermitido o se ha confundido

con la oportunidad para presentar los recursos extraordinarios de Casación y Revisión.

De ese problema dio cuenta la Corte Constitucional en su más reciente providencia al respecto, la SU 007 de 2023 en la que se ocupó de unificar los precedentes que ya venía fijando en sentencias previas y por cuenta de lo que exhortó una vez más al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que regularan la materia “**Tercero. Reiterar el exhorto al Congreso de la República efectuado por esta Corte en las Sentencias SU-792 de 2014, SU-217 de 2019 y SU-006 de 2023, para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule de manera integral el mecanismo que garantice el ejercicio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria en materia penal**”.

2.1 El vacío normativo ha sido solventado por la Corte Suprema de justicia a través de sus providencias:

Por ahora, las reglas fijadas por la Corte son:

- (i) *Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.*
- (ii) *Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.*
- (iii) *La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.*
- (iv) *El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor; mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.*
- (v) *Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.*
- (vi) *Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las Leyes 600 y 906, respectivamente. Luego*

de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

- (vii) *Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.”¹*

También precisó la Sala que, al acusado condenado en segunda instancia por los tribunales, le corresponde acudir a la impugnación especial y al mismo tiempo en casación, sólo cuando frente a delitos conexos en relación con uno de ellos se ha cumplido con el principio de doble conformidad judicial. De esta manera lo estableció:

“Si se trata de una sentencia del Tribunal en la cual se condena por primera vez, puede interponerse la impugnación especial o el recurso extraordinario de casación. Este último está disponible solo para los sujetos procesales distintos al procesado y su defensor. El procesado y el defensor, se precisa, cuenta con el derecho a recurrir a través de la impugnación la primera condena, y solamente les es dable recurrir simultáneamente en casación en hipótesis de delitos conexos respecto de los cuales se ha declarado la responsabilidad penal del procesado en primera y segunda instancia”².

III. MARCO CONVENCIONAL:

El artículo 2.2 literal h) de la Convención americana sobre derechos humanos establece que toda persona inculpada de un delito durante el proceso tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: “(...) *derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior*” De igual manera, el artículo 14 inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “5. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado la garantía de doble conforme o doble conformidad judicial a lo largo de su jurisprudencia, señalando por ejemplo que no solo es una garantía fundamental que hace parte integral del debido proceso, sino que es un deber del Estado que a la vez determina la legitimidad de sus decisiones: “89. *La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.*

*90. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo [49]. El **Estado puede establecer***

¹ CSJ AP1263, 3 de abril de 2019, rad. 54.215.

² CSJ AP, 16 septiembre de 2020, rad. 56957.

fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.³ (subrayas y negrilla fuera de texto).

De lo anterior, que la garantía a que el primer fallo condenatorio sea revisado le sea otorgada a todos los ciudadanos incluso sin distinción de que tengan fuero, así lo ha reiterado en su jurisprudencia vinculante: “La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable⁴. **La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio o sancionatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado**⁵. En este sentido, el derecho a recurrir del fallo, reconocido por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y emitió el fallo condenatorio o sancionatorio, ante el que la persona afectada tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto⁶ Sobre este punto, si bien los Estados tienen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho⁷. (subrayas y negrilla fuera de texto).

³ Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela Sentencia de 17 de noviembre De 2009. Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C número 107, párr. 158, y Caso Barreto Leiva, supra nota 96, párr. 88

⁵ Cfr. Caso Barreto Leiva, supra nota 96, párr. 89.

⁶ Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 151, párr. 161; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C número 119, párr. 192, y Caso Herrera Ulloa, supra nota 187, párr. 159.

⁷ Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso Herrera Ulloa, Supra Nota 187, Párrs. 161 y 164. Sentencia

Sobre el mecanismo para procurar la materialización del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria ha expresado la Corte IDH en el caso Mohamed Vs. Argentina que: “Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, **para que este sea eficaz, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho.** Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.⁸ (subrayas y negrilla fuera de texto).

Además el Tribunal considera que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8° de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral, razón por la que en el presente proyecto de ley se dispone que las razones del disenso constituirán el límite para resolver de la autoridad judicial revisora de la primera condena, materia que se cohesiona con lo dispuesto por la Sala Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia.

IV. MARCO CONSTITUCIONAL:

La Constitución Política de 1991 establece como una de las garantías procesales ancladas al debido proceso la impugnación de las sentencias, de acuerdo a la mención que aparece en el artículo 29 del texto constitucional. Esto también aparece a la luz de otros textos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo anterior no obstante tuvo una paradoja durante mucho tiempo: Los procesos en única instancia que se adelantaban en la Corte Suprema de Justicia contra aforados constitucionales. Hay que tener en cuenta que, justamente analizando esta situación por medio de diferentes pronunciamientos, la Corte Constitucional varió su línea jurisprudencial y encontró que sí resultaba problemático desde el debido proceso que, ante una sentencia condenatoria

del 2 de julio de 2004 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁸ Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso Mohamed Vs. Argentina Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

que se de en segunda instancia no existiera un mecanismo para impugnarla.

Por este motivo, resulta pertinente traer a colación la línea jurisprudencial que desarrolló la Corte Constitucional hasta la Sentencia C-792 de 2014 analizando el juicio penal a los aforados constitucionales en única instancia, así como los elementos que le permitieron cambiar la línea jurisprudencial y empezar a analizar la doble conformidad. Hay que tener claro que, si bien la Corte Constitucional ha analizado la doble conformidad principalmente en el caso de aforados constitucionales, este es un derecho que se consagra ante toda la ciudadanía y cuya aplicación aún no ha sido regulada por el legislador, a pesar de los exhortos de la Corte Constitucional.

En ese sentido, en primer lugar, se hablará acerca de tres épocas diferentes: La primera época en la cual la Corte Constitucional consideraba ajustado a la Constitución Política el que un juicio penal hacía aforados constitucionales se desarrollara en única instancia ante la Corte Suprema de Justicia; la segunda época que habla de los cambios que se acercaron a la luz de la Sentencia C-792 de 2014; y finalmente la tercera época que tiene como punto de origen el Acto Legislativo 01 de 2018.

4.1 Primera época: Juicio penal a aforados constitucionales en única instancia.

La Sentencia C-142 de 1993 abrió la línea jurisprudencial que avaló constitucionalmente el juzgamiento en única instancia a aforados constitucionales. En ese momento, la Corte Constitucional resolvió una demanda contra varias disposiciones del Código Penal, del Código Penal Militar y de los estatutos de procedimiento penal del momento que, prevenían en términos generales la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer procesos penales contra aforados en única instancia. Para la persona demandante, las normas desconocían los artículos 29 y 31 de la Constitución, el artículo 14 del PIDCP y el artículo 8° de la CADH en el sentido de que, en los mencionados procesos de única instancia, no se permite realizar ninguna impugnación.

La Corte Constitucional estableció que frente a estos procesos la impugnación era posible por medio de la acción de revisión, el recurso extraordinario de casación y la solicitud de nulidad⁹. También mencionó que las decisiones de única instancia dictadas por la Corte Suprema de Justicia generaban dos ventajas: (I) la economía procesal y (ii) escapar a la posibilidad de errores a cargo de jueces y tribunales de menor jerarquía¹⁰. En ese sentido, la Corte consideró que la persona procesada si podía impugnar la sentencia condenatoria en una u otra forma¹¹.

La Sentencia C-411 de 1997 resolvió la demanda presentada contra apartados del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal en donde se establecía que a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le correspondía, por una parte, el conocimiento de la acción de revisión contra las sentencias de única instancia, y por otra parte el juzgamiento de los funcionarios descritos en el inciso 3 del numeral 6 del artículo 235 de la Constitución Política, es decir, los Congresistas. La persona demandante consideró que, al existir un trato diferenciado a los Congresistas frente a los demás ciudadanos, se les vulneraba el debido proceso.

La Corte consideró en ese momento, que el competente para definir las instancias procesales era el legislador. De la misma manera, reiteró su jurisprudencia al mencionar que fue la misma Constitución la que había contemplado los procesos de única instancia respecto de aforados constitucionales¹². Y que, si existía alguna vulneración de derechos fundamentales por la existencia de alguna vía de hecho, podría adelantar la acción de tutela conforme a lo que la Corte Sostenía en la Sentencia C-543 de 1992¹³.

La Sentencia C-934 de 2006 analizó la disposición contenida en el artículo 32 parcial de la Ley 906 de 2004 que regula las funciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La honorable Corte en su momento consideró el siguiente problema jurídico: “¿Vulnera los derechos al debido proceso y a la defensa, así como el principio de la doble instancia consagrados en el artículo 29 de la Carta y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, el que los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 32 de la Ley 906 de 2004 establezcan que los procesos penales que se sigan contra altos funcionarios del Estado enunciados en tales disposiciones son de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia?”.

Luego de considerar que no existía el fenómeno de la cosa juzgada constitucional al estar la mencionada norma inscrita en un modelo penal de tendencia acusatoria y no inquisitorial, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia y sostuvo que la doble instancia no era la única forma de garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa de las personas procesadas. Por lo que consideró que la garantía de esos bienes jurídicos se materializaba en la definición de su caso por la Corte Suprema de Justicia. Y si bien la Corte no era infalible, habían otros mecanismos definidos para cuestionar las decisiones en única instancia¹⁴.

En esa misma sentencia la Corte constató que no existía obligación internacional alguna que impidiera que en los modelos constitucionales no se pudiera

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-142 de 1993. Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-411 de 1997. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ C-934 de 2006

dar ese tratamiento a los aforados constitucionales. Respecto del caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, la Corte encontró que ese no era un asunto centrado en el especial juzgamiento realizado por los órganos judiciales de cierre. De la misma manera, mencionó que el Comité de Pacto de Derechos Civiles y Políticos tampoco se había referido estrictamente a la materia cuestionada constitucionalmente. Dijo la Corte:

“De lo anterior encuentra la Corte que la interpretación del artículo 14.5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y [del] artículo 8.2 del Pacto de san José que han efectuado los órganos internacionales competentes, resulta armónica con la interpretación que se ha hecho de los artículos 29 y 31 de la carta Política en materia de juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, en la medida en que de dichos pronunciamientos no se deriva una regla según la cual en los juzgamientos de altos funcionarios con fuero penal ante el órgano de cierre de la jurisdicción penal, deba establecerse una segunda instancia semejante a la que existe para otros juicios penales. Es decir, cada Estado goza de un amplio margen para configurar los procedimientos y diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos, sin que esté ordenado, según la jurisprudencia vigente, que en los casos de altos funcionarios aforados se prevea siempre la segunda instancia.”¹⁵

Es decir, en este momento, la Corte Constitucional desarrolló como el amplio margen de apreciación de los Estados les permitía diseñar y configurar procedimientos y mecanismos sin que le haya sido ordenado a un Estado considerar la doble instancia. Otras decisiones con esta tesis son las Sentencias T-1246 de 2008, la SU-811 de 2009, la T-965 de 2009, la SU-195 de 2012 y la SU-198 de 2013.

4.2. Segunda época: La Sentencia C-792 de 2014 y sus consecuencias sobre el ordenamiento jurídico.

Esta segunda época está determinada en gran parte por la actualización de los estándares internacionales en la materia. No se puede leer la decisión que toma la Corte en la Sentencia C-792 de 2014 sin analizar que, con posterioridad en el 2006 empezaron a existir sentencias y recomendaciones que analizaron como regímenes legales como el colombiano no satisfacían el debido proceso en lo concerniente a garantizar la impugnación y la segunda instancia.

Por ejemplo, en el caso Barreto Leiva vs Venezuela la Corte Interamericana sostuvo que, si bien los Estados miembros podían establecer un procedimiento de juzgamiento especial para algunos funcionarios, siempre debían respetar la doble conformidad y prever recursos efectivos para recurrir la condena. Por lo tanto, la Corte consideró que Venezuela vulneró la garantía judicial prevista en el artículo 8.2.h de la CADH debido a que el sentenciado no pudo impugnar el fallo.

De la misma manera, en el fallo Liakat Ali Alibux vs Suriname de 2014, si se corresponde al caso de un aforado, por lo que la Corte Interamericana confirmó la postura que había hecho valer en el caso Barreto Leiva vs Venezuela. En este caso, el señor Liakat Ali Alibux que había sido ministro de Finanzas y de recursos naturales en Suriname, fue condenado en 2003 en única instancia por la Alta Corte de Justicia. Reflexionando sobre la práctica de los Estados respecto al juzgamiento penal de altos funcionarios, la Corte Interamericana advirtió que si bien no era contrario al estándar interamericano de protección que se prevea un régimen especial de juzgamiento ante el tribunal de cierre, si podía serlo el hecho de que se previera una única instancia. Por lo tanto, la Corte exploró algunas de las fórmulas jurídicas que se habían adoptado para hacer efectivo el derecho a recurrir el fallo.

“En este sentido, el Tribunal constata que ello se ha logrado a través de diversas prácticas, a saber: a) cuando una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es la que juzga en primera instancia, para que luego el Pleno de la misma, sea la instancia que revise el recurso interpuesto; b) cuando una determinada Sala de la Corte Suprema juzga en primera instancia y otra Sala, de distinta composición, resuelve el recurso presentado, y c) cuando una Sala conformada por un número determinado de miembros juzga en primera instancia y otra Sala conformada por un número mayor de jueces que no participaron en el proceso de primera instancia, resuelva el recurso. Asimismo, el Tribunal observa que la composición de las instancias revisoras incluye miembros que no conocieron del caso en primera instancia y que la decisión emitida por aquellas puede modificar o revocar el fallo revisado”.¹⁶

La Corte Interamericana también responde a los argumentos invocados por los Estados según los cuales, tanto el Sistema Universal como otros Sistemas regionales de Derechos Humanos permiten excepcionar la regla de la doble conformidad en algunos procesos. Dice la Corte Interamericana:

De igual manera, el Comité de Derechos Humanos ha señalado en sus decisiones que, el derecho a recurrir el fallo debe garantizarse sin importar el rango de la persona juzgada por lo que “si bien la legislación [de un] Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal”.

Por otro lado, la Corte considera pertinente referirse a lo alegado por el Estado en el sentido que el juzgamiento de altos funcionarios públicos

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie c276. Párr 98.

en primera y única instancia, no es, por definición, violatorio del principio generalmente aceptado del derecho a recurrir del fallo, con fundamento en la regulación permitida por ley de dicho derecho, según lo establecido por el artículo 14, inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Al respecto, el Tribunal considera preciso resaltar que el artículo 14, inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se diferencia del artículo 8.2(h) de la Convención Americana ya que el último es muy claro al señalar el derecho a recurrir el fallo sin hacer mención a la frase “conforme a lo prescrito por la ley”, como sí lo establece el artículo del PIDCP. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas lo ha interpretado en el párrafo 45 de su Observación General No. 32, en el sentido que:

“La expresión “conforme a lo prescrito por la ley” en esta disposición no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a revisión, puesto que este es un derecho reconocido por el Pacto y no meramente por la legislación interna. La expresión “conforme a lo prescrito por la ley” se refiere más bien a la determinación de las modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará a cabo la revisión, así como la determinación del tribunal que se encargará de ello de conformidad con el Pacto. El párrafo 5° del artículo 14 no exige a los Estados Partes que establezcan varias instancias de apelación. Sin embargo, la referencia a la legislación interna en esta disposición ha de interpretarse en el sentido de que si el ordenamiento jurídico nacional prevé otras instancias de apelación, la persona condenada debe tener acceso efectivo a cada una de ellas”¹⁷ (Negrilla fuera del texto).

De la misma manera, el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos emitió en el año 2007 la Observación General número 32, sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. El párrafo 47 que hace parte de la sección “VII Revisión por un tribunal superior” afirmó lo siguiente:

“47. El párrafo 5° del artículo 14 se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación (§136) o un tribunal de última instancia (§137) a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto (§138)” (Negrillas fuera del texto).

¹⁷ *Ibid.* Párrs. 91-93.

Ante tal escenario fue emitida la Sentencia C-792 de 2014. La demanda que comenzó este proceso fue contra varios de la Ley 906 de 2004, entre los que se incluyó la norma que concede a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema el conocimiento de los recursos contra autos y sentencias que se profieran en primera instancia por tribunales superiores. En ese sentido, la persona accionante consideró que existía una omisión legislativa en tanto no se prevenían mecanismos suficientes para garantizar que la primera condena penal en segunda instancia fuera objeto de impugnación.

En ese sentido, la Sala Plena estimó dos problemas jurídicos: El primero relacionado a la existencia o no dentro del ordenamiento superior de un derecho a impugnar las sentencias proferidas en segunda instancia que, por primera vez, impongan una condena penal y el segundo relacionado con la existencia de estándares que deben satisfacerse para que se considere que el recurso es adecuado.

Apesar de que la Corte reconoció que era la primera vez que analizaba la mencionada problemática, afirmó que la impugnación de sentencias condenatorias contaba de manera autónoma con (i) fundamento normativo tanto en la Constitución como en el Bloque de Constitucionalidad, (ii) estatus jurídico como parte de los derechos que integran la defensa, (iii) un ámbito de acción en el proceso penal, (iv) el contenido de controvertir el fallo inculpativo ante una instancia distinta a la que dictó la sentencia, (v) objeto en tanto es una sentencia que declara por primera vez la responsabilidad penal, (vi) finalidad en tanto pretende proteger a personas contenidas y dar una garantía de corrección judicial, (vii) se distingue de la posibilidad de apelar sentencias judiciales en tanto el Legislador sí puede establecer excepciones, pues en este caso el principio no actúa como imperativo o regla.

Siguiendo esta línea argumentativa, la Corte reconoció que su línea jurisprudencial que consideraba que la exigibilidad de impugnar se encontraba satisfecha al considerar los recursos de casación, revisión y la acción de tutela contra providencia judicial. Sin embargo, en esta ocasión consideró que eran vías procesales debilitadas. Dijo la Corte que los anteriores recursos no resolvía las siguientes pautas:

- Que el operador judicial que resuelva la impugnación cuente con lineamientos de valoración integral: completa, amplia y exhaustiva del fallo condenatorio.
- Que el examen recaiga sobre la controversia en sí misma considerada y no primariamente sobre el análisis que de dicha situación realizó el juez que condenó.
- Que el recurso no esté sujeto a causales cerradas de procedencia.

La Corte concluyó que se configuró una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos los casos

en que, en el marco del proceso penal, el juez de primera instancia absuelve al condenado y el juez de segunda instancia revoca el fallo e impone condena por primera vez. En ese sentido, la Corte Constitucional estableció una inconstitucionalidad diferida y le dio un plazo al Congreso de la República para que regulara integralmente la impugnación de las sentencias que fijan por primera vez una condena tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en aquellos de dos instancias.

A pesar de que hasta este momento se ha venido trabajando en relación a los aforados constitucionales, la Sentencia C-792 de 2014 habla de que la impugnación de la primera sentencia condenatoria es de interés de toda la ciudadanía en su conjunto. Por ese motivo, el exhorto que dio la Corte Constitucional se hizo de una forma general para que se regulara hacia todas las personas que fueran condenadas en primera o segunda instancia por primera vez.

Como se verá a continuación, en la actualidad existe un tratamiento dispar. Pues con el Acto Legislativo 01 de 2018, se permitió a los aforados constitucionales poder materializar su derecho a la doble instancia, y también a la doble conformidad en los casos llevados ante la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, para el resto de la ciudadanía no es claro cómo se puede ejercer este derecho, lo cual ha generado que se presenten múltiples acciones de tutela y que sea la Corte Constitucional y la Corte Suprema la que tenga que colocar parámetros para materializar la doble conformidad en la ciudadanía.

4.3 Tercera época: Línea jurisprudencial con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2018.

El 18 de enero de 2018 fue sancionado el Acto Legislativo 01 de 2018, *por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria*. Este acto legislativo tiene cuatro artículos en donde se concede el derecho a la doble instancia y a la doble conformidad a Congresistas en su condición de aforados constitucionales y se crea al interior de la Corte Suprema de Justicia la Sala Especial de Instrucción y la Sala Especial de Primera Instancia, así como el régimen y las funciones que tienen los magistrados de las mencionadas salas.

El numeral 2 del artículo 235 de la Constitución modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018 establece como atribución de la Corte Suprema de Justicia “conocer del derecho a la impugnación y del recurso de apelación en materia penal conforme lo determine la ley”. Sin embargo, a día de hoy no se encuentra expedida la ley que regule el ejercicio de tal atribución por la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior no ha impedido que la Corte Suprema haya dado directrices para garantizar el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria en tres casos: (i) los casos de aforados constitucionales, (ii) los casos en los que la primera condena en sede de casación y (iii) los casos en los que la primera

condena la dictan los Tribunales Superiores en segunda instancia. En la Sentencia SU 217 de 2019, la Corte Constitucional hizo referencia a las reglas establecidas por la Corte Suprema de Justicia en el Auto AP1263-2019 del 3 de abril de 2019 en donde se establecieron reglas provisionales para tramitar la apelación de primeras condenas emitidas en segunda instancia por tribunales superiores:

“(i) *Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.*

(ii) *Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.*

(iii) *La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.*

(iv) *El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.*

(v) *Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso –en 600 de 2000 o 906 de 2004–, para el recurso de casación.*

(vi) *Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las Leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.*

(vii) *Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.*

(viii) *Si se inadmite la demanda y –tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004– el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.*

(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría –según sea Ley 906 o Ley 600–, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.

Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579).

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad”¹⁸.

En esa sentencia la Corte declaró que se habían configurado algunas causales de procedencia de tutelas contra providencias judiciales por lo que decidió tutelar los derechos reclamados por las personas tutelantes. También reiteró el exhorto al Congreso de la República en los siguientes términos reconociendo que el avance realizado a través del Acto Legislativo 01 de 2018 era sustancial pero no suficiente:

“Si bien el Congreso ha venido avanzando en la regulación del derecho constitucional de impugnar las sentencias condenatorias, como se evidencia con la reforma introducida a los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución mediante el Acto Legislativo 01 de 2018, resulta indispensable que dicha tarea se complemente con la ley que regule la competencia de la Corte Suprema de Justicia consistente en conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, como lo prevé el numeral 2 del artículo 235 de la Constitución, según la reforma introducida por el artículo 3 del mencionado Acto Legislativo 01 de 2018.

Dado que subsiste la omisión legislativa en cuanto a la regulación del procedimiento para el ejercicio del derecho a la impugnación de las condenas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 235, numerales 2 y 7, de la Constitución, la Corte exhortará, una vez más, al Congreso de la República a efectos de que, en ejercicio de su amplia libertad de configuración del derecho y dentro del marco de la Constitución, regule dicho procedimiento”¹⁹.

En la Sentencia SU-218 de 2019 la Corte Constitucional recogió la fórmula que estaba aplicando la Corte Suprema de Justicia para

garantizar la doble conformidad en los casos que lleven a una sentencia penal en sede de casación luego de que en las dos instancias se absolviera. Dice la Corte:

“Sin embargo, esta posición fue explícitamente recogida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 14 de noviembre de 2018. Allí, la Corte reivindicó el derecho a impugnar el primer fallo de condena como una protección reforzada del derecho a la presunción de inocencia, y consideró que, en la actualidad, el numeral 7° del artículo 235 de la Constitución, con la reforma que introdujo el Acto legislativo 01 de 2018, “en consonancia con las normas propias para la interposición y resolución del recurso de apelación contra sentencias”, ofrecen los presupuestos básicos para la garantía de tal derecho. Sobre la forma en que se debe tomar la decisión, la Corte manifestó lo siguiente:

Quiere ello decir, entonces, que cuando la primera condena se dicte en sede de casación, la Sala de Casación Penal ha de integrarse de manera tal que tres de sus magistrados no conozcan del asunto, a fin de que queden habilitados para pronunciarse sobre la doble conformidad, si ésta llegare a solicitarse por la defensa.

De ahí que, en asuntos como el aquí analizado, el magistrado ponente ha de convocar a los cinco magistrados que le siguen en orden alfabético, a fin de conformar sala (de seis integrantes) para discutir la ponencia y dictar la sentencia. Los tres magistrados restantes integrarán sala para revisar, dado el caso, la doble conformidad”.

Se trata, desde luego, de un procedimiento implementado de manera transitoria, para que el derecho “no quede en el vacío”, mientras el Legislador reglamenta integralmente el trámite correspondiente; para ello, el Alto Tribunal de la justicia ordinaria, en la misma providencia, dirigió un nuevo exhorto al órgano de representación política.”²⁰

En la Sentencia SU 397 de 2019 la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“Conforme a lo expuesto, se concluye que, si bien la falta de desarrollo legal del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria persiste, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha avanzado hacia su protección. Para el efecto, y puntualmente en los casos en que el primer fallo inculpativo es adoptado por los tribunales superiores, dicha Sala ha empleado el recurso extraordinario de casación. Así, en un comienzo, la Sala flexibilizó las barreras que por mandato legal y de ordinario tiene la casación, de suerte que en varias oportunidades, no solo decidió la demanda como tal, sino que, además, se pronunció sobre el fondo del asunto y analizó la responsabilidad del condenado; y más recientemente, optó por definir “medidas

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU 217 de 2019. Magistrado Sustanciador Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU 218 de 2019. Magistrado Sustanciador Carlos Bernal Pulido.

provisionales” orientadas a habilitar el ejercicio de este derecho, las cuales, en todo caso, son aplicables “dentro del marco procesal de la casación”.

7.6 Ahora bien, aunque en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, más específicamente en la Sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional concluyó que el recurso de casación no es idóneo para satisfacer las exigencias sustanciales del derecho a la doble conformidad judicial, nada se opone a que ante la inactividad del legislador en el desarrollo del aludido derecho, de manera **transitoria**, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia viabilice su ejercicio con los medios que tiene a su alcance, como en un comienzo lo hizo al emplear la casación con este propósito adicional, o después mediante el trámite del recurso de impugnación especial, con los términos y las pautas generales del recurso de apelación.

Este es un remedio judicial que, aunque no es óptimo, si cumple materialmente las condiciones sustanciales definidas por esta Corporación en la citada sentencia –(i) análisis de la controversia jurídica que subyace al fallo judicial cuestionado, más allá de las causales de casación y de la sentencia recurrida, y (ii) revisión del fallo por una autoridad judicial distinta de la que impuso la condena– resulta respetuoso del valor normativo y vinculante de la mencionada reforma constitucional y de la comprensión de la Constitución como norma jurídica con eficacia directa (artículo 4° superior). Si bien es lógico que el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria esté sometido a las etapas, formas y términos que dispongan la Constitución y la ley, de estas exigencias no se sigue que la falta de desarrollo legislativo de tal derecho constitucional pueda ser invocada para negar su exigibilidad. Como bien lo indicó esta Corporación en la Sentencia T-970 de 2014, “la garantía y efectividad de los derechos no depende exclusivamente de la voluntad del legislador. Sin duda es un actor muy importante en la protección de los derechos fundamentales, pero la Constitución, siendo norma de normas, es una norma jurídica que incide directamente en la vida jurídica de los habitantes y se debe utilizar, además, para solucionar casos concretos”.

De este modo, es claro que, no solo los jueces de tutela, sino también los jueces y magistrados de la jurisdicción penal, según las circunstancias específicas del asunto puesto a su consideración y los otros derechos fundamentales o intereses constitucionales en conflicto, están llamados a garantizar, en el ámbito de sus competencias, la mayor realización posible del derecho a impugnar el primer fallo inculpatario. Así lo anotó este Tribunal en el numeral tercero de la parte resolutive de la Sentencia SU-215 de 2016, al referirse al ejercicio del derecho a la doble conformidad judicial respecto de la condena emitida por primera vez en casación: “la Corte Suprema de Justicia, dentro de sus competencias, o en su defecto el juez constitucional, atenderá a las circunstancias de cada caso para definir

la forma de garantizar el derecho constitucional a impugnar la sentencia condenatoria impuesta por primera vez por su Sala de Casación Penal.”²¹

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional ha reconocido las reglas que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia y de que el vacío ha sido llenado de contenido de forma transitoria, no ha dejado de mencionar que hay un déficit normativo que sólo puede ser cubierto por el legislador. De hecho, el que se sigan fallando tutelas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia amparando los derechos a la doble instancia y a la doble conformidad, muestran una problemática que no se ha podido atender de la forma en que corresponde.

4.4 Conclusiones sobre la consagración constitucional de la garantía a la doble conformidad judicial en materia penal:

Este acápite ha sido desarrollado trayendo en un primer lugar la jurisprudencia constitucional sobre aforados y aforadas constitucionales debido a que hasta hace relativamente poco fue constitucional un modelo que no garantizaba ni la doble instancia ni la doble conformidad en procesos que se adelantaban contra ellas y ellos. Desde el año 2014 la situación comenzó a cambiar con la histórica Sentencia C-792 de 2014 que reconoció el derecho a la doble conformidad tanto para aforados constitucionales como para todas las personas que fueran condenadas por primera vez en segunda instancia.

Lo anterior creó una situación atípica en la normatividad nacional: Las personas aforadas constitucionales y las demás personas que no ostentan esta condición no tenían forma en la cual podían materializar su derecho a la doble conformidad. Por lo tanto, la Corte Constitucional exhortó al Congreso para regular la materia.

El Congreso de la República cumplió con su deber parcialmente. El Acto Legislativo 01 de 2018 resolvió la problemática para aforadas y aforados constitucionales. En ese sentido, se creó al interior de la Corte Suprema de Justicia una sala de instrucción y una sala de primera instancia. Por otra parte, el mencionado acto le dio la competencia a la Corte Suprema de Justicia para resolver las solicitudes de doble conformidad. Aunque existían algunas dudas sobre el caso de los aforados constitucionales, la Sentencia SU 146 de 2020 las resolvió.

Sin embargo, el Congreso de la República no ha cumplido su deber de regular la doble conformidad en el caso de la ciudadanía en general. A pesar de la existencia de múltiples sentencias recientes de la Corte Constitucional que exhorta al Legislador a cumplir con su deber, y a pesar del juicioso trabajo de la Corte Suprema de Justicia intentando garantizar este derecho para la ciudadanía en general, se necesita una legislación completa que pueda responder a las necesidades de las personas. El hecho de que ya se

²¹ Corte Constitucional. Sentencia SU 367 de 2019. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

vayan a cumplir diez años, hace que la urgencia de tramitar y discutir este proyecto sea mayor.

V. TRÁMITE DEL PROYECTO:

La presente iniciativa tiene por objeto positivizar y reglamentar el recurso de impugnación especial para salvaguardar la garantía de acceso a la doble conformidad judicial propia del derecho al debido proceso, en obediencia a los mandatos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana y en atención a las condiciones previamente desarrolladas por la Sala Penal de la Corte de Justicia.

El mecanismo procesal para garantizar la doble conformidad judicial no se ha integrado aún al ordenamiento jurídico colombiano y representa un rezago normativo que no ha sido atendido por el Congreso de la República a pesar de que desde 2018 con el Acto legislativo 01/2018 se implementó la garantía a nivel constitucional. Por cuenta del sinnúmero de casos que se presentaron ante juez constitucional para salvaguardar la garantía de doble conformidad la Corte Constitucional debió unificar su jurisprudencia en la materia y ha exhortado al Congreso a regular para que coexista correctamente con los recursos extraordinarios, a través de las SU-792 de 2014, SU-217 de 2019 y SU-006 y 07 de 2023.

A raíz de los vacíos normativos la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al encontrarse con casos que ameritan la procedencia de un recurso para garantizar la doble conformidad resolvió a través de su propia jurisprudencia establecer la forma, el tiempo y la oportunidad en que esta procedería tal y como se expuso en los antecedentes.

Este proyecto busca implementar en la norma procesal aplicable las condiciones que ya ha desarrollado la jurisprudencia y así permitir de un lado, que la Sala de Casación penal siga tramitando el recurso de impugnación especial de la manera en que ella lo ha establecido para evitar traumatismos institucionales o que se ralenticen los procesos; y de otro, que todas las personas conozcan el mecanismo y puedan consultar en la ley las condiciones para que este proceda, pues la consagración misma del mecanismo en la norma es garantía de la disponibilidad y procedibilidad del recurso.

En esta iniciativa legislativa no se incluyen modificaciones a la organización actual de la sala de casación penal, pues se busca el establecimiento del recurso de impugnación especial en la ley procesal penal en los términos ya preceptuados por la Alta Corte pero no una composición distinta de la Sala, dependerá de nuevas iniciativas ampliar la sala para que su capacidad sea mayor y pueda atender con mayor celeridad los recursos que a día de hoy resuelve.

En nuestra historia constitucional ha sido recurrente que puedan existir normas que tengan reserva de ley estatutaria y a la vez tengan contenido de ley ordinaria. La Corte Constitucional se refirió desde muy temprano sobre la materia. En

la Sentencia C-193 de 2005 la Corte menciona lo siguiente:

“(…) la inclusión de asuntos sometidos a la reserva de ley estatutaria dentro de una ley ordinaria, no obliga a que la totalidad de la ley deba ser tramitada por el mismo procedimiento excepcional. En este caso, sólo aquellos asuntos que afecten el núcleo esencial de derechos fundamentales, bien sea porque restringen o limitan su ejercicio o su garantía, deben ser tramitados como ley estatutaria, pero los demás asuntos no cobijados por este criterio material pueden recibir el trámite de una ley ordinaria”.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-756 de 2008 estableció los criterios para delimitar el ámbito de la reserva de ley estatutaria en materia de derechos y deberes fundamentales de la siguiente manera:

“(i). La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del Legislador ordinario; (ii). La regulación estatutaria u ordinaria no se define por la denominación adoptada por el legislador, sino por su contenido material [...]. En consecuencia, el trámite legislativo ordinario o estatutario será definido por el contenido del asunto a regular y no por el nombre que el legislador designe; (iii). Mediante ley estatutaria se regula únicamente el núcleo esencial del derecho fundamental, de tal forma que, si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria; (iv). Las regulaciones integrales de los derechos fundamentales debe realizarse mediante ley cualificada y, (v). Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria. De esta forma, es claro que la regulación puntual y detallada del derecho corresponde al legislador ordinario”.

Finalmente, esta misma corporación mediante Sentencia C-370 de 2019 estableció que, *“aun cuando la regulación de procedimientos necesariamente esté relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales, por regla general se trata de materias que deben tramitarse mediante leyes ordinarias”.*

En este sentido, y teniendo en cuenta los criterios establecidos por la Corte Constitucional **el texto contenido en el artículo dos (2) tiene reserva de ley estatutaria**, por lo que su aprobación deberá estar sometida a los requisitos especiales previstos para este tipo de norma consagrados en el artículo 152 constitucional. Lo anterior, no obsta para que todo el texto de la ley tenga reserva de ley estatutaria, pues el desarrollo que se hace sobre la garantía de la doble conformidad se hace de forma procesal, sin que en ningún caso se esté desarrollando el núcleo esencial del derecho. En otras palabras, solo se está haciendo una modificación al régimen procesal desarrollado en el código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004) para insertar el recurso por medio del cual

se materializa la garantía de doble conformidad judicial.

VI. CONFLICTO DE INTERÉS:

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 291 de la Ley 5ª de 1992, modificado por la Ley 2003 de 2019, se indicarán las circunstancias o eventos que potencialmente pueden generar un conflicto de interés para los honorables Congresistas que discutan y decidan el presente proyecto de ley. De la misma manera, el artículo 286 de la norma mencionada, modificado a su vez por el artículo 1° de la ley 2003 de 2019, define el conflicto de interés como la “*situación donde al discusión o votación de un proyecto de ley o acto legislativo, o artículo pueda resultar en un beneficio particular, actual y directo a favor del Congresista*”.

Así las cosas, nos permitimos señalar que esta iniciativa legislativa tiene carácter general pues establece la reforma a un procedimiento especial en procura de mejorar el mismo y hacerlo más eficiente de cara a las exigencias de la ciudadanía. Ningún provecho particular obtienen los Congresistas de la República al establecer las reglas bajo las cuales debe actuar la Comisión de Acusaciones, por lo que no se evidencia que las y los Congresistas puedan incurrir en eventuales conflictos de interés que les impida participar de la discusión y votación de este proyecto toda vez que no puede predicarse beneficio particular, actual y directo que se dé por la sola transformación del esquema procesal propio de los juicios contra aforados constitucionales.

Lo anterior sin perjuicio de que las y los Congresistas deban examinar en cada caso en concreto, la existencia de posibles hechos generadores de conflictos de interés, en cuyo caso deberán declararlos oportunamente de conformidad con el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992.

En los anteriores términos queda sustentado el proyecto de ley de la referencia.

VII. IMPACTO FISCAL:

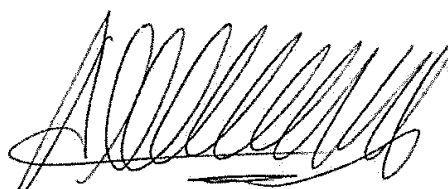
Sobre el impacto fiscal de los proyectos de ley, indica la Ley 819 de 2003, *por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones*, en su artículo séptimo, que “*el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo*”, por lo que, en cumplimiento de dicho requisito, en este apartado se explica los motivos por los que la iniciativa no cuenta con ningún tipo de impacto fiscal.

Sobre el particular, es menester señalar que esta iniciativa legislativa no genera nuevos costos al Estado, pues solo positiviza un mecanismo

procesal para los fines y en los términos que jurisprudencialmente ya funciona y no crea órganos, cargos u otro particular dentro de la rama judicial que implique erogaciones para el Estado.

Adicionalmente, debe resaltarse que la Corte Constitucional en las Sentencias C-502 de 2007 y C-490 de 2011 ha señalado que el impacto fiscal no puede ser, en ningún caso, un obstáculo insuperable para el desarrollo de las propuestas legislativas, ni es necesariamente un requisito de trámite para la aprobación de los proyectos, así como tampoco puede constituirse en una barrera para ejercer las funciones legislativas de los Congresistas. En conclusión, la presente iniciativa no modifica de ninguna manera las finanzas públicas ni contraviene el marco fiscal de mediano plazo, pues no requiere recursos públicos para su desarrollo.

En los anteriores términos me permito sustentar la presente iniciativa legislativa;



ALIRIO URIBE MUÑOZ
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR BOGOTÁ

29 de octubre del año 2024	
Proyecto presentado en este despacho el	
Proyecto de Ley	Acto Legislativo
409	Con su correspondiente
de Motivos, suscrito Por:	
HR Alirio Uribe Muñoz	

PROYECTO DE LEY NÚMERO 410 DE 2024 CÁMARA

por medio de la cual se establece el Régimen de Responsabilidad Penal para Personas Jurídicas.

Bogotá, D. C., 29 de octubre de 2024

Doctor

JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA

Secretario General de la Cámara de Representantes

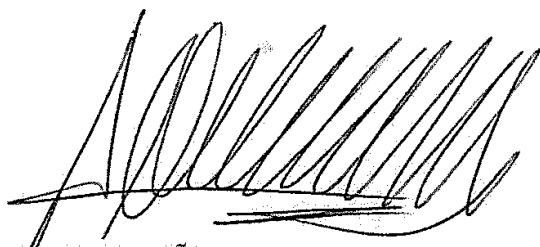
Ciudad

Asunto. Radicación Proyecto de Ley

Cordial saludo doctor Lacouture,

En mi calidad de Representante a la Cámara y en uso del derecho consagrado en los artículos 150 y 154 de la Constitución Política de Colombia, y 140 de la Ley 5ª de 1992, me permito radicar ante el honorable Congreso de la República, el proyecto de ley, *por medio de la cual se establece el régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas*, y en consecuencia, y le solicito se sirva dar inicio al trámite legislativo respectivo.

Atentamente,



ALIRIO URIBE MUÑOZ
Representante a la Cámara
Pacto Histórico - Circunscripción Bogotá

PROYECTO DE LEY NÚMERO 410 DE
2024 CÁMARA

por medio de la cual se establece el Régimen de Responsabilidad Penal para Personas Jurídicas.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene como objeto crear el régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

Artículo 2º. Créese el Título V del Libro I de ley 599 del 2000, el cual quedará así:

CAPÍTULO VII

De la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 100A. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las personas jurídicas responderán penalmente por los delitos establecidos en el Capítulo I, II, III y IX del Título I; en el Título II; en el Título III; en el Título IV; en el Título VII Bis; en el Título IX; en el Título X; en el Título XI; en el Título XII; en el Título XIII; en el Título XIV; en el Título XV; en el Título XVI; y en el Título XVIII del Libro II de la Ley 599 de 2000.

Artículo 100B. Atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las personas jurídicas, entendidas como empresas, asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, empresas transnacionales, personas jurídicas interpuestas involucradas, entes que administran patrimonio autónomo, empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, serán responsables penalmente por actos cometidos en su nombre o por cuenta de ella en su beneficio, directo o indirecto por su representante legal, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión.

Artículo 100C. Responsabilidad penal independiente y autónoma de la persona jurídica.

La responsabilidad penal de la persona jurídica será independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales. Asimismo, la responsabilidad penal de la persona jurídica también será independiente y autónoma de la responsabilidad civil y administrativa que surja de la realización de la conducta punible.

parágrafo. Si durante la investigación de alguno de los delitos previstos en el artículo 100A, la Fiscalía General de la Nación advirtiera la posible participación de alguna persona natural, dispondrá la persecución independiente de la persona jurídica.

Artículo 100D. Circunstancias de menor punibilidad. Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. La carencia de antecedentes penales.
2. Colaborar sustancialmente con el esclarecimiento de los hechos.
3. Reparar voluntariamente el daño ocasionado, aunque no sea en forma total.
4. La presentación voluntaria del representante legal, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o de quienes realicen actividades de administración y supervisión, a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros.

Artículo 100E. Circunstancias de mayor punibilidad. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. La existencia de antecedentes penales de la persona jurídica.
2. La existencia de antecedentes penales del representante legal, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o de quienes realicen actividades de administración y supervisión, por cualquiera de los delitos por los que podría responder la persona jurídica en la realización de la conducta punible.
3. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.
4. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.
5. Ejecutar la conducta punible inspirado en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad de la víctima.

6. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.
7. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.
8. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible.
9. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.
10. La posición distinguida del representante legal, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o de quienes realicen actividades de administración y supervisión, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.
11. Obrar en coparticipación criminal.
12. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.
13. Cuando la conducta punible fuere cometida contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal.
14. Cuando la conducta se realice respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.
15. Cuando se produjere un daño ambiental grave, una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales o se cause la extinción de una especie biológica.
16. Cuando la conducta punible se realice sobre áreas de especial importancia ecológica o en ecosistemas estratégicos definidos por la ley o los reglamentos.
17. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva.
18. Cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos.
19. Cuando la persona natural que ejecutó la conducta constitutiva del delito reúna las condiciones para ser calificado como servidor público, en los términos del artículo 20 del Código Penal.
20. La existencia dentro de su estructura un órgano, unidad, equipo o cualquier otra instancia cuya finalidad o actividad sea ilícita.

Artículo 100F. Consecuencias jurídicas de la conducta punible de las personas jurídicas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes sanciones:

1. La multa.
2. La remoción inmediata de administradores, directores y representantes legales.
3. La prohibición de ejercer determinada actividad económica o de celebrar determinada clase de actos o negocios jurídicos.
4. Prohibición de celebrar actos y contratos con las entidades del Estado o donde este tenga participación.
5. Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o tributarios.
6. Cancelación de la personería jurídica y su inscripción inmediata en el respectivo registro.

Parágrafo 1°. Las sanciones establecidas en los numerales 3 y 6 no se aplicarán a las empresas industriales y comercial del Estado y empresas de economía mixta ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio público esencial cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas, o daños serios a la comunidad.

Parágrafo 2°. El juez penal que imponga una sanción a una persona jurídica deberá remitir a la Cámara de Comercio correspondiente, copia de la sentencia para que la parte resolutive sea incluida en el registro mercantil.

Artículo 100G. Multa. Consiste en la obligación de pagar una suma de dinero a favor del tesoro público, como sanción por la comisión de una conducta punible. El valor de la multa se determinará de conformidad con las siguientes reglas:

1. En los delitos de cohecho, el valor de la multa será equivalente al doble de lo ofrecido, prometido o entregado por la persona jurídica.

2. En los delitos en que la persona jurídica hubiere obtenido un incremento patrimonial, la multa será equivalente al doble del incremento patrimonial percibido.
3. En caso de que concurren las dos conductas anteriores, la multa será la correspondiente a la más alta.
4. En casos distintos a los numerales 1 y 2, la multa será una suma de dinero equivalente a un valor entre el diez y el treinta por ciento del patrimonio neto de la persona jurídica.
5. En aquellos casos en que el valor de la multa ponga a la persona jurídica en causal de disolución o liquidación por razón de insolvencia, el valor de la multa será el equivalente a la suma más alta que la persona jurídica pueda pagar sin incurrir en esa situación. Lo anterior, excepto cuando la multa concorra con la pena de cancelación de la personería jurídica, caso en el cual, no aplicará el mencionado límite.

Parágrafo. El juez podrá autorizar que el pago de la multa se efectúe por cuotas, dentro de un límite de cuantía mensual que no ponga en riesgo la continuidad del giro de los negocios de la persona jurídica sancionada. En caso de que la persona jurídica no cumpla con el pago de la multa impuesta, esta puede ser ejecutada sobre sus bienes, previo requerimiento judicial.

Artículo 100H. Remoción inmediata de administradores, directores y representantes legales. Consiste en la remoción inmediata del representante legal, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o de quienes realicen actividades de administración y supervisión que haya o hayan participado en la comisión de la conducta punible.

Asimismo, se prohibirá mantener vínculos jurídicos con esas mismas personas, ya sea en calidad de empleados, contratistas o cualquiera otra naturaleza, por un periodo entre cinco (5) y diez (10) años. Esta pena aplicará también cuando el revisor fiscal, contador, auditor o administrador sea a su vez una persona jurídica.

Artículo 100I. Prohibición de ejercer determinada actividad económica o de celebrar determinada clase de actos o negocios jurídicos. Consiste en la prohibición a la persona jurídica de ejercer la actividad económica en cuyo ejercicio se cometió la conducta punible, o de celebrar los actos, contratos o negocios jurídicos que sirvieron como medio o instrumento para la comisión de la conducta punible. Esta prohibición será temporal, y será por el mismo tiempo que esté prevista la pena de prisión en el delito por el cual fue condenada la persona jurídica.

Artículo 100J. Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado. Consiste en la pérdida del derecho de la persona jurídica a participar en procesos de contratación estatal, ser

contratista de las entidades del Estado o donde este tenga participación. Esta prohibición será temporal, y será por el mismo tiempo que esté prevista la pena de prisión en el delito por el cual fue condenada la persona jurídica.

Artículo 100K. Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o tributarios. Consiste en la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o tributarios por el mismo tiempo que esté prevista la pena de prisión en el delito por el cual fue condenada la persona jurídica.

En los casos de cohecho, cuando la persona jurídica haya efectuado el pago como un rubro deducible de impuestos, se declarará la invalidez de la deducción efectuada y se ordenará remitir copia de lo actuado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para que se reliquide el impuesto y se realicen los cobros a que haya lugar.

Parágrafo. Para efectos de este Título se entenderán por beneficios fiscales, aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de exenciones, subvenciones o subsidios a la persona jurídica por medio de fondos concursables, leyes permanentes u otros de similar naturaleza.

Artículo 100L. Cancelación de la personería jurídica. Consiste en la pérdida definitiva de la personería jurídica. La sentencia que declare la cancelación de la personería jurídica ordenará a la autoridad competente la cancelación y posterior liquidación de la persona jurídica.

Artículo 100M. Intervención de la persona jurídica. Dentro de los procesos penales seguidos contra personas jurídicas, una vez formulada la imputación correspondiente, la Fiscalía General de la Nación podrá solicitar como medida cautelar la intervención de la persona jurídica imputada por parte de la autoridad competente. Esta medida cautelar procederá cuando se acredite la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida, para evitar que la persona jurídica se insolvente, sus bienes sean sustraídos o enajenados o se continúe realizando la conducta punible.

La intervención podrá afectar la totalidad o alguna instalación, sección, dependencia o unidad de negocio de la persona jurídica.

El juez deberá fijar exactamente el contenido y alcances de la intervención, determinar la autoridad a cargo de la intervención, el tiempo y las medidas de seguimiento de la intervención.

El interventor estará facultado para acceder a todos los espacios establecidos en la medida decretada por el juez y recabar la información que estime necesaria para el ejercicio de sus funciones, debiendo guardar estricta confidencialidad respecto de la información secreta o reservada de la persona jurídica.

Artículo 100N. Sanciones accesorias. Serán sanciones accesorias a las establecidas en el artículo 100F las siguientes:

1. **Publicación de la parte resolutive de la sentencia:** El juez ordenará la publicación de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en un diario de amplia circulación nacional a cargo de la persona jurídica sancionada.
2. **Incautación de bienes.** El juez podrá ordenar la incautación de bienes o de recursos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de conductas punibles como medio o instrumentos para la ejecución del mismo; lo anterior sin perjuicio de la iniciación de las posibles acciones de extinción de dominio que puedan llegar a darse.

Artículo 100O. Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Las personas jurídicas que posean la calidad de matrices serán responsables y sancionadas en los casos en que las personas jurídicas de carácter subsidiario o las personas naturales de sus filiales o subsidiarias incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el artículo 100A, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o su consentimiento.

El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización de la persona jurídica, transformación, fusión, absorción, escisión o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica, liquidación, cualquier modificación societaria o acto que pueda afectar la personalidad jurídica no impide la atribución de responsabilidad a la misma. La responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Si se impone la sanción de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de escisión, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de esta.
2. En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transferirá a los socios y partícipes en el capital, de forma solidaria.
3. Subsistirá la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de delitos cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Artículo 100P. Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Son causales de extinción de la acción penal de la persona jurídica:

1. El desistimiento.
2. La prescripción.
3. La oblación.
4. El pago en los casos previstos en la ley.

5. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.
6. La retractación en los casos previstos en la ley.
7. Las demás que consagre la ley.

Parágrafo. La extinción de la acción contra las personas naturales autoras o partícipes del hecho delictivo no afectará la vigencia de la acción penal contra la persona jurídica.

Artículo 100Q. Aplicación normativa. Para la indagación, investigación y juzgamiento penal a las personas jurídicas se aplicarán las disposiciones establecidas en el Código de Penal, Código de Procedimiento Penal, Código General del Proceso y en las leyes especiales respectivas, siempre que estas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas.

Artículo 100R. Negociaciones, preacuerdos y principio de oportunidad. En el curso de las investigaciones seguidas contra personas jurídicas, la Fiscalía General de la Nación podrá iniciar, adelantar y llevar hasta su culminación procesos de negociación tendientes a la celebración de preacuerdos de culpabilidad o el otorgamiento de principios de oportunidad, a favor de la persona jurídica.

Para dar inicio al proceso de negociación con la persona jurídica no se requerirá dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, cuando la Fiscalía General de la Nación así lo considere conveniente para asegurar el mejor interés de las víctimas y lo justifique en el acto que dé inicio a la negociación. En estos casos, la Fiscalía deberá asegurar que en el acuerdo final queden debidamente garantizados los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

La Fiscalía General de la Nación podrá conceder el principio de oportunidad en modalidad de suspensión o interrupción de la acción penal, imponiendo como condición para la renuncia a la persecución penal, además de las que pueden exigirse a las personas naturales, las siguientes:

1. La constitución de un fondo para la reparación colectiva a la comunidad.
2. Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad.
3. Informar periódicamente su estado financiero.
4. Cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente por la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio Público.

Parágrafo. El principio de oportunidad no podrá aplicarse cuando la conducta se realice respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo,

tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.

Artículo 100S. Suspensión de la sanción. Si en la sentencia condenatoria el juez impusiere sanción de multa, podrá, mediante decisión fundada y de manera excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa, disponer la suspensión de la ejecución de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a seis (6) meses ni superior a cinco (5) años.

Tratándose de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiese causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia. Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito.

Artículo 3º. Adiciónese el artículo 6A a la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 6A. Debido proceso de la persona jurídica. A las personas jurídicas se les procesará conforme a las reglas establecidas en la Ley 906 de 2004 con sus adiciones y modificaciones. A la persona jurídica se le citará a través de su representante legal, quien la representará en las diligencias de indagación, investigación y juzgamiento.

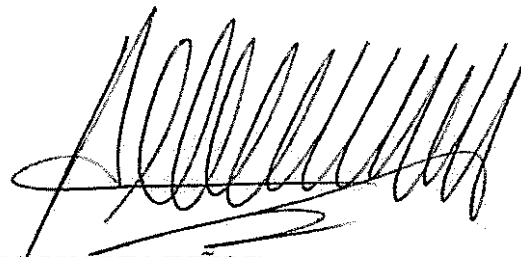
Cuando el representante legal esté siendo procesado por los mismos hechos que la persona jurídica, se designará a otra persona para que la represente en la actuación. Lo anterior, sin perjuicio del derecho que tiene la persona jurídica a designar un defensor de confianza.

Artículo 4º. Representación de la persona jurídica. El Representante Legal será el representante de la persona jurídica en la etapa de indagación, investigación y juzgamiento, quien podrá designar un defensor de confianza.

Si citado a comparecer, el representante legal de la persona jurídica imputada no se presenta, sin que exista justificación objetiva válida, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriera a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación.

Artículo 5º. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Atentamente,



ALIRIO URIBE MUÑOZ
Representante a la Cámara
Pacto Histórico - Circunscripción Bogotá

PROYECTO DE LEY NÚMERO 410 DE 2024 CÁMARA

por medio de la cual se establece el Régimen de Responsabilidad Penal para Personas Jurídicas.

I. Objeto

El presente proyecto de ley tiene como objeto crear el régimen jurídico de responsabilidad penal para las personas jurídicas, en cumplimiento de las recomendaciones realizadas por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad y de las disposiciones que se vienen desarrollando en Naciones Unidas en el marco de la discusión del instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales (ETN) y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

II. Antecedentes

En el Congreso de la República se han presentado cuatro iniciativas legislativas que han buscado crear el régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas, las cuales han sido archivadas en virtud del artículo 162 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 190 Ley 5ª de 1992:

Proyecto de Ley número 117 de 2018 Senado y 256 de 2018 Cámara, *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.*

Autores: Procurador General de la Nación, *Fernando Carrillo Flórez*; Ministra del Interior, *Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda*; Ministra de Justicia y del Derecho, *Gloria María Borrero Restrepo*.

Radicado: agosto 28 de 2018 en la Secretaría General del Senado de la República.

Proyecto de Ley número 149 de 2020 Cámara, *por medio del cual se establece el régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas*

Autor: *Edward David Rodríguez Rodríguez*.

Radicado: julio 20 de 2020.

Proyecto de Ley número 178 de 2020 Senado, *por la cual se establece la responsabilidad penal*

de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional, y delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y se dictan otras disposiciones.

Autores: *Juan Luis Castro Córdoba.*

Radicado: julio 30 de 2020.

Proyecto de Ley número 076 de 2021 Cámara, por medio del cual se establece el régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas.

Autores: *Edward David Rodríguez Rodríguez, Juan Carlos Lozada Vargas, Carlos Germán Navas Talero.*

Radicado: julio 21 de 2021.

III. Audiencias Públicas

Audiencia Pública sobre Empresas y Derechos Humanos (30 de marzo de 2023).

El propósito de esta Audiencia Pública fue poder conocer la posición del Gobierno nacional en materia de Empresas y Derechos Humanos, y su participación en la construcción del tratado jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

El proceso de negociación del Tratado Vinculante de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, tuvo su último período de negociación en Ginebra del 24 al 28 de octubre, con el propósito de buscar una respuesta de la comunidad internacional a la problemática de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales, por lo que el propósito de la audiencia fue invitar a que Colombia se convierta en impulsor de esta iniciativa ante la comunidad internacional.

Audiencia Pública sobre Empresas y Derechos Humanos (05 de octubre de 2023).

El propósito de esta Audiencia Pública fue lograr un diálogo intersectorial sobre el último borrador del Tratado Vinculante sobre Empresas Transnacionales (ETN) y derechos humanos, dotar al Estado colombiano de insumos y hacerle un llamado para que en las negociaciones del 23 y el 27 de octubre en Naciones Unidas, Colombia llegue con una postura decidida a favor del tratado.

Audiencia Pública “Marcos regulatorios en derechos humanos para las empresas transnacionales: del Tratado Vinculante de Naciones Unidas a una Ley Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas” (7 de junio de 2024).

El propósito de esta Audiencia Pública fue armonizar los contenidos del Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos con el ordenamiento jurídico interno, iniciando por la implementación de la responsabilidad penal para las personas jurídicas por medio de la presentación de un proyecto de ley.

Se propone que desde el Ministerio de Justicia se tengan los procedimientos necesarios para que las empresas puedan responder civil, penal y administrativamente; desde el Ministerio de Comercio se tengan los lineamientos y directrices claras sobre los deberes que deben tener las empresas en protección y prevención de vulneraciones a los

derechos humanos; que desde los Ministerios de Minas, Ambiente y Agricultura, las concesiones y contratos que se hagan con empresas contemplen cláusulas de protección y prevención de los derechos humanos; la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, cuente con los elementos necesarios para contestar las demandas que presentan estas empresas a nivel internacional; y así con cada una de las entidades que componen el Gobierno nacional.

Lo que se buscaba con esta audiencia es que Colombia en este gobierno, en el Gobierno del Cambio, sea pionero en implementar una regulación efectiva en materia de empresas y derechos humanos, que puedan seguir los países de la región y así marcar un hito para consolidar la justicia social, económica y ambiental de nuestro país y atender así las demandas de las organizaciones sociales y territoriales para que prime el respeto de los derechos humanos por encima de los acuerdos comerciales y así alcanzar la paz social que necesita nuestro país y nuestro continente.

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INICIATIVA

• Empresas y Derechos Humanos en Colombia

A principios del Siglo XX, Colombia incursionó en el plano de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) caracterizándose por ser un compromiso empresarial, voluntario, que busca identificar y remediar el impacto de la actividad empresarial¹ por medio de la presentación de informes denominados “balance social” por parte de las empresas, los cuales pretendían medir la política social implementada por las empresas² y del surgimiento de procesos organizativos como el Comité Colombiano de Responsabilidad Social Empresarial, que se convirtió en una “herramienta de gestión empresarial que permite evaluar el desempeño de la organización en su gestión social, construir una estrategia de negocio y mejorar la competitividad a través de la construcción de una guía de RSE”³.

De esa forma, se inicia en Colombia el espejismo de la responsabilidad de las empresas, promovido por el Estado colombiano quien en su afán de ser vanguardista y mostrar resultados en materia de derechos humanos y empresas, con el apoyo de Estados Unidos y otros Estados europeos, crea

¹ Correa, M., & Roa, J.E. (2019). Derechos Humanos, responsabilidad social empresarial y Principios Ruggie en la jurisprudencia constitucional colombianas. En J. Tole., Derechos Humanos y la actividad empresarial en Colombia (págs. 151 - 196). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

² Ibarra Padilla, A. (2014). Principios de la responsabilidad social empresarial en el ordenamiento jurídico colombiano. Revista de Derecho Universidad del Norte, 54-56. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85131029003.pdf>

³ Correa, J. (2007). Evolución histórica de los conceptos de Responsabilidad Social Empresarial y Balance Social. Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, 87-102.

escenarios como el *Comité Minero Energético de Seguridad y Derechos Humanos* (CME) en el año 2003, con el propósito de “mejorar el desempeño en DDHH en lo relacionado con la Seguridad, en los entornos de la operación empresarial en Colombia”⁴, a través de la incidencia en política pública, la generación de conocimiento, herramientas, buenas prácticas y la promoción de la debida diligencia, siendo enfático en señalar que no expide normas vinculantes para las empresas, no juzga ni sanciona el comportamiento de estas, ya que es un poder exclusivo del Estado colombiano.

El mandato del CME es promover la implementación de los *Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos*⁵ en las prácticas y procesos que diariamente desarrollan las empresas, al igual que en el relacionamiento con el personal de la seguridad pública y privada. Sin embargo, para Tierra Digna, la implementación de estos principios “carece de aportes de actores en los escalafones más alejados de los centros de poder y la toma de decisiones”, es decir, su ejecución y planeación es realizada por personas, “expertas”, que no incorporan las perspectivas locales, regionales, comunitarias y sociales del país⁶.

En el año 2006 se crean las *Guías Colombia en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* como una “iniciativa multiactor de carácter voluntario que reúne a empresas de distintos sectores económicos, entidades del Estado, organizaciones de la sociedad civil y organizaciones internacionales”, cuya misión es “contribuir a mejorar la situación de DDHH y DIH en el país, a partir de la generación de lineamientos prácticos en debida diligencia para empresas que promuevan

operaciones respetuosas de los DDHH”⁷. No obstante, para Tierra Digna, espacios como el CME y Guías Colombia,

*no reconocen adecuadamente las tipologías precisas de derechos humanos afectados por las empresas, las dinámicas de funcionamiento de los espacios que los operacionalizan (en Colombia Comité Minero-Energético y Guías Colombia) no involucran en condición de actores a los afectados ni a las organizaciones de la sociedad civil conocedoras de las problemáticas, y su línea de abordaje conceptual y metodológico parte de un esquema de arriba hacia abajo basada en lineamientos internacionales, guías de desempeño e indicadores elaborados por “expertos” o ONG cercanas a las empresas. No se involucra adecuadamente a las comunidades ubicadas en el escalafón más lejano a los centros de decisión, lo que impide la superación de las asimetrías marcadas por el poder de las empresas*⁸.

Posteriormente, en el año 2008 se crea la *Guía Técnica Colombiana 180 de Responsabilidad Social* por el Icontec, que proporciona las directrices para establecer, implementar, mantener y mejorar de forma continua un enfoque de responsabilidad social en la gestión y propender por involucrar a los stakeholders (partes interesadas) en un desempeño socialmente responsable. Dos años después, surgen las normas ISO 26000 *Guía sobre responsabilidad social* como una guía global para las organizaciones del sector público y privado de todo tipo, basada en un consenso internacional que promueve la aplicación de las mejores prácticas sobre responsabilidad social por parte de las empresas de todo el mundo.

No obstante, la naturaleza jurídica de estas normas (Icontec e ISO) se enmarcan como disposiciones de soft law, al compartir un carácter voluntario y no coercitivo, razón por la cual su implementación atiende al carácter potestativo de las empresas.

A diferencia de estas normas voluntarias, existe una obligación para las empresas sometidas a vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades de presentar un informe el cual debe evidenciar la adopción de buenas prácticas empresariales y de buen gobierno corporativo so pena de incurrir en sanciones de tipo societario y penal por el incumplimiento de una obligación legal.

En el año 2011, mediante el Decreto 4100 se crea y organiza el *Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*,

⁴ Comité Minero Energético de Seguridad y Derechos Humanos. (2021). Qué es, propósito y visión del CME. Disponible en: <http://cmecolombia.co/que-es-proposito-y-vision-del-cme/>

⁵ Los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos (PV) fueron lanzados en diciembre de 2000 por el Departamento de Estado del gobierno de los Estados Unidos y la Oficina de Asuntos Exteriores del Reino Unido, luego de un proceso de un año que involucró a representantes de dichos gobiernos, ONG y compañías de los sectores de petróleo, minas y gas con casas matrices en los países participantes. Los Principios ofrecen guías prácticas para que las compañías que operan en zonas de conflicto o de gobernabilidad frágil se aseguren de que las fuerzas de seguridad pública o privada, que protegen sus operaciones, actúen bajo el marco de los derechos humanos. Esta iniciativa fue necesaria dada la preocupación internacional por el comportamiento de las fuerzas de seguridad en la protección de las instalaciones petroleras y mineras en distintas partes del mundo. Obtenido de: <https://www.international-alert.org/publications/principios-voluntarios-en-seguridad-y-derechos-humanos>

⁶ Tierra Digna. (2015). Seguridad y Derechos Humanos ¿PARA QUIÉN? Bogotá: Editora 3 LTDA. Disponible en: https://tierradigna.org/pdfs/INFORME-SEGURIDAD-Y-DERECHOS%20HUMANOS-TIERRA%20DIGNA_WEB.pdf

⁷ Fundación Ideas para la Paz. (2018). Guía para la debida diligencia en ddhh y dih en la cadena de suministro. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2018/080730-Guia-para-Debida-Diligencia-DDHH-DIH-Cadena-suministro.pdf>

⁸ Tierra Digna. (2015). Seguridad y Derechos Humanos ¿PARA QUIÉN? Bogotá: Editora 3 LTDA. Disponible en: https://tierradigna.org/pdfs/INFORME-SEGURIDAD-Y-DERECHOS%20HUMANOS-TIERRA%20DIGNA_WEB.pdf

con el fin de articular a las entidades e instancias del orden nacional y territorial, y coordinar sus acciones para promover el respeto y garantía de los DDHH y la aplicación del DIH, mediante el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y el diseño y consolidación de las políticas públicas sectoriales con enfoque de derechos y enfoque diferencial.

De esa forma, bajo el paraguas de una política pública sobre derechos humanos, en Colombia se empiezan a desarrollar espacios y herramientas en la materia, creando un espejismo de gobernanza por parte del Estado en derechos humanos, por lo que, ese mismo año y con el objetivo de ingresar a la OCDE, Colombia se adhirió a la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales adoptando así las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, instrumento constitutivo de la Declaración.

En virtud de las disposiciones de estas Directrices, Colombia debía establecer un Punto Nacional de Contacto, así como el procedimiento para la puesta en práctica de este instrumento según lo establecido en la *Decisión del Consejo sobre las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE*, razón por la cual, en el año 2012 se crea el Punto Nacional de Contacto por medio del Decreto número 1400 del 2012 con la finalidad de promover el conocimiento y la eficacia de las Directrices de la OCDE entre las entidades y organismos estatales, el sector empresarial, las organizaciones sindicales, las organizaciones no gubernamentales y demás actores interesados.

Entre las funciones del PNC establecidas en el Decreto número 1400, se encuentran, servir de foro de discusión, ayudando a las partes interesadas a resolver los problemas planteados en las instancias específicas, de manera eficiente, oportuna y de conformidad con las Líneas Directrices. Sobre esta función, el PNC colombiano establece un procedimiento compuesto por una etapa inicial⁹, de mediación¹⁰ y de examen

final¹¹, al cual, a la fecha, se conocen solo tres casos¹² que se hayan sometido al Punto Nacional de Contacto, donde solo uno de ellos dispone de una evaluación final¹³.

Otra de las funciones que se señalan en el decreto, es la de cooperar con los PNCs de los demás países adherentes a las Líneas Directrices, a lo que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo informa que el PNC de Colombia participó como observador en el de Noruega (2013) y en el de Estados Unidos (2017); y como par en el de Argentina (2019).

Actualmente, Colombia hace parte del proyecto CERAL con el propósito de recibir asistencia técnica para el período 2020-2022 por medio del desarrollo de una hoja de ruta que ya se encuentra finalizada en coordinación con la OCDE, con actividades de asistencia técnica basadas principalmente en el arreglo institucional, promoción y coherencia e instancias específicas del Punto Nacional de Contacto.

Si bien los PNCs son importantes y pueden llegar a unificar los criterios sobre los cuales se permita construir una base sólida de interpretación respecto a las Directrices de la OCDE, los PNCs no cuentan con medios para garantizar la participación activa o el cumplimiento de las recomendaciones hechas a las empresas multinacionales, ya que, al tener un carácter voluntario,

*las Directrices para Empresas Multinacionales son incapaces de asegurar que tales recomendaciones van a ser efectivamente puestas en práctica por las empresas, o bien, que los resultados y llamados que hagan los Puntos de Contacto Nacional a empresas para participar en las instancias específicas por supuestas violaciones a las Directrices tengan algún tipo de efecto*¹⁴.

deberán contar con amplia experiencia en resolución de conflictos. Estos terceros deberán observar todas las disposiciones contenidas en las Directrices y en el presente decreto.

⁹ Artículo 14. Procedencia. Cualquier persona natural o jurídica que se sienta afectada directa o indirectamente, podrá presentar un caso específico ante el Punto Nacional de Contacto por el posible incumplimiento de las Directrices por parte de una empresa multinacional.

Artículo 19. Evaluación inicial del caso. El Punto Nacional de Contacto deberá hacer una evaluación inicial para establecer si se debe continuar o no con el análisis del caso, determinando si será aceptado o rechazado.

¹⁰ Artículo 24. Cuando el Punto Nacional de Contacto en su evaluación inicial decida aceptar el caso específico, ofrecerá sus buenos oficios para facilitar a las Partes una resolución del caso a través de la mediación. El PNC en el proceso de mediación proporcionará un escenario y una oportunidad para que las Partes puedan discutir los temas planteados en el caso.

Parágrafo 1°. La etapa de mediación será de carácter confidencial. Solamente será público el acuerdo final al que lleguen las Partes, el cual deberá constar por escrito. Dicho acuerdo será publicado como parte de la evaluación final del caso.

Parágrafo 2°. La mediación podrá ser adelantada por terceros distintos al Punto Nacional de Contacto, quienes

¹¹ Artículo 31. El examen final del caso por parte del Punto Nacional de Contacto procederá en los siguientes casos:
a) Cuando las Partes no hayan aceptado la mediación.
b) Cuando habiendo aceptado la mediación, no se llegó a un acuerdo total.

¹² De acuerdo con Martínez y Carrillo (2019) “hasta el momento hay información pública sobre tres casos que se hayan sometido al Punto Nacional de Contacto de Colombia: los casos Hoteles Decamerón, Drummond y DHL” (p.328).

¹³ Martínez Luna, W. F., & Carrillo - Santarelli, N. (2019). La responsabilidad empresarial en Colombia: un análisis desde el derecho interno y el derecho internacional público y privado. En J. Tole., Desafíos para la Regulación de los Derechos Humanos y las Empresas: ¿cómo lograr proteger, respetar y remediar? (págs. 315 - 373). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

¹⁴ Cantú Rivera, H. (2014). La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional. (U. N.-I. Jurídicas, Ed.) Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 611 - 458. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a16.pdf>

Al respecto, cabe mencionar que con la creación e implementación del PNC colombiano se inició el reconocimiento e implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en correlación con las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Sin embargo, han pasado ocho años desde su creación y solo se han tramitado tres casos, en un país, catalogado por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo como un paraíso para las transnacionales, debido a la permisividad de los gobiernos colombianos para que se violen los derechos fundamentales de los trabajadores y los convenios internacionales por parte de las ETN¹⁵.

Lo que evidencia lo anterior, es que Colombia, al ser un Estado con una gran presencia de empresas transnacionales, no ha socializado, publicado y promovido el Punto Nacional de Contacto, sus funciones e importancia en la solución de controversias derivadas de la vulneración a los derechos humanos. A ello se suma, que los casos conocidos en el PNC no son públicos, imposibilitando así conocer las decisiones que se toman en cada caso, la interpretación que se realiza de las Líneas Directrices de la OCDE y su aplicación al caso concreto.

El desconocimiento del PNC también se evidencia en el número de acciones de tutela, acciones de grupo y demandas de constitucionalidad que se han presentado en la jurisdicción ordinaria sobre las violaciones a los derechos políticos, económicos y sociales por parte de las empresas transnacionales, con especial énfasis en las comunidades indígenas y afrocolombianas. De esa forma, el protagonismo en la solución de controversias entre individuos o comunidades versus empresas, se lo lleva la justicia ordinaria, pero en especial la constitucional, catalogada por Correa y Roa como el “mecanismo institucional necesario e idóneo para avanzar en la protección de los derechos humanos por parte de las empresas”¹⁶. Así, para estos autores, la Corte, en su rol de juez constitucional, al basar sus decisiones en la responsabilidad social empresarial y los Principios Rectores de Naciones Unidas, es la instancia eficaz e idónea para decidir ante la vulneración de los derechos humanos por parte de las empresas.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia SU - 123 de 2018 hace un llamamiento a las empresas a incorporar los deberes de debida diligencia en cumplimiento de los mandatos constitucionales establecidos en el artículo 333 y al Principio 17¹⁷

de la Declaración de Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. A lo que, el Estado respondió expidiendo una *Guía para la debida diligencia en la cadena de suministros*, instrumento de autorregulación, de aplicación voluntaria, que ofrece lineamientos a las empresas en el ejercicio de la debida diligencia en derechos humanos en sus cadenas de suministro, mediante una gestión responsable y transparente en sus relaciones con proveedores y contratistas.

En Sentencia T-732 de 2016 la Corte Constitucional precisó que los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos no crean nuevas obligaciones dado que estos principios hacen referencia expresa a la Carta Internacional de los Derechos Humanos¹⁸ ratificada por Colombia, sino que establecen lineamientos para que los Estados y las empresas respeten los derechos humanos, aseguren que no se cometan violaciones y, en caso de que ocurran, se garantice su reparación.

Asimismo, señaló que para el desarrollo de los tres pilares que contienen los PR (proteger, respetar y remediar), cada uno de los Estados debe adoptar Planes de Acción, proferir normas y tomar medidas administrativas, haciendo énfasis que, en diciembre de 2015 la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos elaboró un Plan Nacional de Acción:

El Plan es un instrumento de política pública a 3 años que tiene como objeto armonizar la actividad empresarial y la protección de los derechos humanos. Fija algunas responsabilidades a las principales autoridades estatales para empezar a aplicar los Principios de Naciones Unidas, por ejemplo, reconoce el papel del Estado como uno de los principales actores económicos y señala que el Ministerio de Ambiente y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales “fortalecerán la presencia de requisitos de respeto a los derechos humanos tanto en lo relativo a los Estudios de Impacto Ambiental de las empresas como a los Planes Empresariales de Manejo de Riesgos Sociales y en derechos humanos (Corte Constitucional, Sentencia T-732, 2016).

Este PNA denominado “*Colombia Avanza*”, se implementó en el marco de la política pública de Empresas y Derechos Humanos, desarrollándose entre los años 2014-2015 en medio de la solicitud de adhesión de Colombia como miembro de la OCDE y las negociaciones del proceso de paz entre el Estado Colombiano y la antigua guerrilla de las Farc-EP, por una vigencia de tres años, bajo ocho lineamientos¹⁹ cuyo objetivo principal estaba

derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos.

¹⁵ Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. (12 de marzo de 2012). Colombia es un paraíso para las transnacionales. Disponible en: <https://www.colectivodeabogados.org/colombia-es-un-paraiso-para-las-transnacionales/>

¹⁶ Correa, M., & Roa, J.E. (2019). Derechos Humanos, responsabilidad social empresarial y Principios Ruggie en la jurisprudencia constitucional colombianas. En J. Tole., Derechos Humanos y la actividad empresarial en Colombia (págs. 151 - 196). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

¹⁷ Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder las consecuencias negativas de sus actividades sobre los

¹⁸ La llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos está integrada por La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obtenido de: <https://www.un.org/es/sections/what-we-do/protect-human-rights/>

¹⁹ Para Tole (2019) el Plan Nacional de Acción se diseñó a partir de los siguientes lineamientos: (i) Enfoque basado

dirigido a que el Estado colombiano cumpla con su obligación de proteger, las empresas cumplan con su deber de respetar y en caso de producirse vulneraciones a los derechos humanos, remediar²⁰.

En el PNA se definieron 11 líneas de acción desagregadas en 86 acciones, las cuales tuvieron seguimiento por parte de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos quien elaboró dos informes, el primero publicado en mayo de 2017²¹ y el segundo en agosto de 2018²², señalando en este último, que se había logrado un avance del 86% en la implementación de sus acciones. Sin embargo, para la Fundación Ideas para la Paz, “los avances de las acciones, fueron descritos de manera cualitativa”²³, por lo que no era posible establecer un porcentaje de avance certero del PNA al cierre de su vigencia en diciembre de 2018.

De esa forma, Colombia se convirtió en el primer país no europeo en tener un Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas. No obstante, este reconocimiento no significa tener el mejor instrumento de política pública. Entre las principales críticas se encuentra la falta de participación de las comunidades y de la sociedad civil en general, y la inexistencia de un mecanismo de sanción, lo cual genera impunidad frente a los impactos negativos ocasionados por la actividad de las empresas.

Para la organización Tierra Digna, “el proceso de construcción del PNA se llevó a cabo sin contar con las comunidades afectadas por violaciones de DDHH por parte de Empresas, tratándolas como meras

en Derechos Humanos, (ii) Coherencia con otras normas y estándares internacionales, (iii) Enfoque diferencial, (iv) Énfasis territorial, (v) Priorización sectorial, (vi) Insumo para el posconflicto y la construcción de paz, (vii) Coordinación y articulación, y (viii) Liderazgo compartido de la implementación.

²⁰ Tole, J. (2019). El primer país no europeo en implementar el Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y empresas: avances, críticas y retos para Colombia. En J. Tole., Desafíos para la Regulación de los Derechos Humanos y las Empresas: ¿cómo lograr proteger, respetar y remediar? (págs. 209 - 246). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

²¹ Consejería Presidencial para los Derechos Humanos (2017). Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa. Informe de avances en la implementación. Actualización mayo 2017. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2017/170523-Informe-empresas-ac2.pdf>

²² Consejería Presidencial para los Derechos Humanos (2018). 2° Informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas 2017-2018. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2018/Informe%20seguimiento%20PNA%20E%20y%20DDHH%202018.pdf>

²³ Fundación Ideas para la Paz. (2019). Planes Nacionales de Acción en Empresas y Derechos Humanos: Planes Nacionales de Acción en Empresas y Derechos Humanos Mínimos para la elaboración e implementación exitosa en Colombia. Disponible en: <http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/5d306cdcd0a3e.pdf>

receptoras de la política pública, sin proporcionar una participación efectiva en su formulación”²⁴. Asimismo dicha ONG señala que el PNA desconoce que las empresas son generadoras de conflictos territoriales en la ejecución de sus actividades, es decir, no reconoce que las empresas son generadoras de violaciones a los derechos humanos, por lo que tampoco ofrece ningún tipo de garantía para las víctimas, ya que, deben hacer los reclamos y quejas ante el agente violador de sus derechos, dado que en las empresas recae la recepción de quejas y reclamos, sin prever ningún mecanismo en el caso en que la empresa no responda a las solicitudes planteadas.

El PNA terminó su vigencia en diciembre de 2018 coincidiendo con la salida del gobierno del Presidente Juan Manuel Santos. Por lo que, la segunda versión del PNA responde a los lineamientos del gobierno del Presidente Iván Duque Márquez y el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, bajo la dirección de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, quien heredó un documento realizado en el año 2018 bajo el gobierno anterior, con propuestas para la actualización del PNA bajo cinco ejes específicos: i). Órganos de gobernanza; ii). El deber del Estado de proteger; iii). El deber de las empresas de respetar; iv) El acceso a mecanismos de remediación; y v) Mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación.

Para la Fundación Ideas para la Paz, es importante que, en el proceso de construcción de la segunda versión del PNA colombiano, el Gobierno nacional tenga en cuenta las Líneas Directrices y Guías de la OCDE con el objetivo de fortalecer la política en materia de empresas y derechos humanos, así como, integrar un compromiso de actualización dentro del PNA, para que cuando se acerque el periodo de cierre de su vigencia, se empiece a planificar su actualización o una nueva versión, que ponga en práctica las lecciones aprendidas en materia de formulación, implementación y revisión, y así evitar vacíos de política entre una versión y otra²⁵.

La segunda versión del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos “*Juntos lo Hacemos Posible Resiliencia y Solidaridad*” fue lanzado el 10 de diciembre de 2020 con el objetivo general de garantizar que durante la coyuntura ocasionada por la COVID-19 así como en la fase de reactivación económica y social para la superación de esta: el Estado proteja adecuadamente los derechos humanos, las actividades empresariales sean respetuosas de estos derechos y se permita a

²⁴ Tierra Digna. (2016). Las 7 perlas del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Disponible en: <https://tierradigna.org/empresas-y-derechos-humanos/2016/03/09/las-7-perlas-del-plan-nacional-de-accion-de-empresas-y-derechos-humanos>

²⁵ Fundación Ideas para la Paz. (2019). Planes Nacionales de Acción en Empresas y Derechos Humanos: Planes Nacionales de Acción en Empresas y Derechos Humanos Mínimos para la elaboración e implementación exitosa en Colombia. Disponible en: <http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/5d306cdcd0a3e.pdf>

las víctimas de afectaciones a tener acceso a una reparación efectiva²⁶.

Su composición se basa en los cinco ejes recomendados, haciendo énfasis en tres pilares, los cuales se fundamentan en los Principios Rectores de Naciones Unidas (garantía, respeto y acceso a mecanismos de reparación) de la siguiente forma: el Pilar Fundamental 1. *La obligación de proteger los derechos humanos a cargo del Estado* que cuenta con nueve ejes; el Pilar Fundamental 2. *El deber de las empresas en el respeto de los derechos humanos* que cuenta con cuatro ejes y el Pilar Fundamental 3. *El acceso a los mecanismos de reparación* que cuenta con dos ejes, los cuales fueron concertados con más de veinte entidades del Gobierno nacional y de los principales sectores productivos del país²⁷.

Sin embargo, las organizaciones no gubernamentales del país que se agruparon en La Mesa Nacional de ONG sobre Empresas y Derechos Humanos, rechazan el proceso y el nuevo Plan Nacional de Acción, dado que, el nuevo Plan plantea exactamente los mismos vacíos evidenciados desde hace más de cuatro años por la sociedad civil, al no contar con una “participación real y efectiva de la sociedad civil y de las comunidades víctimas de actividades empresariales” y su contenido “no constituye una política de Estado, ni plantea herramientas idóneas para la reparación integral de violaciones a los derechos humanos, ni contempla un enfoque preventivo frente a las mismas”, dado que, no incluye indicadores y sus ejes no establecen un efectivo y real compromiso por parte de las empresas en materia de derechos humanos.

²⁶ Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. (2020). Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020/2022 “Juntos lo Hacemos Posible Resiliencia y Solidaridad”. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2020/Documents/Plan-Nacional-de-Accion-de-Empresa-y-Derechos-Humanos.pdf>

²⁷ De acuerdo con la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos (2021), los principales sectores productivos del país se encuentran representados en los siguientes gremios empresariales: Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), Asociación Colombiana de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (ACOPI), Cámara Colombiana de Petróleo, Gas y Energía (CAM-PETROL), Confederación Nacional de Cámaras de Comercio (CONFECAMARAS), Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO), Cámara Colombiana de la Construcción (CAMACOL), Asociación Nacional de Agencias de Viajes y Turismo (ANATO), Asociación Nacional de Comercio Exterior (ANALDEX), Asociación Colombiana de Petróleo (ACP), Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones de Colombia (ANDESCO), Asociación Colombiana de Minería (ACM), Cámara Colombiana de la Energía (CCE-ENERGIA) y la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF). Obtenido de Respuesta a su solicitud sobre Plan de Empresas y Derechos Humanos OFI21-00002977 / IDM 13050000.

Bajo esas y otras consideraciones²⁸, instan a los organismos internacionales a no reconocer la segunda versión del PNA como un mecanismo idóneo para la protección de los derechos humanos, ni a considerarlo como un avance de parte del Estado colombiano en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia, por lo que, solicitan que el Gobierno nacional replantee su postura negligente en la materia y adopte los correctivos necesarios para ajustar el PNA a los estándares internacionales.

Es así, como después de dos años de demoras injustificadas para la publicación e implementación de la segunda versión del PNA, tenemos en la actualidad un instrumento rechazado por la sociedad civil y un texto que no cumple con las obligaciones internacionales que ha suscrito el Estado colombiano en materia de derechos humanos, cuestionando el compromiso del gobierno sobre la política de derechos humanos y en especial, la de derechos humanos y empresas, generando un retroceso en los instrumentos de política pública y convirtiendo a Colombia en el primer Estado no europeo en tener un Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa que es rechazado por la sociedad civil.

Hasta este momento, se puede afirmar que en Colombia existen varias disposiciones legales y políticas encaminadas a que las empresas respeten, protejan y reparen los derechos humanos. No obstante, el espejismo de la responsabilidad de las empresas se evidencia en que los esfuerzos realizados por el Estado colombiano resultan insuficientes en materia de sanción y responsabilidad de las empresas, lo cual responde en gran medida al conflicto existente entre las obligaciones derivadas del régimen de promoción y protección de la inversión extranjera con el derecho internacional de los derechos humanos.

Colombia ha suscrito aproximadamente veinticinco acuerdos internacionales de inversión teniendo que realizar algunas reformas constitucionales y legales con el propósito de garantizar las condiciones de seguridad jurídica para los inversionistas extranjeros. Bajo esas nuevas disposiciones, se han provocado restricciones en la capacidad regulatoria del Estado en materia de derechos humanos, bajo la amenaza de la imposición de multimillonarias sanciones monetarias.

Por ejemplo, mientras que la Corte Constitucional colombiana decidió proteger los derechos de la comunidad de Marmato en cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado en materia de derechos humanos, otras autoridades estatales como la Agencia Nacional de Minería o la Agencia Jurídica para la Defensa del Estado decidieron apoyar el reclamo de la

²⁸ Las demás consideraciones pueden ser consultadas en <https://www.justiciaypazcolombia.com/pronunciamiento-publico-rechazo-de-nueva-version-del-plan-nacional-de-accion-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>.

*compañía, la cual, a su vez, decidió demandar al Estado ante el ISDS*²⁹.

De esa forma, el derecho internacional de las inversiones y los tribunales de arbitramento, en cierta medida, inhiben las decisiones de los tribunales nacionales y restringen la capacidad de las autoridades nacionales de actuar conforme a sus obligaciones constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos so pena de incurrir en posibles incumplimientos ante el sistema internacional de inversiones, resultado de esto, es que Colombia actualmente cuenta con once demandas ante el Sistema de Arbitraje de Inversiones.

Al respecto, Greenpeace, en un informe de 2013, señaló que a partir del 2001 el gobierno nacional reestructura la regulación del sector minero para facilitar y fomentar la inversión transnacional, prevaleciendo el interés minero sobre la protección ambiental. Esto evidencia una preeminencia a los derechos de inversión extranjera sobre los derechos humanos por parte del Estado colombiano, existiendo todo un aparato legal e institucional de promoción y protección a los inversionistas que les permite activar el sistema de arbitraje cuando consideren que están siendo vulnerados sus derechos y expectativas mientras que en materia de protección de los derechos humanos no existen disposiciones jurídicas vinculantes que permitan hacer reclamaciones cuando se considere se está ante una vulneración.

En ese orden de ideas, la posición de Colombia hasta el año 2022 en el tema de empresas y derechos humanos estuvo encaminada a mantener el espejismo de la responsabilidad de las empresas, al apoyar plenamente la aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y Derechos Humanos, cuyo éxito en consideración de los representantes de los anteriores gobiernos, “radica en su carácter voluntario y en el entendimiento de que es responsabilidad de cada Estado desarrollar dichos Principios de acuerdo con las necesidades y el contexto de cada país”³⁰, por lo que además, consideraban que un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos no es necesario, ya que los derechos que allí se pretenden proteger se encuentran reconocidos en otros instrumentos internacionales, entre ellos, los Acuerdos de Libre Comercio o de Protección y Promoción de Inversiones que han sido suscritos por Colombia, siendo enfáticos en señalar que “Colombia ha expresado reservas frente

a conceptos que en su opinión no resultan claros, entre ellos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas o el alcance de las obligaciones”³¹.

No obstante, con la llegada de Gustavo Petro a la Presidencia de la República este paradigma cambió y Colombia ha mostrado de manera decisiva su interés en liderar y aportar en las discusiones del instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos como se vio evidenciada en la ronda de negociaciones número 8 y número 9 en el seno de Naciones Unidas en Ginebra, Suiza.

De igual manera, según información de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en la Audiencia Pública realizada el pasado 07 de junio, esta entidad viene trabajando sobre la necesidad de impulsar marcos regulatorios obligatorios desde la formulación de una política pública en derechos humanos y empresas, en virtud de lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo “*Colombia Potencia Mundial de la Vida*”, donde se aborda la necesidad de trabajar la agenda de derechos humanos y empresas.

Por lo que, desde finales del año pasado se ha compartido al interior del gobierno un memorando de política pública que fija una posibilidad, unas perspectivas sobre cómo abordar este problema de política pública y propone una discusión al interior de gobierno sobre la necesidad de impulsar la protección de los derechos humanos desde el Estado en la actividad empresarial.

De esa forma, el memorando establece una serie de alternativas y campos de acción para abordar la política pública, incluyendo una serie de alternativas alrededor de promover instrumentos normativos que puedan incluir elementos sobre la obligatoriedad y la vinculación que deben existir alrededor de las obligaciones de respeto a los derechos humanos en la actividad empresarial.

• **Las Empresas en el Conflicto Armado en Colombia**

Colombia lleva más de sesenta años en un conflicto armado no internacional con una amplia participación de actores, entre los que se destacan grupos guerrilleros, grupos paramilitares y el propio Estado. Sin embargo, hay otros actores que si bien tienen grandes responsabilidades en el marco del conflicto son constantemente invisibilizados: las empresas nacionales y transnacionales.

De acuerdo con Wiesner, “se dieron muchos casos de empresas relacionadas con grupos armados, la mayoría con un denominador común, dichas empresas financiaban y apoyaban estos grupos a cambio de seguridad para su personal, sus instalaciones y sus inversiones en la región”³²sobre

²⁹ Sierra - Camargo, J. (2019). Los desafíos del Estado constitucional colombiano frente al sistema internacional de arbitraje de inversiones inversionista-Estado: el caso de Marmato (Caldas). En J. Tole., Derechos Humanos y la actividad empresarial en Colombia (págs. 241 - 308). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

³⁰ Cancillería de Colombia. (2020). Oficio respuesta a Derecho de Petición. Número S-GAIIID-20-022977. Firmado por Mirza Gnecco Plá, Directora de Derechos Humanos y DIH.

³¹ *Ibidem*.

³² Wiesner, H. (2019). La actividad empresarial en los conflictos armados y su influencia en los Derechos Humanos: comentarios al caso colombiano. En J. Tole., Derechos

todo en territorios con gran abundancia de recursos naturales como La Guajira, Magdalena, Meta, Putumayo y Valle del Cauca.

Al respecto y según versiones de exparamilitares, prácticas como el desplazamiento forzado no solo fueron utilizadas como estrategia de guerra, sino que también coincidió con “los intereses económicos tanto de los paramilitares como de las élites económicas locales y las empresas que estuvieron directamente involucradas en los desplazamientos o se beneficiaron de los bajos precios de la tierra y la garantía de permanencia en ella”³³ (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013, p. 71). Sin embargo, su participación en violaciones de derechos humanos va más allá del desplazamiento forzado, la Corporate Accountability and Transitional Justice-Colombia citada por Sánchez León y otros (2018) registra casos de homicidios, creación de grupos paramilitares y proporción de apoyo logístico a grupos paramilitares.

Uno de los ejemplos más emblemáticos, es el caso de la Chiquita Brands International en la década de los noventa, señalada de financiar grupos paramilitares en la región del Urabá Antioqueño y en Santa Marta, impulsando la masiva comisión de crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos por parte de estos grupos, incluyendo desplazamiento forzado, homicidios, tortura, desapariciones forzadas, entre otros crímenes (Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 2008). También numerosas prácticas de adquisición de tierras se realizaron sin respeto de los derechos humanos y sin la debida diligencia, pues como lo señala Velasco (2014), las empresas negociaban predios sin triangular la información sobre la tradición de los inmuebles, aprovechándose de forma directa e indirecta de los conflictos intercomunitarios para acceder a tierras a un menor precio³⁴.

Como resultado de lo anterior, empresas transnacionales como la Drummond, el Grupo Glencore, la Caribbean Resources Corporation y La Luna Mining Limited sucursal Colombia, aprovechándose del conflicto armado, lograron quedarse con los títulos mineros en el Cesar y con las concesiones portuarias y férreas en el

Gran Magdalena. Asimismo, de acuerdo con una investigación realizada por Oxfam en Colombia, se pudo establecer que Cargill, mayor compañía comercializadora de materias primas agrícolas del mundo de acuerdo con una publicación de Forbes en 2011³⁵, adquirió en la región del Vichada, “al menos 52.576 hectáreas que habían sido anteriormente adjudicadas por el Estado a beneficiarios de la reforma agraria, y por lo tanto destinadas exclusivamente a la producción campesina”³⁶, para monocultivos a gran escala, generando consecuencias sobre la seguridad alimentaria, el medio ambiente, el desarrollo rural y las oportunidades de consolidación de economía campesina.

De acuerdo con los informes realizados por el Centro Nacional de Memoria Histórica, otras empresas como Carbones de Colombia S.A. (Carbocol) y una filial de Exxon, Intercor (International Colombia Resources Corporation) en La Guajira son señaladas por procesos de acumulación de tierras para la industria carbonífera, así como la empresa Texaco quien usurpó funciones de las autoridades civiles para ordenar a la fuerza pública la destrucción de viviendas y el destierro de familias en Putumayo.

La participación de las empresas en el conflicto armado colombiano se agudiza con la impunidad y la nula responsabilidad de estas, debido al sinnúmero de dificultades que se presentan a la hora de imputarles responsabilidad, entre las que se destaca,

*la complejidad de la ley que hace que las víctimas desconozcan los caminos legales disponibles, la ineficiencia e incapacidad de la Rama Judicial para investigar todos estos casos, las barreras geográficas que hacen que algunas víctimas no tengan acceso a la justicia, la falta de capacidad económica de estas para impulsar los casos, y la dificultad de encontrar pruebas más allá de la mención del paramilitar, por el paso del tiempo y por la informalidad con que algunas de estas relaciones tuvieron lugar*³⁷.

A lo anterior, se suma la influencia política de las empresas, quienes logran intervenir en los planes de desarrollo de los gobiernos locales y nacionales y en la toma de decisiones legislativas y judiciales que las afectan, lo que explica en algunos casos, la inacción del Estado.

Humanos y la actividad empresarial en Colombia (págs. 439 - 485). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

³³ Centro Nacional de Memoria Histórica (2013). Basta Ya: Colombia, memorias de guerra y dignidad. Bogotá. Disponible en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/descargas.html>

³⁴ Sobre el tema de la participación de empresas en el despojo de tierras se puede ver entre otros: Soto Juan Francisco (2017) Restitución de tierras y empresas: oportunidades y desafíos. Comisión Colombiana de Juristas. Disponible en: https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/b-restitucion_de_tiemras_y_empresas.pdf y Ana Jimena Bautista y Leonel Plazas sobre restitución y extractivismo, en: <https://movimientodevictimas.org/sites/default/files/Investigaci%C3%B3n%20tierras%20LIBRO%20COMPLETO.pdf>

³⁵ Publicación disponible en: <https://www.forbes.com/sites/andreamurphy/2011/11/17/americas-largest-private-companies-food/?sh=6b33d8927abd>

³⁶ Oxfam. (2013). Divide y comprarás: una nueva forma de concentrar tierras baldías en Colombia. Disponible en: https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file_attachments/rr-divide-and-purchase-land-concentration-colombia-270913-es_0.pdf

³⁷ Sánchez León, N. C., Payne, L. A., Pereira, J. R., Bermúdez, B., L., M. L., & Barboza López, M. (2018). Cuentas claras: El papel de la Comisión de la Verdad en la Develación de la Responsabilidad de las Empresas en el Conflicto Colombiano. Bogotá: Dejusticia. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/cuentas-claras-empresas/>

De esa forma, el acceso a la justicia ha sido una obligación internacional en materia de derechos humanos incumplida y el pilar olvidado de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, así como el principio 7° de fomentar el respeto de los derechos humanos por las empresas en zonas afectadas por conflictos, el cual contempla que los Estados deben adoptar una serie de medidas para tratar de asegurar que las empresas que operan en tales contextos no se vean implicadas en abusos a los derechos humanos. De acuerdo con los comentarios realizados por Ruggie, los Estados en este aspecto, deben evaluar la eficacia de sus políticas, leyes, reglamentos y medidas de ejecución frente a la situación de elevado riesgo, incluso mediante disposiciones sobre la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos, y explorar las responsabilidades civiles, administrativas o penales de las empresas domiciliadas u operativas en su territorio que cometan o participen en violaciones graves de los derechos humanos.

Otro de los principios desconocidos por las empresas, corresponde al principio 23 referente a reconocer los contextos nacionales y locales, respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos, asegurarse de no agravar la situación so pena de que los directores, directivos y empleados de las empresas pueden incurrir en responsabilidades legales por actos que equivalen a graves violaciones de derechos humanos.

Bajo el reconocimiento de la participación de las empresas en el marco del conflicto armado colombiano, en el proceso de negociación del fin del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera entre el Estado Colombiano y la antigua guerrilla de las Farc-EP, invitaron a las empresas a que a través de sus propuestas contribuyeran al Acuerdo Final.

De los seis puntos que establece el *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, se hace referencia al sector empresarial en el punto uno *Hacia un Nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral* en lo concerniente a la construcción del Plan progresivo de protección social y de garantía de derechos de los trabajadores y trabajadoras rurales, disponiendo que las empresas deberán recibir capacitación en materia de obligaciones y derechos laborales, y el fomento de la cultura de la formalización laboral (Punto 1.3.3.5).

En el punto 3.4.10 sobre el fin del conflicto y la implementación de un mecanismo nacional de supervisión e inspección territorial a los servicios de vigilancia y seguridad privada, se dispone que se adoptarán medidas de debida diligencia sobre los propietarios de este tipo de empresas, de sus empleados, del armamento disponible y de los contratos de prestación de servicios vigente, castigando a aquellas empresas implicadas con organizaciones criminales o que violen la

reglamentación que están obligadas a cumplir, con la cancelación de la licencia de funcionamiento.

La debida diligencia también se incorpora en el punto cuatro sobre solución al problema de las drogas ilícitas, al disponer que se establecerán normas y mecanismos que comprometan a las empresas productoras, importadoras y comercializadoras de insumos y precursores químicos, en la adopción de medidas de transparencia y de controles de uso final de insumos.

En el punto quinto *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto*, se le asigna a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición la función de adoptar un enfoque que permita evidenciar, esclarecer y promover el reconocimiento de las formas diferenciales en las que el conflicto afectó a los diferentes sectores, entre ellos, a los empresarios y empresarias.

Por su parte, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) por medio de la Sala de definición de situaciones jurídicas tiene la función de definir la situación jurídica de aquellos terceros que se presenten voluntariamente a la jurisdicción, cuando hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos. Disposición desarrollada en el Acto Legislativo 01 de 2017 que contempla en su artículo 16 que,

Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

En el último punto concerniente a la implementación, verificación y refrendación del Acuerdo Final, se dispone que, para contribuir a garantizar la implementación de los acuerdos,

Se promoverá la participación del sector empresarial en la implementación de los acuerdos para contribuir a garantizar la productividad, el acceso a mercados y en general la sostenibilidad de los proyectos contemplados, entre otros, en la Reforma Rural Integral, el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos y en los planes de reincorporación a la vida civil (Acuerdo Final, 2016, punto 6.1.3).

En resumen, las disposiciones contempladas en el Acuerdo Final para las empresas se limitan al deber de conocer y cumplir la normatividad nacional e internacional sobre derechos laborales, aplicar procesos de debida diligencia y participar activamente en la implementación del Acuerdo Final.

La participación de las empresas en la implementación y postacuerdo, incluye a las domésticas y las transnacionales, que se conciben “como una vía para desarrollar actividades económicas de mayor envergadura, lo cual conlleva al aumento de beneficios y la reducción de los

costos asociados al conflicto” (Prandi, 2010, p.60) y cuentan con recursos privilegiados como capital, conocimiento y habilidades administrativas para crear inversión y empleos, por ejemplo, para desmovilizados del conflicto, pero también para las víctimas de este (Jiménez, 2014, p.72).

Para López-Santamaría & Grueso, la participación de las empresas en acciones de construcción de paz puede estar relacionada con la RSE puesto que esta se concibe “como el mecanismo que reduce la brecha entre grupos de interés externos y empresa, al alivianar las consecuencias del conflicto, y permite que la empresa asuma un comportamiento que propenda por la creación de una paz sostenible”³⁸. Sin embargo, persiste la crítica sobre la eficacia de las prácticas de RSE teniendo en cuenta su carácter voluntario, por lo que más allá de implementar prácticas de responsabilidad social, las empresas deben cumplir con la normatividad nacional e internacional a cabalidad, prestar atención a las acciones dañinas no intencionales que puedan causar sus empresas, evitarlas y/o mitigarlas, y promover la coexistencia pacífica en las comunidades en las que operan³⁹, como implementación de las Líneas Directrices de la OCDE y los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

Sobre las medidas derivadas de la justicia transicional y del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, estos autores señalan que las empresas pueden participar de dos formas: como víctimas del conflicto armado, “de manera tal que la sociedad pueda conocer los casos en los que los empresarios fueron victimizados en la guerra”⁴⁰, y como responsable de haber cometido violaciones a los derechos humanos o contribuido a la financiación de grupos armados ilegales.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2017, el sometimiento de las empresas o los terceros ante la Jurisdicción Especial para la Paz es voluntario y debió efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la puesta en marcha de esta Jurisdicción, es decir, el 15 de marzo de 2018. Al vencimiento del término para el sometimiento de terceros ante la jurisdicción, la JEP reportó con corte a diciembre de 2020, que 823 terceros habían presentado solicitud de sometimiento, donde,

la principal modalidad de participación de los terceros civiles con el conflicto armado es el

³⁸ López-Santamaría, M., & Grueso Hinestroza, M. P. (2019). Empresa, empresarios y construcción de paz en Colombia: Hallazgos y retos. 146 Revista de Ciencias Sociales (RCS), Vol. XXV, Número especial 1, 146-155. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7113721>

³⁹ Gallego, L. G., Gutiérrez, I., Osorio, D., & Cortés, A. (2016). Los retos de los empresarios en la construcción de paz. Cuadernos de trabajo en Gobierno y Ciencias Políticas. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/9658/cuadernos_trabajo_eafit_6.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 41.

*financiamiento y auspicio de grupos al margen de la ley -concretamente las AUC- a cambio de beneficios en materia de seguridad o adquisición de bienes a favor, en varios casos, a favor de empresas*⁴¹.

Por lo que ahora, el reto de la JEP “consistirá en un análisis de información estratégico y un manejo de incentivos responsables que logre informar a los terceros sobre los beneficios a los que pueden acceder si aportan plenamente a la verdad, la reparación y la no repetición”⁴², teniendo en cuenta que, pese a que se haya vencido el plazo mencionado, la Ley 1957 de 2019 abre la posibilidad para que estos comparecientes puedan acceder al componente de justicia del Acuerdo Final dentro de los tres meses siguientes a su vinculación formal a los procesos de investigación.

De esa forma, el espejismo de la responsabilidad de las empresas resulta más rotundo cuando en un Estado como Colombia, en donde se ha demostrado la participación de las empresas en el marco del conflicto armado, estos actores no tienen una participación y vinculación directa en los mecanismos de justicia transicional, lo cual desconoce los principios rectores sobre empresas y derechos humanos en zonas afectadas por conflictos y las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos al vulnerar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

• **Tratado Internacional Jurídicamente Vinculante Sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas**

Durante el vigesimosexto periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas se aprobó la propuesta de la delegación ecuatoriana y sudafricana sobre la necesidad de contar con un instrumento internacional para regular las actividades empresariales ante los impactos negativos que se produzcan en los derechos humanos, debido a la lenta implementación de los Principios Rectores, las Directrices de la OCDE y la ineficacia e insuficiencia de los procedimientos judiciales en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados derivado de la inexistencia de estándares internacionales vinculantes.

En ese sentido, el 26 de junio de 2014 se aprobó la resolución 26/9 por el Consejo de Derechos Humanos que plantea la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales (ETN) y otras empresas con respecto a los derechos humanos, que con una votación de 17 Estados a favor, 14 en contra

⁴¹ Jurisdicción Especial para la Paz. (2020). Oficio respuesta de la petición escrita relacionada con la comparecencia a la Jurisdicción Especial para la Paz de terceros civiles. número 240 P-SDSJ-2020. Firmado por Mauricio García Cadena, Presidente Sala de Situaciones Jurídicas.

⁴² De justicia. (31 de marzo de 2020). A dos años de apertura de la JEP, los terceros van a medio camino. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/a-dos-anos-de-apertura-de-la-jep-los-terceros-van-a-medio-camino/>

y 13 abstenciones, y estableció un Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

En julio de 2023 se publicó un borrador actualizado del instrumento jurídicamente vinculante, que contiene 24 artículos y en líneas generales aborda el alcance del tratado, los derechos que allí se contienen, consecuencias del incumplimiento y la supervisión del tratado.

De esa forma, el nuevo borrador de proyecto sometido a discusión en el Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre las Empresas Transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, llevada a cabo del 23 al 27 de octubre en la sede de Naciones Unidas de Ginebra, Suiza, contenía:

- Un apartado de definiciones sobre qué se entenderá como: víctima, impacto adverso sobre los derechos humanos, abuso de los derechos humanos, actividades comerciales, actividades comerciales de carácter transnacional, relación comercial, organización de integración regional, diligencia debida en materia de derechos humanos, reparación y organismos estatales pertinentes.
- Establece el propósito del Tratado como la implementación efectiva de la obligación de los Estados de respetar, proteger, cumplir y promover los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, en particular las de carácter transnacional.
- Establece el ámbito de aplicación a todas las actividades comerciales, incluidas las actividades comerciales de carácter transnacional.
- Crea un artículo de derecho de las víctimas donde establece que estas serán tratadas con humanidad y se garantizará el respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y se garantizará su seguridad, bienestar físico y psicológico y privacidad; el derecho a un acceso justo, adecuado, efectivo, rápido, no discriminatorio, apropiado y sensible al género a la justicia, a una reparación individual o colectiva y a un recurso efectivo de conformidad con el Tratado y el derecho internacional, tales como restitución, compensación, rehabilitación, reparación, satisfacción, garantías de no repetición, amparo, remediación ambiental y restauración ecológica.
- Crea un artículo de protección de las víctimas, sus representantes, sus familiares y los testigos de cualquier injerencia ilícita en sus derechos humanos y libertades fundamentales, incluso antes, durante y después de que hayan iniciado cualquier procedimiento para procurar el acceso a un recurso efectivo, rápido y adecuado, así

como de la revictimización en el curso del presente proceso.

- Crea un artículo de prevención para: (i) impedir la participación de empresas comerciales en abusos contra los derechos humanos; (ii) garantizar consultas significativas con grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas relevantes; (iii) garantizar el respeto por parte de las empresas de los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos; (iv) garantizar la práctica de la debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de las empresas; y (v) promover la participación activa y significativa de individuos y grupos, como sindicatos, sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, pueblos indígenas y organizaciones comunitarias, en el desarrollo e implementación de leyes, políticas y otras medidas para prevenir la participación de empresas comerciales en abusos contra los derechos humanos.

Se centra como medidas de prevención, las siguientes medidas de debida diligencia como medidas exigibles a las empresas: (a) realizar y publicar periódicamente evaluaciones de impacto en los derechos humanos antes y durante sus operaciones; (b) integrar una perspectiva de género y edad, y tener en cuenta plena y adecuadamente los riesgos diferenciados relacionados con los derechos humanos y los impactos adversos sobre los derechos humanos que experimentan las mujeres y las niñas; (c) tener especialmente en cuenta las necesidades de quienes puedan correr mayores riesgos de vulnerabilidad o marginación; (d) consultas significativas con grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas relevantes; (e) proteger la seguridad de defensores de derechos humanos, periodistas, trabajadores, miembros de pueblos indígenas, entre otros, así como de aquellos que puedan ser objeto de represalias; y (f) en la medida en que exista interacción con los pueblos indígenas, emprender dicho proceso de conformidad con los estándares internacionalmente reconocidos de consentimiento libre, previo e informado.

- Establece un artículo para que los Estados otorguen a sus organismos estatales la competencia necesaria para permitir el acceso de las víctimas a recursos adecuados, oportunos y eficaces y a la justicia, y para superar los obstáculos específicos que enfrentan las mujeres y los grupos en situaciones vulnerables o marginadas enfrentan al acceder a dichos mecanismos y recursos.
- **Establece que cada Estado adoptará las medidas que sean necesarias para establecer un sistema integral y adecuado de responsabilidad jurídica de las personas jurídicas y naturales que realicen actividades comerciales, dentro de su**

territorio, jurisdicción o bajo su control, por los abusos de los derechos humanos que puedan surgir de sus actividades o relaciones comerciales, incluidas las de carácter transnacional.

Se hace especial énfasis en que la responsabilidad de las personas jurídicas y naturales se establecerá por: (a) conspirar para cometer abusos contra los derechos humanos; (b) ayudar, instigar, facilitar y asesorar la comisión de abusos contra los derechos humanos; y (c) el abuso de los derechos humanos tuvo lugar, total o parcialmente, dentro del territorio o jurisdicción de ese Estado.

- **Establece que los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de abusos contra los derechos humanos en los casos en que: (i) el abuso de los derechos humanos tuvo lugar, total o parcialmente, dentro del territorio o jurisdicción de ese Estado; (ii) el daño relevante fue sufrido, total o parcialmente, dentro del territorio o jurisdicción de ese Estado Parte; (iii) el abuso de los derechos humanos fue llevado a cabo por una persona jurídica domiciliada en el territorio o jurisdicción de ese Estado Parte, o una persona física que sea nacional de ese Estado Parte o que tenga su residencia habitual en el territorio o jurisdicción de ese Estado Parte; y (iv) una víctima que busca reparación a través de procedimientos de derecho civil es nacional de ese Estado Parte o tiene su residencia habitual en el territorio o jurisdicción de ese Estado Parte.**
- Establece que los Estados Partes adoptarán las medidas que sean necesarias para garantizar que no se aplique ningún plazo de prescripción al inicio de procedimientos judiciales relacionados con abusos de los derechos humanos que constituyan los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto, incluida la guerra, crímenes, crímenes contra la humanidad o crímenes de genocidio.
- Establece que la ley aplicable, diferente a las disposiciones que se establecen en el Tratado, se regirán por la ley del tribunal que conozca del asunto o por los actos u omisiones se hayan producido o producido efectos, o esté domiciliada la persona física o jurídica presuntamente autora de los actos u omisiones.
- Cooperación de buena fe entre los Estados y la prestación mutua de la mayor asistencia posible en relación con los procedimientos penales, civiles y administrativos.
- Establece que el Tratado no afectará ninguna disposición de la legislación interna de un Estado Parte o de cualquier tratado o acuerdo regional o internacional que sea

más conducente al respeto, protección, cumplimiento y promoción de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales y a garantizar el acceso a la justicia y a un recurso efectivo a las víctimas de abusos de derechos humanos en el contexto de actividades empresariales, incluidas aquellas de carácter transnacional. Asimismo, que todos los acuerdos bilaterales o multilaterales existentes, incluidos los acuerdos regionales o subregionales, y sus protocolos, incluidos los acuerdos comerciales y de inversión, se interpretarán e implementarán de manera que no socaven ni restrinjan su capacidad para cumplir con las obligaciones de este Tratado y sus protocolos, si los hubiere, así como otras convenciones e instrumentos relevantes de derechos humanos.

- Crea un Comité conformado por doce (12) expertos. Después de sesenta ratificaciones o adhesiones adicionales al Tratado, aumentará el número de miembros a dieciocho (18), elegidos por los Estados Parte, teniendo en cuenta la distribución geográfica. Los miembros del Comité actuarán a título personal y serán de alta reputación moral y competencia reconocida en el campo de los derechos humanos, el derecho internacional público u otros campos relevantes.

La elección inicial se llevará a cabo a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado. El mandato de seis (6) de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años, inmediatamente después de la primera elección, los nombres de estos seis miembros serán elegidos por sorteo por el presidente de la reunión.

El Comité tendrá las siguientes funciones: (i). Hacer comentarios generales y recomendaciones normativas sobre la comprensión e implementación del Tratado con base en el examen de los informes y la información recibida de los Estados Partes y otras partes interesadas; (ii). Considerar y formular observaciones finales y recomendaciones sobre los informes presentados por los Estados Partes según lo considere apropiado y transmitirlos al Estado Parte en cuestión, quien podrá responder con las observaciones que elija al Comité; (iii). Proporcionar apoyo a los Estados Partes en la recopilación y comunicación de la información requerida para la implementación de las disposiciones del Tratado; (iv). Presentar un informe anual sobre sus actividades bajo este Tratado a los Estados Partes y a la Asamblea General de las Naciones Unidas; (v). Recomendar a la Asamblea General que solicite al Secretario General que realice en su nombre estudios sobre cuestiones específicas relacionadas con el Tratado.

A más tardar seis meses después de la entrada en vigor del presente Tratado, la Conferencia de los Estados Partes será convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas. Las reuniones

posteriores serán convocadas por el Secretario General de las Naciones Unidas cada dos años o por decisión de la Conferencia de los Estados Partes.

- Los Estados Partes establecerán un Fondo Internacional para las Víctimas cubiertas por este Tratado para brindar asistencia legal y financiera a las víctimas, teniendo en cuenta las barreras adicionales que enfrentan las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, los migrantes, los refugiados, desplazados internos y otras personas o grupos vulnerables o marginados en su búsqueda de acceso a recursos. Este Fondo se constituirá como máximo después de (X) años de la entrada en vigor del presente Tratado.
- Se prestará especial atención en los casos de actividades empresariales en zonas afectadas por conflictos, incluida la adopción de medidas para identificar, prevenir y mitigar los riesgos relacionados con los derechos humanos de estas actividades y relaciones comerciales y para evaluar y abordar los mayores riesgos de abusos, prestando especial atención a la violencia sexual y de género, el uso de niños soldados y las peores formas de trabajo infantil, incluido el trabajo infantil forzoso y peligroso.
- La entrada en vigor de este Tratado todavía no tiene consenso, se establece que entrará en vigor el trigésimo día después del depósito del instrumento de ratificación o adhesión.

• **Responsabilidad de Personas Jurídicas en el Ordenamiento Colombiano**

El ordenamiento jurídico colombiano no contempla de manera expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo, establece sanciones a través del derecho administrativo y civil. El artículo 91 de la Ley 906 de 2004 “*Código de Procedimiento Penal*” establece la facultad del juez de control de garantías de ordenar a las autoridades competentes la suspensión de la personería jurídica o el cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, en caso que la persona natural o jurídica desarrolle total o parcialmente actividades delictivas. Estas medidas serán de carácter definitivo mediante sentencia condenatoria en el caso de inexistencia de duda razonable; y la persona quedará inhabilitada para constituir nuevas personerías jurídicas, locales o establecimientos abiertos al público, con el mismo objeto o actividad económica a desarrollar.

Asimismo, la Ley 1474 de 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*, establece en el artículo 34 que sin excluirse las penas penales individuales a las que haya lugar, y lo señalado en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, se aplicará un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria

a las personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras, a las personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro, domiciliadas en Colombia, cuando:

- a) Exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente;
- b) La persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus administradores o funcionarios;
- c) La persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo.

Ahora bien, la Corte Constitucional determinó en la Sentencia C-224 de 2019 que la persecución penal a las personas jurídicas por los delitos de ciberdelincuencia en que incurran, ya sea a título individual o como miembro con funciones directivas de un órgano de la persona jurídica, guarda compatibilidad con la Carta Política, toda vez que, el constituyente autoriza al ente acusador de investigar y perseguir las conductas que se consideren delitos, sin que la naturaleza del autor o partícipe, sea una limitante. De esa forma, requerir a las personas jurídicas a que respondan por los delitos que ejecutan, supone la protección y eficacia de los derechos constitucionales, los deberes y los fines estatales:

Exigir responsabilidad a las personas jurídicas por delitos relacionados con la ciberdelincuencia supone un avance en la garantía de derechos consagrados en la Constitución y promueve la efectividad de los deberes y fines del Estado de que trata el artículo 2 superior. Asimismo, se cumple con los compromisos adquiridos por Colombia en el contexto internacional, en especial con la “Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional”,

adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, declarada exequible en la Sentencia C-962 de 2003, así como la Ley 800 de marzo 13 de 2003 que la aprueba.

En Sentencia C-224 de 2019 se precisó que las normas que pretendan regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, o que establezcan penas o sanciones a estas, deben obedecer y guardar coherencia con los límites y garantías constitucionales:

No obstante, toda norma o medida legislativa que resulte necesaria para que se pueda exigir responsabilidad a las personas jurídicas por los delitos previstos de conformidad con el presente Tratado, deberá respetar los límites constitucionales. De igual manera, la presente sentencia no puede tener efectos de cosa juzgada frente a los desarrollos normativos posteriores, los cuales estarán sujetos a los controles de constitucionalidad consagrados en la Constitución Política.

Finalmente, sobre las sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias de que trata el artículo 13 del Convenio, la Corte precisa que los fines de las penas y las sanciones derivadas de la implementación de estas medidas punitivas deberán armonizarse con los fines constitucionales de la pena, en los términos de valores y principios superiores; en especial del artículo 29 de la C. P

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia No. 39070 de 2014 estableció que es imperioso la adopción de mecanismos de control penal para las personas jurídicas, al tener en cuenta que con ello: i) se impediría que las personas naturales utilicen la posición de la persona jurídica y que de esa manera los socios no respondan por los delitos que cometen, y ii) se evita que las personas jurídicas se excluyan de la responsabilidad penal al no ser posible demostrarse la culpabilidad de una persona en concreto:

Respecto de las obligaciones de las personas jurídicas y, particularmente, la posibilidad de que ellas, en su calidad de ente abstracto, puedan ser sujetos del derecho penal, vale decir, responsables de delitos, es mucho lo que la literatura jurídica ha producido, a partir de verificar como hecho cierto e indiscutible que otras legislaciones, en especial la norteamericana -Estados Unidos y Canadá- y francesa, expresamente contemplan esa opción.

Incluso, al día de hoy parece advertirse necesidad ineludible la de optar por este mecanismo criminal de control, en el entendido que los sistemas corporativistas y empresariales modernos, insertos dentro de un mundo cada vez más globalizado, reclaman de respuestas adecuadas a aspectos tales como la cibercriminalidad, las estafas masivas y los delitos ambientales, que las más de las veces se escudan en el velo corporativo o diluyen la responsabilidad de los ejecutores ante la imposibilidad de hacer radicar en cabeza de una persona natural en concreto el conocimiento y

voluntad de adelantar el comportamiento contrario a derecho.

De igual manera, la Corte Constitucional en la Sentencia C-320 de 1998 indicó que es posible que se reglamente mediante una ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el entendido que es el poder punitivo del Estado el que debe proteger los bienes jurídicos de la sociedad; por consiguiente, si la sanción penal únicamente se dirige a las personas naturales, esta protección estaría limitada. De este modo, la Corte Constitucional expresó que al tener en cuenta que la persona jurídica es quien se ve beneficiada de la actividad delictual desplegada por la persona natural que utiliza su razón social, no puede ser calificada como una “víctima” sino que debe ser requerida:

La ley penal brinda la máxima protección jurídica a bienes valiosos para la persona humana y la vida social. La traducción de esta defensa en sanciones penales, tiene un propósito tanto comunicativo como disuasorio. Cuando la acción prohibida por la norma penal es susceptible de ser realizada por un ente - y no solamente por una persona natural -, limitar a ésta última la imputabilidad penal reduce el ámbito de protección acotado por la norma. La tipificación positiva de un delito tiene el sentido de comunicar a todos que la realización de una determinada conducta rompe la armonía social y, por ende, quien lo haga será castigado con una específica sanción. Este doble efecto en el que reside la eficacia de la legislación penal podría desvanecerse si la condena se limitase a los gestores del ente que ha extendido ilícitamente su giro social a actividades prohibidas y claramente deletéreas para la comunidad.

(...).

Los procesos de socialización que envuelve la condena penal, tienen un significado inequívocamente educativo tanto en fase preventiva como sancionatoria. La sanción penal que se extiende a la persona jurídica la enfrenta a la censura social, puesto que ella lejos de aparecer como simple víctima del administrador que ilegítimamente hizo uso de su razón social, se muestra como autora y beneficiaria real de la infracción, por lo cual está llamada a responder. En realidad, la fraccionada reacción punitiva enderezada únicamente contra los administradores, cuando la actividad del ente se mueve en el terreno de la ilicitud, contribuye a relajar las instancias no estatales de control de los comportamientos potencialmente delictivos. De esta manera, se le resta vigor a la asunción plena de los valores éticos por parte de todos los actores sociales.

(...).

La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. Es un asunto, por tanto, que se libra dentro del marco de la Carta a la

libertad de configuración normativa del legislador y, concretamente, a su política sancionatoria, la cual puede estimar necesario por lo menos en ciertos supuestos trascender el ámbito sancionatorio donde reina exclusivamente la persona natural – muchas veces ejecutora ciega de designios corporativos provenientes de sus centros hegemónicos –, para ocuparse directamente de los focos del poder que se refugian en la autonomía reconocida por la ley y en los medios que ésta pone a su disposición para atentar de manera grave contra los más altos valores y bienes sociales.

(...).

No siempre la evitación del comportamiento prohibido debe recaer únicamente en las personas físicas que fungen como gestores del ente o limitarse la responsabilidad consiguiente al resarcimiento de los daños causados por un tercero. A las personas jurídicas el ordenamiento suministra órganos y medios para establecer su dominio - control - inclusive sobre los actos y omisiones que violen la ley. No enfrenta la persona jurídica, por el simple hecho de tener esta naturaleza, la circunstancia ineluctable de no poder prevenir ni reaccionar ante las acciones u omisiones con capacidad para destruir bienes y valores sociales supremos.

El tratadista doctor Francisco Sintura, vicesfiscal General de la Nación y especialista en Ciencias Penales y Criminología, precisa que la Constitución Política no prohíbe al legislador regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que independiente del actor material o intelectual del delito, es indispensable que se penalice la responsabilidad de dicha conducta delictiva. Toda vez que la legislación colombiana exige combatir la criminalidad de empresa, particularmente cuando se utiliza la personalidad jurídica de las empresas para dejar inmune a la persona natural que cometió la conducta delictual, o cuando se sanciona al administrador, pero el ente ficticio queda exento; incluso, que la persona jurídica debe responder solidariamente con las personas naturales condenadas por los mismos hechos y, por lo tanto, tiene la obligación de reparar por vía directa. Además, propone que esta figura jurídica puede introducirse en la legislación nacional a partir del criterio de infracción al deber de vigilancia:

Más necesaria se hace esa consagración normativa frente a aquellas conductas criminales en las que se utilizan entes corporativos para evadir las responsabilidades individuales o en aquellos casos en que se sancionan a los administradores, pero se dejan indemnes los entes fictos.

La responsabilidad de la persona jurídica debe ser solidaria con la de las personas naturales condenadas por los mismos hechos y, consecencialmente, extenderse al ámbito del restablecimiento del derecho por vía directa.

No son desconocidos los casos de utilización de personas jurídicas que expósitamente de códigos de buena conducta o de buen gobierno corporativo incurren

en actos de corrupción privada, manipulación de transacciones internacionales, estafas masivas, delitos ambientales, delitos contra el sistema financiero y el mercado de valores, contrabando, promoción de la prostitución infantil y la pornografía con menores, lavado de activos, ataques a sistemas informáticos, financiación del terrorismo, tráfico de inmigrantes, tráfico de insumos químicos, tráfico de órganos humanos, tráfico de material nuclear y atentados contra la propiedad industrial, entre otros.

Edificar una teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley colombiana, por ejemplo a partir del criterio de infracción al deber de vigilancia o cualquiera otro que se considere, es una necesidad inaplazable en la lucha contra la criminalidad de empresa, máxime si su consagración por el legislador ordinario no tiene obstáculo constitucional alguno, como ya lo ha señalado la Corte Constitucional⁴³.

Finalmente, en el libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento, realizado por Orozco, Reyes, y Ruiz, de la Universidad Externado de Colombia, exponen el modelo de “heterorresponsabilidad o de transferencia de responsabilidad” que reconoce e imputa a la persona hechos jurídicos ajenos que fueron realizados por una persona física que delinque, actúa en nombre y provecho de la jurídica:

Muy resumidamente y dejando de lados múltiples matices y variantes que presentan ambos modelos, en su diseño teórico y o en su plasmación positiva, así como la existencia de sistemas mixtos, el modelo de heterorresponsabilidad o de transferencia de responsabilidad reconoce que imputa a la persona jurídica hechos ajenos, los de la persona física que delinque, siempre que esta actúe en nombre y provecho de la jurídica, y se trate de una persona física que ostente determinada posición en ella.

Por su parte, el modelo de autorresponsabilidad entiende que la persona jurídica responde por hechos propios, por hechos delictivos que ella misma comete, si bien bajo el presupuesto también de que personas físicas que ostentan determinadas posiciones en la persona jurídica (administradores, directivos, empleados) han realizado un hecho por cuenta y en beneficio de la persona jurídica. El fundamento o naturaleza de ese hecho delictivo propio de la persona jurídica es diverso dentro de las variantes de este modelo, aunque se centra, en general, en defectos de organización, como veremos en lo que sigue. Es lo normal en este modelo también que la responsabilidad de la persona jurídica no excluya la de la física.⁴⁴

⁴³ Sintura, J. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Ámbito Jurídico*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/educacion-y-cultura/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>

⁴⁴ Orozco, H. (Ed.), Reyes, Y. (Ed.) y Ruiz, C. (Ed.). (2022). Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento.

Asimismo, señalan que las sanciones que eventualmente se puedan imponer a las personas jurídicas como consecuencia de los delitos que cometan, tienen por objeto impedir que las personas naturales utilicen una personería jurídica para infringir la ley penal y que quienes, bajo la idea anterior, hayan incurrido en actos delictuales, no reincidan; en otras palabras, la sanción debe estar orientada tanto a la prevención general “evitar que los ciudadanos cometan delitos” y a la prevención especial “prevenir que el infractor cometa nuevamente delitos”.

• Necesidad de Regular el Actuar Empresarial

A lo largo de la historia de Colombia, en especial, en los últimos sesenta años, las empresas han jugado un papel importante tanto en el desarrollo económico como en el conflicto armado en el país. Es más, existe una simbiosis entre los intereses económicos empresariales en los territorios - por la acumulación de la propiedad, el uso o explotación de la tierra y de los recursos del subsuelo - y los móviles del conflicto armado, a tal punto que algunas empresas han tenido un papel activo en los fenómenos de violencia al inducir, determinar o controlar a diferentes actores legales e ilegales en la comisión de delitos y en las violaciones de derechos humanos, sin olvidar que algunas empresas han participado de manera directa e indirecta en estos fenómenos con su financiación, información, logística, etc.⁴⁵

Tristemente, este papel activo o participación de las empresas ha sido invisibilizado y su responsabilidad respecto a violaciones de derechos humanos ha quedado en la mayoría de los casos en la impunidad, al no considerarse jurídicamente a las empresas como actores con una contribución directa en el conflicto armado, tan solo se han llamado “terceros civiles” vinculados al conflicto, lo que ha limitado su status procesal en la justicia transicional como simples testigos de la violencia, o terceros que voluntariamente⁴⁶ se presenten a la JEP.

Según los informes del 2022 de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, se ha podido identificar la participación de 439 actores empresariales en 35 sentencias del proceso de Justicia y Paz proferidas por los tribunales entre 2011 y 2015⁴⁷, en las

sentencias de restitución de tierras hay referencias a actores empresariales en 3.000 casos, la mayoría relacionados con el sector ganadero, agroindustrial (banano y palma) y extractivo (carbón y petróleo)⁴⁸ y la Jurisdicción Especial para la Paz, con corte a octubre de 2023, ha reportado 260 solicitudes de sometimiento por parte de empresarios o terceros civiles⁴⁹.

Ante estas cifras, queda en entredicho la eficacia de los mecanismos de justicia actuales y del sistema de responsabilidad social empresarial, por lo que se hace necesario crear mecanismos judiciales que establezcan un régimen de responsabilidad legal por la violación a los derechos humanos que permita prevenir la participación directa o indirecta de las empresas en estas conductas.

Al respecto, cabe la pena resaltar que en el informe final de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad se recomendó al Gobierno nacional crear las políticas y realizar los ajustes normativos necesarios para prevenir, mitigar y reparar las violaciones de DDHH, ambientales y territoriales relacionadas con las actividades empresariales, para lo cual, propuso una política de Estado de derechos humanos y empresas participativas, que fomente la debida diligencia empresarial en derechos humanos, ambientales y territoriales, por medio de:

1) realizar análisis periódicos, transparentes e independientes sobre los impactos en derechos humanos, ambientales y territoriales que se puedan derivar de su actividad y las de sus cadenas de suministro; 2) realizar análisis del impacto de sus transacciones sobre tierras, de manera que no aumenten el riesgo de generar conflictos socioambientales o de concentración de tierras y acaparamiento territorial; 3) analizar el riesgo de agudizar conflictos; 4) verificar que los medios de seguridad pública y privada a los que acudan no escalen conflictos o hagan que las comunidades queden desprotegidas; y 5) reparar los daños que causen o, incluso, realizar la restitución inmediata de bienes y tierras, cuando sea del caso⁵⁰.

Asimismo, planteó una regulación integral de las obligaciones del Estado y de las empresas, en el marco de la debida diligencia de las empresas y sus cadenas de suministro en materia de protección, respeto y remedio de los DDHH, ambientales

simo aniversario de su nacimiento. Universidad Externado de Colombia. 987-1013.

⁴⁵ Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. *Hallazgos y Recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia*, 2022, p. 296. Disponible en: <https://www.comisiondelaverdad.co/hallazgos-y-recomendaciones>.

⁴⁶ Desde la Sentencia C-674 de 2017, MP Luis Guillermo Guerrero, la Corte Constitucional de Colombia, declaró que obligar a los terceros civiles (entre ellos, a las empresas) a presentarse ante la JEP violaba la Constitución. Por ello, la única manera de lograr la vinculación ante este mecanismo de justicia transicional es que lo hagan voluntariamente.

⁴⁷ Sánchez, N. C., Payne, L. A., Pereira, J. R., Bermúdez, B., L., M. L., y Barboza, M. “Cuentas claras: El papel de

la Comisión de la Verdad en la Develación de la Responsabilidad de las Empresas en el Conflicto Colombiano”, De justicia, 2018. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/cuentas-claras-empresas/>

⁴⁸ Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición., supra.

⁴⁹ Jurisdicción Especial para la Paz. Oficio respuesta de la petición escrita relacionada con la comparecencia a la Jurisdicción Especial para la Paz de terceros civiles. No. 202302019360.

⁵⁰ Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. *Hallazgos y Recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia*, 2022, p. 714. Disponible en: <https://www.comisiondelaverdad.co/hallazgos-y-recomendaciones>.

y territoriales antes, durante y después de las actividades económicas, para ello, se requiere:

1) *tener en cuenta el suministro de la información por parte del Estado y de las empresas para el cumplimiento de sus obligaciones y para el monitoreo por parte de la sociedad civil; 2) regular la concesión de proyectos de utilidad pública y análogos con criterios de derechos humanos, ambientales y territoriales; 3) garantizar capacidades efectivas de seguimiento por parte de los sectores económicos y de supervisión de la regulación adoptada por parte de la Defensoría del Pueblo, las agencias nacionales y la Superintendencia de sociedades; y 4) establecer un régimen de responsabilidad legal por el incumplimiento derivado de la debida diligencia empresarial a través de mecanismos judiciales y no judiciales*⁵¹.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que las empresas cuentan con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), la cual es una institución que se encuentra “a disposición de inversionistas y Estados”⁵², y que “ayuda a promover la inversión internacional fomentando la confianza en el proceso de resolución de controversias”⁵³, la realidad es que este mecanismo fue pensado para controlar a los Estados, impidiéndoles tomar cualquier decisión que ponga en riesgo el control que las empresas pretenden tener sobre su inversión. Esto se expresa en características de estos mecanismos de arbitraje como su carácter unilateral, siendo las empresas las únicas habilitadas para demandar a los Estados y no a la inversa. También se expresa en el carácter de las pretensiones económicas que pueden alegar las empresas, las cuales no solo se basan en la alegada “pérdida” o “afectación” a la inversión, sino, además, en el cálculo de las ganancias futuras que las empresas esperaban percibir y que ya no van a obtener⁵⁴.

De acuerdo con el Centro Sociojurídico Siembra, en Colombia la mayoría de las demandas que actualmente cursan contra el Estado, nueve están relacionadas con transporte e infraestructura y petróleo, gas y minería. De estas nueve controversias, cuatro tienen como causa decisiones adoptadas por entidades de control y de investigación en el país como la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Fiscalía General de la Nación cuatro están directamente relacionadas con decisiones de la Corte Constitucional, tales como las sentencias mediante las que se prohíbe la actividad minera en ecosistemas de páramo, afectando el desarrollo de minería en el páramo de Santurbán, o la sentencia mediante la que

se suspenden actividades de desviación de arroyos, como el arroyo Bruno en La Guajira, llevadas a cabo por la empresa minera Cerrejón; una de dichas controversias tiene como causa la queja de la empresa demandante sobre la falta de presencia estatal en áreas de conflicto social y armado, lo cual se habría traducido –según la empresa– en pérdida del capital⁵⁵.

De esa forma, los Tribunales de Arbitramento de inversiones se convierten en una amenaza para la soberanía de los Estados, ya que la mera posibilidad de que una empresa pueda demandar a un Estado ante un tribunal de arbitramento genera que los Estados, antes de ser demandados - o para no serlo - se autolimiten en sus decisiones públicas y no expidan sentencias (rama judicial), no emitan leyes (rama ejecutiva) o se abstengan de emitir actos administrativos y otras decisiones de política pública (rama ejecutiva) que son necesarias para el avance en políticas y derechos. Se trata, entonces, de una forma de disciplinar a los Estados de manera preventiva, y de aleccionarlos en forma posterior cuando se “atreven” a tomar medidas a favor de los derechos humanos, el ambiente o la justicia social⁵⁶.

Bajo el contexto descrito anteriormente y en cumplimiento de las recomendaciones realizadas por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad y de las disposiciones que se vienen desarrollando en Naciones Unidas en el marco de la discusión del instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales (ETN) y otras empresas con respecto a los derechos humanos, es que se considera necesario e imperante regular la actividad de las empresas por medio de la creación de un régimen penal que permita investigar y sancionar las conductas violatorias a los derechos humanos por parte de las personas jurídicas para que estas conductas no permanezcan en la impunidad.

V. DERECHO COMPARADO

La responsabilidad penal de personas jurídicas tiene una tradición cada vez más asentada dentro del derecho comparado. Si bien este modelo fue común principalmente en países con sistemas de common law, cada vez se ha ido extendiendo a más países del mundo. El aumento de países donde se consagró, puede encontrar explicación en el aumento de los fenómenos de crímenes transnacionales, como un desarrollo de la política criminal internacional⁵⁷

⁵¹ *Ibidem*, pp. 74-75.

⁵² Información tomada de la página web del CIADI: <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/CIADI>.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Moore, J., Orellana, A. (2022). Foro: Demandas de las transnacionales: Nueva amenaza de despojo para Colombia ¿Qué hacer? Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=2O68s6Olz-E>.

⁵⁵ Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial SIEM-BRA (2022). Justicia LTDA. Debates actuales en empresas y derechos humanos para enfrentar la desregulación del poder corporativo.

⁵⁶ Moore, J., Orellana, A. (2022). Foro: Demandas de las transnacionales: Nueva amenaza de despojo para Colombia ¿Qué hacer? Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=2O68s6Olz-E>.

⁵⁷ Consultar en https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142806/2/Responsabilidad%20penal%20de%20la%20empresa%20y%20modelos%20preventivos_M%C3%B3dulo%20did%C3%A1ctico%202_La%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20

y también como una respuesta a la proliferación de actos delictivos en donde estaban vinculadas empresas⁵⁸.

En este acápite se observarán algunas experiencias internacionales de países en donde se ha consagrado la responsabilidad penal para personas jurídicas en la Unión Europea y en algunos países latinoamericanos, enunciando las diferencias existentes entre el modelo continental y el modelo de *common law*.

En los antecedentes previstos en la Unión Europea, es importante la Recomendación número R (88)18 del Comité de ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa en 1988, mediante la cual se estableció la necesidad de incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos europeos. En dicha recomendación, no obstante, se reconocía la dificultad de implementarla debido a la gran tradición existente con base en el principio *societas delinquere non potest*⁵⁹. Dice dicha recomendación:

Deseosos de superar estas dificultades a fin de, por un lado de hacer responsables a las empresas como tales, sin que por ello se exonere de su responsabilidad a las personas físicas implicadas en la infracción, y de otra parte, de prever sanciones y medidas adaptadas para las empresas, a fin de realizar la represión de las actividades ilícitas, la prevención de otras infracciones y la reparación de los perjuicios causados.

Recientemente, el 29 de abril de 2024 se expidió la Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento Europeo y del Consejo relacionada a la definición de los delitos y sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión. En los considerandos de la misma, se expone lo siguiente sobre las personas jurídicas:

(23). Dado que las personas jurídicas también están sujetas a las medidas restrictivas de la Unión, debe exigírseles responsabilidad por los delitos relacionados con la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión tal como se definen en la presente Directiva. Por consiguiente, se entiende por «persona jurídica» toda entidad jurídica conforme al Derecho aplicable, a excepción de los Estados u organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado y de las organizaciones internacionales de Derecho público. Para alcanzar los objetivos de la presente Directiva, los Estados miembros cuyo Derecho disponga la responsabilidad penal de las personas jurídicas deben garantizar que su Derecho establezca tipos y grados de sanciones de carácter penal efectivos, disuasorios y proporcionados tal como se establecen

*en la presente Directiva. Para alcanzar los objetivos de la presente Directiva, los Estados miembros cuyo Derecho no prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas deben garantizar que su Derecho prevea tipos y grados de sanciones de carácter no penal efectivos, disuasorios y proporcionados tal como se establece en la presente Directiva (...).*⁶⁰

En ese sentido, los artículos 6 y 7 de la mencionada directiva, expone como se puede dar la responsabilidad penal de las empresas jurídicas y cuáles son las sanciones de las que pueden ser acreedoras en caso de vulnerar alguna disposición ahí consagrada. Los esfuerzos de la Unión Europea, aunque están delimitadas a determinadas conductas y condicionan para su aplicación en un espacio concreto que se haya aprobado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, son un avance importante que no se podían dejar de lado en esta exposición de motivos.

ESPAÑA	En España se decidió incorporar un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas mediante la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio y la Ley Orgánica 1/2015. Para este efecto, se modificaron los artículos 31 bis, 31 quinquies, 33.7, y 66 bis del Código Penal español.
FRANCIA	En Francia la Responsabilidad penal de las personas jurídicas se adoptó en el año de 1994 mediante la Ley número 92-683 del 22 de julio de 1992.
REINO UNIDO	El Reino Unido consagra la Responsabilidad Penal para Personas Jurídicas en la Interpretation Act de 1978, chapter 30, Schedule 1.
ESTADOS UNIDOS	La Ley Antitrust Sherman contempla explícitamente la responsabilidad penal corporativa ⁶¹ . En el caso <i>New York Central & Hudson River vs US</i> de 1909 se permitió ampliar la concepción que hasta el momento se tenía sobre la misma, ⁶² al consagrar un modelo de imputación para personas jurídicas en donde se hacen responsables de los delitos cometidos por representantes o empleados cuando actúen en ejercicio de sus funciones y con intención de beneficiarlas. En ese sentido, la academia considera el caso de Estados Unidos como emblemático al consagrar la posibilidad de declarar penalmente empresas desde hace dos siglos.
ARGENTINA	En Argentina la legislación sobre el tema es la Ley 27401 que tiene por objeto “establecer el régimen de responsabilidad penal aplicable a personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal.
BOLIVIA	En Bolivia, la Ley 1390 de 2021 de “ <i>Fortalecimiento a la lucha contra la corrupción</i> ”, estableció una reforma a la legislación penal boliviana que no contaba con régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

[jur%C3%ADdicas%20en%20el%20derecho%20comparado.pdf](#)

⁵⁸ Consultar en <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/7676/SANCHEZ%20DE%20LAMA-DRID%20RUIZ%20DE%20ALDA%2C%20ROCIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Consultar en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401226#d1e957-1-1

⁶¹ Consultar en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24498/1/Responsabilidad_Penal_Personas_Jur%C3%ADdicas_def.pdf

⁶² Consultar en <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/7676/SANCHEZ%20DE%20LAMA-DRID%20RUIZ%20DE%20ALDA%2C%20ROCIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BRASIL	En Brasil, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se establece en la Ley 9.605 de 1998, que adopta la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los crímenes ambientales. Posteriormente, el artículo 19 de la Ley 12.846 de 2013 establece la responsabilidad de las empresas por infracciones contra las administraciones públicas nacionales y extranjeras.
CHILE	En Chile la responsabilidad penal para personas jurídicas se introdujo por primera vez a través de la Ley 20293 del 2 de diciembre de 2009.
COSTA RICA	En Costa Rica, la responsabilidad penal para personas jurídicas se regula por medio de la Ley número 9699 de 2019, la cual, busca que las organizaciones adopten un modelo de prevención de delitos, gestión y control, que esté relacionado con los riesgos de su actividad.
CUBA	La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Cuba, se encuentra regulada en el Código Penal, en el artículo 17, 32, 61 - 71, 83 y 87.
ECUADOR	En el caso de Ecuador, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se reguló en el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal.
GUATEMALA	En el caso de Guatemala, la responsabilidad penal de las personas jurídicas está establecida en el artículo 38 del Código Penal.
MÉXICO	La responsabilidad penal de las personas morales en México fue consagrada por primera vez en el año 2014 con la reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano y la introducción del artículo 421.
PANAMÁ	La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Panamá se regula en el artículo 51 del Código Penal, aprobado en 2007.
PERÚ	Desde el año 2016, a través de la promulgación de la Ley 30424, Perú cuenta con un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Posteriormente, se sancionó la Ley 31740 de 2023, en la cual se dispuso la inclusión de nuevos delitos.
REPÚBLICA DOMINICANA	En República Dominicana, las personas jurídicas son responsables de los delitos cometidos por sus representantes, dueños, controladores, ejecutivos principales, y quienes realicen actividades de supervisión y administración, en virtud de la Ley 448-06, sobre Soborno en el Comercio y la Inversión.

VI. CONFLICTO DE INTERESES

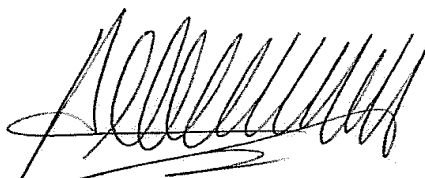
De acuerdo con el artículo 291 de la Ley 5ª de 1992 -Reglamento Interno del Congreso- modificado por el artículo 3° de la Ley 2003 de 2019, establece que: *“el autor del proyecto y el ponente presentarán en el cuerpo de la exposición de motivos un acápite que describa las circunstancias o eventos que podrían generar un conflicto de interés para la discusión y votación del proyecto, de acuerdo con el artículo 286. Estos serán criterios guías para que los otros Congresistas tomen una decisión en torno a si se encuentran en una causal de impedimento, no obstante, otras causales que el Congresista pueda encontrar”*.

De igual manera, el artículo 286 de la norma en comento, modificado por el artículo 1° de la Ley 2003 de 2019, define el conflicto de interés como la *“situación donde la discusión o votación de un*

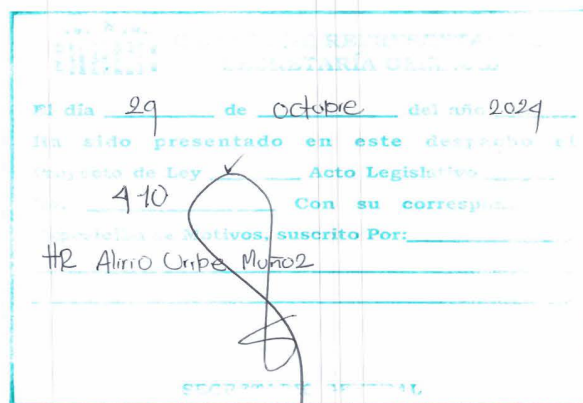
proyecto de ley o acto legislativo o artículo, pueda resultar en un beneficio particular, actual y directo a favor del Congresista”.

Con base en lo anterior y, de acuerdo al carácter abstracto e impersonal de la norma, en esta iniciativa legislativa no se evidencia que los Congresistas puedan incurrir en posibles conflictos de interés, toda vez que tampoco puede predicarse un beneficio particular, actual y directo que les impida participar de la discusión y votación de este proyecto. Lo anterior, sin perjuicio del deber de los Congresistas de examinar, en cada caso en concreto, la existencia de posibles hechos generadores de conflictos de interés, en cuyo evento deberán declararlos de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 286 *ibidem*: *“Todos los Congresistas deberán declarar los conflictos de intereses que pudieran surgir en ejercicio de sus funciones”*.

Atentamente,



ALIRIO URIBE MUÑOZ
Representante a la Cámara
Pacto Histórico - Circunscripción Bogotá



CONTENIDO

Gaceta número 1867 - Viernes, 1° de noviembre de 2024

CÁMARA DE REPRESENTANTES

PROYECTOS DE LEY	Págs.
Proyecto de Ley ordinaria número 409 de 2024 Cámara, por medio de la cual se modifica la Ley 906 de 2004, se reglamenta la garantía procesal de doble conformidad judicial, se regula el recurso de impugnación especial y se dictan otras disposiciones.	1
Proyecto de Ley número 410 de 2024 Cámara, por medio de la cual se establece el Régimen de Responsabilidad Penal para Personas Jurídicas.....	14