La responsabilidad del empresario en comisión por omisión por la instrumentalización de la empresa para el financiamiento de organizaciones criminales

Criminal liability of a business owner for an offence of omission involving the use of the company to finance criminal organisations

Responsabilidade penal do empresário por omissão imprópria pela instrumentalização da empresa para o financiamento de organizações criminosas

Jason Alexander Andrade Castro[1] y Luisa Fernanda Caldas Botero[2]

DOI: https://doi.org/10.47741/17943108.844

Cómo citar: Andrade-Castro, J. y Caldas-Botero, L. (2026). La responsabilidad del empresario en comisión por omisión por la instrumentalización de la empresa para el financiamiento de organizaciones criminales. *Revista Criminalidad*, *68(1)*: 245-263. https://doi.org/10.47741/17943108.844

• Fecha de recepción: 2025/12/22
• Fecha de aprobación: 2026/02/16

Resumen El presente artículo examina, desde la teoría de los delitos de comisión por omisión, los presupuestos que permitirían atribuir responsabilidad penal al empresario por el incumplimiento de los deberes de prevención y control destinados a mitigar los riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo. Con ese propósito, se analiza la estructura del delito de omisión impropia y el papel de la posición de garante como fundamento de imputación; asimismo, se examinan las distintas tesis sobre la fuente de la posición de garante del empresario y se identifican los sujetos que, al interior de la organización empresarial, pueden asumir tal

Open Access | Diamond Open Access | CC BY-NC-ND 4.0© por Policía Nacional de Colombia

1. Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D. C., Colombia.
jason.andrade@uexternado.edu.co
2. Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D. C., Colombia.
luisa.caldas@uexternado.edu.co

condición. Finalmente, se estudia el alcance de los deberes de prevención derivados de la normativa nacional e internacional en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo. Se concluye que el empresario detenta una posición de garante vinculada al control de la actividad empresarial como fuente de riesgo, lo que permite atribuir responsabilidad en comisión por omisión cuando la infracción de los deberes de prevención y control genera la realización del riesgo jurídicamente desaprobado que tales normas buscan evitar.

Palabras clave
Lavado de activos; financiación del terrorismo; responsabilidad del empresario; comisión por omisión; criminalidad organizada

Abstract

This article examines, based on the theory of offences of omission, the conditions under which a business owner could be held criminally liable for failing to fulfil their duties of prevention and control designed to mitigate the risks of money laundering and terrorist financing. To this end, it analyses the structure of the offence of improper omission and the role of the guarantor's position as the basis for criminal liability. Furthermore, it examines the various theories regarding the origin of the business owner's guarantor status and identifies the individuals within the business organisation who may assume such a role. Finally, the scope of the prevention duties arising from national and international legislation on money laundering and terrorist financing is examined.

It follows that the business owner holds a position of guarantor linked to the control of the business activity as a source of risk, which makes it possible to attribute liability for acts or omissions where a breach of the duties of prevention and control results in the materialisation of the legally impermissible risk that such rules seek to prevent.

Keywords
Money laundering; terrorist financing; criminal liability of business owners; criminal liability for failure to act; organised crime

Resumo

O presente artigo examina, a partir da Teoria dos Crimes Comissivos por Omissão, os pressupostos que permitiriam atribuir responsabilidade penal ao empresário pelo descumprimento dos deveres de prevenção e controle destinados a mitigar os riscos de lavagem de ativos e financiamento do terrorismo. Para esse fim, analisam-se a estrutura do delito de omissão imprópria e o papel da posição de garante como fundamento de imputação penal. Ademais, examinam-se as diferentes teses acerca da origem da posição de garante do empresário e identificam-se os sujeitos que, no interior da organização empresarial, podem assumir tal condição. Por fim, estuda-se o alcance dos deveres de prevenção derivados da normativa nacional e internacional em matéria de lavagem de ativos e financiamento do terrorismo. Conclui-se que o empresário detém uma posição de garante vinculada ao controle da atividade empresarial como fonte de risco, o que permite atribuir responsabilidade por comissão por omissão quando a violação dos deveres de prevenção e controle gera a realização do risco juridicamente desaprovado que tais normas buscam evitar.

Palabras-Chave
Lavagem de ativos; financiamento do terrorismo; responsabilidade penal do empresário; comissão por omissão; criminalidade organizada

Introducción

En la actualidad, uno de los vehículos usados por la criminalidad organizada para el financiamiento de actividades ilegales son las empresas legalmente constituidas, que se utilizan para canalizar recursos que permitan el sostenimiento de cadenas productivas ilícitas dedicadas al comercio de armas, al narcotráfico, a la trata de personas, al terrorismo, entre otras actividades delictivas. Para contrarrestar estas situaciones, los Estados, a partir de iniciativas de organismos internacionales, han adoptado normas que permitan controlar los flujos de capital de las empresas y, de esta forma, se han impuesto deberes a ciertos sectores empresariales, como sistemas de gestión de riesgos de lavado de activos y de financiación del terrorismo.

Este tema, en consecuencia, adquiere trascendencia, a partir de las premisas básicas de imputación para los delitos de comisión por omisión, a fin de establecer cuál es la naturaleza jurídica de tales normas, así como examinar si, y hasta qué punto, es factible atribuir al empresario responsabilidad penal por el desconocimiento de dichos mandatos.

En particular, queremos determinar si es viable, y bajo cuáles presupuestos dogmáticos, atribuir al empresario responsabilidad por los delitos que se cometen en el seno de la empresa, entre otros, aquellos que pueden generar recursos ilícitos para organizaciones criminales, como el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Si bien es cierto, también es una realidad la utilización de las empresas para canalizar, mediante ellas, conductas que implican atentados contra la vida y la integridad personal, la salud pública, el orden económico y social, entre otros; derivadas de la desatención de medidas dispuestas por las autoridades para mitigar y controlar los riesgos generados por algunas actividades irregulares, aunque el marco de este artículo hace imposible abordar una problemática tan extensa y compleja.

En consecuencia, nos limitaremos a analizar brevemente la estructura del delito de comisión por omisión, cuál es la fuente del deber de garantía, qué personas al interior de la empresa pueden ser calificadas como garantes. Por último, estudiaremos el impacto de las medidas específicas relacionadas con el sistema de gestión de riesgos de lavado de activos y de financiación del terrorismo, enfocados en la criminalidad organizada.

Estructura típica objetiva del delito de comisión por omisión

Tipos de *omisión* son los que incorporan un mandato o deber de actuar, cuya violación se concreta en no realizar el comportamiento ordenado (Jescheck y Weigend, 2002; Mir Puig, 2004). A su vez, se distinguen dos formas diferentes del delito de omisión:

Delito de omisión propia

Para empezar, recordemos que consiste en la simple infracción de un deber de actuar contenido expresamente en un tipo penal. Los delitos de *omisión propia, simple o pura* consisten, entonces, en la sola infracción de un mandato o deber de actuar previsto por el tipo penal (García Arán y Muñoz Conde, 1998; Huerta Tocildo, 1987; Quintero Olivares, 1997; Welzel, 2002,), por lo que no exigen la presencia de un resultado material y son equivalentes a los tipos comisivos de mera conducta (Jescheck y Weigend, 2002; Mir Puig, 2004).

Delito de comisión por omisión u omisión impropia

Se configura cuando se produce un resultado lesivo previsto en un tipo penal que en principio solo sería susceptible de violación mediante una acción (por ejemplo, el homicidio, art. 103 del C. P.), como consecuencia de una conducta omisiva realizada por quien tiene una posición de garante.

Según la opinión dominante, esta clase de delitos se caracteriza porque: (a) exige la realización de un resultado típico material (Jakobs, 1997; Perdomo Torres, 2001), siendo equivalente a los delitos (comisivos) de resultado (Jescheck y Weigend, 2002; Mir Puig, 2004); y (b) exige siempre la presencia de un sujeto activo cualificado: el *garante*, a quien se le imputa como autor el resultado producido como consecuencia de su conducta omisiva.

La fórmula más empleada en estas hipótesis consiste en consagrar, en la Parte General del Código Penal, una cláusula de equivalencia entre las conductas omisiva y activa de los delitos de resultado de la Parte Especial (Gómez Pavajeau, 2002; Jakobs, 1997), la cual está inserta en el artículo 25 del Código Penal (*vid infra*).

La estructura del tipo objetivo del delito de omisión impropia está conformada por los tres elementos básicos del delito de omisión propia, a saber: (a) situación típica, (b) ausencia de la acción ordenada por la norma y (c) capacidad individual de realización de la conducta (Gracia Martín, 2004; Quintero Olivares, 1997); complementado cada uno de ellos con un elemento adicional, respectivamente: (a) la posición de garante, (b) la producción de un resultado típico y (c) la posibilidad de evitación del resultado.

Situación típica y posición de garante

Es ineludible que se estructure la situación típica-fáctica que activa el deber de actuar, es decir, una situación de peligro para un bien jurídico (Silva Sánchez, 2003), que corresponde a las circunstancias fácticas (De Toledo y Ubieto y Huerta Tocildo, 1986; Welzel, 2002; Zaffaroni et al., 2002) que *deben eliminarse, modificarse, protegerse o en general verse influidas* por la acción mandada (Kaufmann, 2006) que está llamado a realizar el garante.

Además, sobre el sujeto debe concurrir un deber jurídico especial de evitación del resultado: ser titular de una posición de garante, que es una situación del autor, que cumple un determinado rol social en una situación temporal y fáctica específicas, en virtud del cual se le impone el deber jurídico de actuar para evitar un resultado lesivo a bienes jurídicos (Andrade Castro, 2005; Cruz Bolívar, 2002; Mir Puig, 2004; Silva Sánchez, 2003). Desde la perspectiva de la dogmática tradicional, la posición de garante es el elemento básico que, en el ámbito del delito de comisión por omisión, permite imputar el resultado a quien no lo ha evitado: si no se detenta posición de garante, no se puede ser autor en comisión por omisión.

No realización de la acción mandada y producción de un resultado típico

Es necesario verificar la infracción del deber de actuar impuesto de manera expresa por la ley (De Toledo y Ubieto y Huerta Tocildo, 1986; Urbano Martínez, 2001; Zaffaroni et al., 2002): la conducta mandada es aquella que, desde una perspectiva *ex ante*, es objetivamente apropiada para evitar el resultado lesivo (Silva Sánchez, 2003).

A la ausencia de acción mandada debe sumarse la producción de un resultado típico de carácter material (Jescheck y Weigend, 2002), perceptible por los sentidos. Desde la visión dogmática tradicional, este elemento se estructura constatando la existencia de una relación de causalidad hipotética que implica que, en el evento de haberse realizado la acción mandada, existiría probabilidad, "*rayana en la certeza*", de evitación del resultado típico (Gómez Pavajeau & Cruz Bolívar, 2002, p. 31). Se exige verificar que el resultado se habría evitado con probabilidad *rayana* en la certeza, por tratarse de un juicio hipotético, sujeto a un amplio margen de error: no es factible decidir con *absoluta* certeza si la acción omitida habría o no impedido el resultado. Lo anterior porque la omisión nada es y, por ende, nada puede causar ("*ex nihilo, nihil fit*") (Jescheck y Weigend, 2002, p. 667; Mir Puig, 2004, p. 329; Silva Sánchez, 2003, p. 262), pues solo es posible explicar la existencia del delito de omisión a partir de criterios valorativos y no puramente naturalísticos.

Esa discusión ha sido superada y, en la dogmática actual, la existencia del resultado plantea un problema distinto: su imputación objetiva a la omisión del comportamiento que lo habría evitado, con base en los criterios de la teoría de la imputación objetiva (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y realización del riesgo): establecer si el resultado es o no imputable a la conducta de una persona (Bacigalupo, 1994; Jescheck y Weigend, 2002), de modo que la simple relación de causalidad (hipotética) constituye el criterio básico de imputación objetiva (Bustos Ramírez y Larrauri, 1998; Jakobs, 1997; Perdomo Torres, 2001; Silva Sánchez, 2003). Por ejemplo, el salvavidas de una playa (que tiene posición de garantía con relación a los riesgos inherentes a la natación en el agua) no infringe su deber de evitación del resultado si no presta auxilio a una persona que en tierra se ve expuesta al peligro derivado del ataque de un perro (Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, 1999; Mir Puig, 2004).

Capacidad individual de realización de la conducta y de evitación del resultado

Se trata de un elemento del tipo objetivo (Kaufmann, 2006) que remite a examinar las circunstancias en las cuales tuvo lugar la conducta omisiva, de forma tal que debemos constatar que el sujeto estuvo en posibilidad (Silva Sánchez, 2003) física y psicológica (De Toledo y Ubieto y Huerta Tocildo, 1986; Gómez Pavajeau, 2002; Jakobs, 1997; Zaffaroni et al., 2002) de realizar la conducta mandada y, también, que tenía la capacidad de evitar el resultado –evitabilidad– (Mir Puig, 2004).

Aproximación a las teorías que explican la posición de garante del empresario

§. En lo que atañe a la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa, son múltiples las tesis que se han elaborado a efectos de discernir si el empresario detenta posición de garante y, en caso afirmativo, cuál es la fuente de la que ella emana.

En particular, surge la problemática de adscripción de responsabilidad penal en tres niveles diferentes: el de los subordinados, el de los mandos intermedios y el de los directivos de la compañía; este último tópico es quizá el que mayores retos impone en su definición y, al efecto, se han planteado dos grandes grupos de soluciones: (a) unos en el plano de la autoría y la participación y (b) otros en el campo de la omisión (Demetrio Crespo, 2008; Martínez-Buján, 2007).

§. En el escenario de la omisión, el punto de partida general para explicar la responsabilidad penal del directivo o el superior jerárquico de la organización empresarial se cimienta en (a) la no evitación de las conductas punibles realizadas por sus empleados, habiendo contado con la posibilidad de evitarlo –donde adquiere gran relevancia no haber ejecutado lo necesario para impedir que de la actividad de la empresa se deriven daños a terceros–; o (b) por la infracción del deber de vigilancia sobre las cosas como singulares fuentes de peligro.

Existe acuerdo en que el empresario tiene posición de garante, no así en torno a su fuente. Entre las diversas propuestas teóricas sobre el fundamento (léase, la fuente) de la posición de garante del empresario, es factible identificar tres líneas esenciales que la sustentan en la existencia de Demetrio Crespo (2008, 2009):

a. Deberes extrapenales que regulan la actividad empresarial,

b. Un deber genérico de protección, y

c. Un deber de vigilancia, derivado de (a) un comportamiento anterior antijurídico (injerencia), o permitido que incrementa el riesgo (Jakobs, 2001, primera parte), o concerniente a la desestabilización de un foco de peligro; (b) los objetos que constituyen

fuentes de peligro, que han sido dispuestos para la realización de los procesos productivos; (c) el control del dominio sobre elementos y procedimientos peligrosos del establecimiento y el poder de mando sobre los trabajadores (Schünemann, 2002); y (d) la competencia por organización (Jakobs).

La opinión mayoritaria ha descartado la utilidad teórica de los criterios referidos a los deberes extrapenales y el deber genérico de protección; de modo que la discusión se ha afianzado en el último de los escenarios descritos, es decir, la posición de garante derivada de un deber de vigilancia.

Nuestra posición

Desde nuestro punto de vista, el empresario detenta una posición de garante que surge de la función de control o vigilancia de una fuente de riesgo, entendida como el ejercicio del objeto social de la compañía o actividad económica de la que se trate en cada caso; la cual comprende, como resulta apenas obvio, única y exclusivamente los resultados objetivamente imputables al ámbito de la empresa: si no es atribuible al contexto empresarial, tampoco lo será a sus agentes o administradores (delitos vinculados al establecimiento). La empresa es, entonces, considerada una fuente de riesgo.

En términos de la sistemática propuesta por Jakobs, se trata de una posición de garante en virtud de competencia por organización, esencial y principalmente por la necesidad de observar los *deberes generales de aseguramiento en el tráfico*, que obligan al empresario a organizar su actividad de forma tal que no afecte bienes jurídicos ajenos; sin que ello implique descartar la posibilidad de vinculación jurídica derivada de *deberes por asunción* (surgen cuando una persona disminuye las protecciones ya existentes que actúan en una organización ajena) y de *deberes de salvamento* (nacen cuando por un comportamiento precedente antijurídico se desata un curso lesivo que alcanzó una órbita de derechos ajena –*injerencia*–, de modo que el sujeto está en la obligación de neutralizar o revocar dicho curso dañoso) (Jakobs, 2000a, 2000b).

Regulación en la ley colombiana

La posición de garante como elemento básico de imputación en comisión por omisión, puede afirmarse, tiene una doble regulación en nuestro país, a saber:

§. En primer lugar, la general, en materia de omisión, contenida en el artículo 25 del Código Penal, que define los elementos básicos para imputar responsabilidad en comisión por omisión, al exigir (inciso segundo) que la persona detente una posición de garante, que surge de al menos una de dos situaciones: (a) el agente tenga a su cargo la *protección en concreto de un bien jurídico protegido*; o (b) se le encomendó o asumió voluntariamente *la vigilancia de una determinada fuente de riesgo*.

A renglón seguido, la norma citada presenta una enunciación de las situaciones constitutivas de posición de garante, entre las cuales destacan dos, para los efectos de este artículo:

La asunción de la función de control de una fuente de riesgo (nm. 1), hipótesis que consiste en un deber de supervisión y vigilancia de las fuentes de peligro que se tengan dentro del propio ámbito de dominio, sin importar cuál sea el bien jurídico amenazado por ellas, de donde emana el deber de adoptar las medidas pertinentes para evitar que esa fuente de peligro materialice los riesgos en bienes jurídicos de terceros –*garante de aseguramiento o vigilancia*– (Kaufmann, 2006).

La realización de una actividad empresarial se enmarca en esta situación, que consiste en la asunción voluntaria de la vigilancia y el control de una fuente de riesgo –contemplada en el nm. 1 del art. 25 del C. P.–; lo que significa, simplemente, que el empresario maneja una fuente de peligro: las actividades propias y derivadas del objeto social de la actividad económica respectiva. Por ello, el empresario está obligado a adoptar las medidas de prevención y mitigación necesarias para evitar causar daños en la salud o la vida de las personas. Se trata, entonces, de controlar los riesgos inherentes al objeto social empresarial.

La creación precedente de una situación antijurídica de riesgo para un bien jurídico (injerencia), que se configura cuando, debido a la infracción de deberes generales de aseguramiento (por ejemplo, se omite cumplir una norma que establece un determinado estándar de cuidado), se introduce una situación de riesgo para un bien jurídico, lo que obliga a realizar el comportamiento positivo que sea necesario para revocar el peligro generado o evitar el empeoramiento de la situación del bien jurídico expuesto al riesgo (*deberes de salvamento*). Piénsese en las situaciones de introducción al mercado de un producto defectuoso y el consecuente deber de retirada.

Una vez establecido que se configuran dos situaciones generadoras de posición de garante, conforme al artículo 25 del Código Penal, es necesario tener en cuenta que la atribución de responsabilidad por omisión impropia, bajo tales supuestos, solo procede frente a los delitos que atentan contra los bienes jurídicos taxativamente enunciados en el parágrafo de la norma en cita; es decir, los relativos a (a) la vida y la integridad personal, (b) la libertad individual y (c) la libertad y formación sexuales.

§. En segundo lugar, de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, también existe una posición de garante, sin limitarse a determinados bienes jurídicos, cuando existe una norma de rango constitucional o legal que establezca un deber jurídico *expreso y concreto* de evitación de un resultado.

Así, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia acoge una interpretación amplia de la cláusula contenida en el artículo 25 del Código Penal, al concluir que "*existe posición de garante* en *todos aquellos eventos* en los que, *frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace*, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis)…" (cursivas fuera de texto) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25536, 2006).

Lo anterior implica que, a pesar de no encontrarse en alguna de las situaciones descritas en los numerales 1, 2, 3 o 4 del artículo 25 del Código Penal, o aun cuando no se trate de alguno de los bienes jurídicos taxativamente enlistados por dicha norma, se es garante si existe una norma

constitucional o legal que establece una obligación jurídica de actuación *expresa y concreta* para evitar un resultado lesivo.

Por tal razón, la posición de garante surge de *esa* norma jurídica, diferente de las contenidas en el Código Penal, que impone un deber jurídico de actuación concreto; es decir, que convierte en garante –en abstracto– a una compañía en un determinado ámbito de actuación en el tráfico jurídico ordinario. Se indica que existe un deber de garante en abstracto, porque será necesario establecer a qué agente o agentes de la compañía podría atribuirse la responsabilidad penal (*vid infra*).

¿Quién es empresario-garante para efectos penales? Breve esbozo de la imputación de responsabilidad penal al interior de la empresa

§. De modo primigenio, tienen posición de garante los administradores de derecho de la compañía, concepto definido normativamente por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, a saber: el representante legal, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos sociales ejerzan esas funciones, entre otros. Tal conclusión se explica no solo en lo expuesto con referencia al artículo 25 del Código Penal, sino también porque el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 establece los deberes que pesan sobre los administradores, entre los cuales encontramos (nm. 2) la obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales.

§. Ahora bien, es factible delegar la posición de garante, siempre y cuando el delegado ofrezca las mismas garantías de protección del delegante. En principio, este acto transfiere la obligación de garante al delegado y excluye de responsabilidad al delegante; sin embargo, el delegante, por su condición de garante, tiene la obligación de seleccionar adecuadamente al delegado y, si es necesario, ejercer vigilancia y control sobre la ejecución de la delegación (Andrade Castro, 2012; Forero Ramírez, 2002; Lascuraín Sánchez, 2002; Rodríguez Mesa, 2005): el ámbito de protección que se delega sigue "perteneciendo" al delegante de forma reducida (Ramírez Barbosa, 2010). La opinión dominante entiende que jurídicamente no es viable la delegación –como eximente de responsabilidad, si bien en el plano del reparto de trabajo es posible acudir a esta figura– de los niveles de riesgo generales que representa el ejercicio de la empresa en sí misma, máxime si se trata de actividades altamente peligrosas (Demetrio Crespo, 2008).

Desde esta perspectiva, también tienen posición de garante aquellas personas que, al interior de la empresa, son receptoras –por delegación– de la función de control de una determinada fuente de riesgo de la actividad empresarial.

§. Igualmente, son garantes los agentes de la empresa que actúen como administradores de hecho; concepto para cuya definición la doctrina mayoritaria señala que es ineludible acoger un criterio material, conforme al cual lo será la persona que, fácticamente y de forma continua, desempeñe funciones de administración o dirección en la empresa (Bajo Fernández y Bacigalupo, 2001).

§. Los socios, por regla general, no cumplen el rol de gestores dentro de la sociedad. No obstante, la asamblea general o junta de socios es un órgano en el que participan todos los miembros de la asociación y cumple funciones directivas y de control (Breccia et al., 1992). Por ende, la atribución objetiva a los socios está restringida a aquellas situaciones en las que se pueda constatar que ejercieron capacidad material de gestión o decisión (Luzón Peña y Rozo Cañadillas, 2010).

§. La misma exigencia es aplicable para imputar responsabilidad al agente empresarial que actúa en otros niveles organizacionales (directivos que, según la ley, no son administradores de derecho; los mandos intermedios; o los mandos subordinados), pues se requiere que el sujeto tenga competencia material de gestión o decisión.

§. Por consiguiente, en síntesis, tienen posición de garante al interior de la empresa tanto los administradores (posición de garante originaria), como aquellos agentes (socios, empleados, etc.) que, por delegación o por asunción *de facto*, tienen la competencia material-funcional sobre el control o vigilancia de determinada fuente de peligro dentro de la empresa. Es ineludible constatar que el agente tenía el control material y no meramente formal de un determinado ámbito de competencias; por ende, la estructura organizacional fijada en los organigramas es un criterio orientador, pero insuficiente *per se* para deducir la posición de garante. No obstante, se destaca que algunos autores (Feijoo Sánchez, 2007) consideran que la empresa es la detentadora de la posición de garante originaria. A nuestro juicio, tal postura no resulta plausible, como quiera que la posición de garante está referida siempre a personas, sujetos obligados jurídicamente y, por ende, destinatarios de posible imputación penal; pero, en especial, tomando en cuenta que la empresa es, justamente, la fuente de riesgo que el garante está obligado a controlar.

Así, de tales individuos resulta exigible el cumplimiento de deberes de evitación de resultados (prestación positiva), a efectos de discernir la atribución de responsabilidad en comisión por omisión. Conviene destacar que es irrenunciable determinar, de forma individual, a cuál agente empresarial le es atribuible la infracción del deber, tomando en cuenta el rol funcional que cumple dentro de la organización.

Responsabilidad del empresario en comisión por omisión por la desatención de medidas destinadas a prevenir el financiamiento de organizaciones criminales

En el ámbito empresarial, es común que se presente una superposición entre el deber de garante y el deber de cuidado en la empresa, en función de la naturaleza del riesgo del cual se trate. De manera que, por regla general, las infracciones de deberes relativos al ejercicio de la empresa se concretan en comportamientos omisivos (Arroyo Zapatero, 1981; Demetrio Crespo, 2008). Ello no muta, en modo alguno, la fuente material de la posición de garante. Desde esta premisa, es importante hacer un rastreo general de la pluralidad de normas expedidas por las autoridades, para definir su naturaleza, como presupuesto para luego trazar los límites de la posición de garante del empresario.

Normativa internacional y nacional frente a la prevención de la financiación de organizaciones criminales

Aunque son múltiples los instrumentos internacionales que se han ocupado de establecer reglas globales para luchar contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, nos concentraremos en este apartado en las normas que guardan relación con la criminalidad organizada. En dicho marco, en el 2000 se suscribió la Convención de Palermo o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por Colombia en la Ley 800 de 2003, en la cual, entre otros aspectos, los países miembros se comprometieron a (a) penalizar el blanqueo de capitales producto del delito (art. 6); (b) adoptar medidas para combatir el blanqueo de dineros, especialmente imponiendo obligaciones, reglamentación y supervisión al sector bancario y financiero para detectar y prevenir el blanqueo de capitales (art. 7); (c) implementar sistemas de responsabilidad penal, civil o administrativa para las personas jurídicas por su participación en delitos graves en los que estén vinculadas a grupos de delincuencia organizada (art. 10); y (d) imponer medidas de prevención que eviten la participación de grupos delictivos organizados en mercados lícitos a través de la promoción de códigos de conducta y de integridad y el establecimiento de registros públicos, entre otras (art. 31).

Si bien este es un instrumento preciso en relación con la delincuencia organizada, debe destacarse que el sistema de administración de riesgos en materia de lavado de activos y de financiación del terrorismo inició mucho antes con las 40 reglas del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) constituido desde 1989 y cuyo objetivo es "… fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional" (GAFI, 2025).

Colombia adoptó estas reglas a través de la Ley 1186 de 2008, por lo que son de obligatorio cumplimiento en nuestro país. La última actualización de las reglas del GAFI es de agosto de 2025 y en ellas se destacan las siguientes: (a) obligación de los países de tipificar el lavado de activos; (b) aplicar sanciones a personas jurídicas por el lavado de activos, sin que esto excluya la responsabilidad penal de las personas naturales; (c) aplicar medidas de decomiso sobre bienes vinculados con el lavado de activos; (d) sancionar el delito de financiación del terrorismo; (e) implementar y cumplir sanciones financieras (en contra de personas naturales y jurídicas) destinadas a evitar la financiación de actividades ilícitas; (f) medidas específicas dirigidas a las OSFL (organizaciones sin fines de lucro), las cuales son propensas a ser usadas como vehículos para la financiación de actividades ilícitas; (g) debida diligencia del cliente por parte de los bancos e instituciones financieras para reportar las operaciones sospechosas oportunamente; (h) tener políticas, controles y procedimientos internos en las entidades financieras para evitar el lavado de activos y la financiación del terrorismo; e (i) identificación de beneficiarios finales en sociedades mercantiles.

Estas reglas se reflejan en el ordenamiento interno colombiano, no solo a través de la ley que las adoptó, sino también de diversas normas que imponen controles al sector financiero, a los bancos y a las empresas privadas para evitar que el riesgo de lavado de activos y de financiación del terrorismo se concrete. En consecuencia, tenemos normas como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993); las normas que contienen estatutos anticorrupción, entre ellas, la Ley 190 de 1995, Ley 1474 de 2011 y la Ley 2195 de 2022; la Ley 1121 de 2006, sobre financiación del terrorismo; y la Ley 1778 de 2016 sobre corrupción y cohecho transnacional. Todas establecen diferentes deberes que radican en las empresas, algunas del sector financiero, otras del sector real, con lo cual se generan obligaciones que deben ser cumplidas en el desarrollo de sus objetos sociales.

Dentro de tales obligaciones, tal vez la más representativa y relevante a efectos del tema que se desarrolla en este artículo es la relacionada con el deber de debida diligencia de las empresas, trasladado, por supuesto, al empresario. En virtud de este deber, están obligados a realizar un análisis del cliente del sector bancario y financiero, para evitar que se laven activos y se financie la criminalidad.

En particular, el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ordena en su numeral 1 que:

> Las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, estarán *obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación*, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas (cursivas fuera de texto).

El Código Penal (Ley 599 de 2000), por su parte, contempla como delitos el lavado de activos (art. 323), la financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada (art. 345), la omisión de control (art. 325), la omisión de reportes sobre transacciones en efectivo (art. 325A), entre otros tipos penales de acción o de omisión propia, cuyo reproche está dirigido el incumplimiento de las disposiciones sobre control de capitales ilícitos y financiación de actividades delictivas.

En adición a lo anterior, mediante la Ley 1474 de 2011, modificada por la Ley 2195 de 2022, se estableció un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria (art. 34), dirigido a las personas jurídicas, a las sucursales de sociedades extranjeras, a las personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado, a las empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro domiciliadas en Colombia. Dicho régimen se aplica en los casos en que estas se beneficien de las conductas delictivas cometidas por sus administradores o funcionarios, entre ellas el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la delincuencia organizada.

Lo anterior evidencia que, en nuestro país, al igual que en la mayoría de las naciones del mundo, rigen reglas estrictas en relación con el lavado de activos y la financiación de la criminalidad. Dichas reglas imponen, principalmente, deberes y obligaciones a los Estados y a las empresas, sean o no del sector financiero, con el fin de que, mediante un esfuerzo mancomunado y articulado entre el sector público y el privado, se puedan prevenir los delitos antes indicados. En dicha acción conjunta asumen responsabilidades penales no solo las personas naturales que son servidores públicos o administradores o trabajadores de las compañías privadas, sino también las personas jurídicas de derecho privado (en algunos países también las de derecho público). En Colombia, actualmente, los únicos que tienen responsabilidad penal son las personas naturales; para las personas jurídicas, se ha establecido un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria, dependiente del de las personas naturales, a través del cual se busca prevenir y sancionar estas actividades ilícitas. En aquellos países en los que rigen sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas, las sanciones se imponen de forma directa sobre las empresas, sin que ello implique necesariamente la exclusión automática de responsabilidad penal para las personas naturales. Un caso de actualidad y debate es el de la cementera francesa Lafarge, en el que se discute la responsabilidad penal de la empresa y de varios de sus directivos por haber financiado a grupos terroristas sirios, mientras desarrollaban su actividad económica en Siria. En concreto, el juicio que recién se inicia en Francia, permitirá determinar si la compañía desvió dineros de su actividad lícita para financiar a grupos terroristas del Estado islámico, con la finalidad de continuar su actividad cementera en ese territorio (Conflict of Laws.net, 2024).

En consecuencia, si la responsabilidad de las personas jurídicas depende de la realización del delito de la persona natural que, en el caso concreto del artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, se centra en que la empresa se beneficie de la actividad ilícita del particular (administrador o funcionario), resulta indispensable determinar en qué casos el directivo o el administrador de una compañía tiene responsabilidad penal por hechos constitutivos de lavado de activos, financiación del terrorismo o criminalidad organizada, ya sea mediante acción o comisión por omisión. Pues esta es la única forma en la que es posible ejercer una actividad sancionatoria frente a la persona jurídica.

En el contexto desarrollado en este artículo, la discusión se centra en los delitos de comisión por omisión, es decir, en aquellos eventos en los que el empresario, directivo o administrador tiene una posición de garante en virtud de la cual debió actuar de determinada manera y no lo hizo; por tanto, su omisión podría configurar una presunta conducta punible. En otras palabras, la pregunta que subsiste aquí es si, en los casos en que se incumple el deber de debida diligencia o el deber de controlar una fuente de peligro por parte del empresario, directivo o administrador, y se genera un delito de lavado de activos, financiación del terrorismo o delincuencia organizada, se configura un delito de comisión por omisión. Sobre el particular, se hará una exposición en el siguiente acápite.

Alcance de la posición de garante del empresario

§. Conforme a lo expuesto, queda claro que la fuente de la posición de garante del empresario se encuentra en el artículo 25 del Código Penal. A su vez, la pluralidad de normas que definen las medidas de prevención, control y protocolos frente al lavado de activos y la financiación del terrorismo y del crimen organizado determinan en qué consisten y cómo deben cumplirse los deberes de prestación activa (positiva) exigibles al garante-empresario.

§. Por consiguiente, es ineludible precisar cuál es el alcance de la posición de garante, para definir en qué eventos y en qué condiciones será factible atribuir, en comisión por omisión, la realización de los delitos que se vienen analizando. La obligación esencial del garante-empresario se concreta en la adopción de medidas de aseguramiento y prevención tendientes a evitar que la fuente de riesgo alcance bienes jurídicos ajenos (deber de aseguramiento).

§. Uno de los aspectos más problemáticos en materia de responsabilidad del empresario por la desatención de medidas, en lo que atañe a la atribución, en comisión por omisión, de delitos de la Parte Especial, es, sin duda, de naturaleza probatoria: establecer procesalmente que el lavado de activos o la financiación del terrorismo se produjo, justamente, como realización del riesgo prohibido creado por el empresario. Claro está, la teoría de la imputación objetiva es herramienta sumamente útil a este respecto.

En este orden de ideas, en el contexto mencionado, tenemos lo siguiente:

- Estaremos frente a una infracción de los deberes de garantía en aquellos eventos en los que podemos verificar que el empresario ha desatendido (si fue dolosa o culposamente, será un aspecto por dilucidar al momento de calificar el tipo subjetivo) las medidas de prevención y de control dispuestas por la autoridad competente para el ejercicio de la actividad empresarial, dependiendo del sector económico de que se trate –según se vio–.

- Si, como consecuencia de la infracción de los deberes de garante, se produce un resultado lesivo que constituye la plena realización del riesgo creado por el empresario, será factible atribuir, en comisión por omisión y a título de autor, a quien dentro de la empresa hayamos calificado como garante (competencia material, según lo expuesto), del correspondiente delito previsto en la Parte Especial.

- Por ejemplo, un empresario, aun estando obligado a realizar la debida diligencia a un cliente, no lo hace y, por tanto, no advierte que esta figura en una lista de personas consideradas terroristas y le permite llevar a cabo una determinada transacción comercial. Lo anterior –se subraya e insiste– siempre y cuando se corrobore que el riesgo desaprobado creado fue el mismo que efectivamente se materializó en el resultado (realización del riesgo), conforme a las reglas propias de la teoría de la imputación objetiva. Ello supone efectuar un juicio que va más allá de la comprobación de una simple relación de causalidad.

- Si, en cambio, constatamos que el empresario ha cumplido con su deber positivo de implementar las medidas de prevención y control definidas por las autoridades para la actividad económica específica de la cual se trate, aun cuando se haya producido un resultado (suministro de recursos a un grupo de delincuencia organizada), es irrefutable la imposibilidad de atribuir dicho resultado al empresario y, por ende, se trataría de una conducta objetivamente atípica.

§. Como punto final, debemos insistir en que, una vez hemos definido que una persona es garante, que infringió sus deberes especiales de prestación positiva por desatención de las medidas de prevención y control exigibles para un ámbito de actividad económica-empresarial, y a cuya conducta omisiva le es objetivamente imputable el resultado, tan solo está configurada la parte objetiva del tipo penal. Resta, por supuesto, determinar cuál será el título de imputación subjetiva (dolosa o culposa) con arreglo a las disposiciones de la Parte General del derecho penal.

Conflicto de interés

No se presentó conflicto de interés en el desarrollo de la presente investigación académica. Declaramos que no mantenemos ninguna relación financiera, profesional o personal que pudiera influir en el diseño del estudio, así como en la interpretación y publicación de los resultados obtenidos. Asimismo, manifestamos el cumplimiento de las normas éticas y de integridad científica, de conformidad con las directrices establecidas por la comunidad académica y por la presente revista.

Referencias

Andrade Castro, J. A. (2005). *La posición de garantía en virtud de una estrecha comunidad de vida*. Universidad Externado de Colombia.

Andrade Castro, J. A. (2012). *La posición de garante en virtud de una comunidad de peligro*. Universidad Externado de Colombia.

Arroyo Zapatero, L. (1981). *La protección penal de la seguridad en el trabajo*. Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo.

Bacigalupo, E. (1994). *Manual de derecho penal*. Editorial Temis.

Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S. (2001). *Derecho penal económico*. Centro de Estudios Ramón Areces.

Breccia, H., Bigliazzi, L., Natoli, U. et al. (1992). *Derecho civil* (tomo I, vol. I). Universidad Externado de Colombia.

Bustos Ramírez, J. J., y Larrauri, E. (1998). *La imputación objetiva*. Editorial Temis.

Bustos Ramírez, J. J., y Hormazábal Malarée, H. (1999). *Lecciones de derecho penal* (vol. II). Editorial Trotta.

Conflict of Laws.net (2024). *French Supreme Court ruling in the Lafarge case: The private international law side of transnational criminal litigations*. https://conflictoflaws.net/2024/french-supreme-court-ruling-in-the-lafarge-case-the-private-international-law-side-of-transnational-criminal-litigations/

Congreso de la República. (1995, 6 de junio). Ley 190 de 1995: Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0190_1995.html

Congreso de la República. (1995, 20 de diciembre) Ley 222 de 1995: Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html

Congreso de la República. (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000: Por la cual se expide el Código Penal. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Congreso de la República. (2003, 13 de marzo). Ley 800 de 2003: Por medio de la cual se aprueban 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", adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince (15) de noviembre de dos mil (2000). https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=15011

Congreso de la República. (2006, 29 de diciembre). Ley 1121 de 2006: Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1121_2006.html

Congreso de la República. (2008, 14 de abril). Ley 1186 de 2008: Por medio de la cual se aprueba el "Memorando de Entendimiento entre los Gobiernos de los Estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (Gafisud)", firmado en Cartagena de Indias el 8 de diciembre de 2000, la "Modificación del memorando de entendimiento entre los gobiernos de los Estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (Gafisud)", firmada en Santiago de Chile el 6 de diciembre de 2001, y la "Modificación al memorando de entendimiento entre los Gobiernos de los Estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (Gafisud)" firmada en Brasilia el 21 de julio de 2006. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1186_2008.html

Congreso de la República. (2011, 12 de julio). 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. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Congreso de la República. (2016, 2 de febrero). Ley 1778 de 2016: Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1778_2016.html

Congreso de la República. (2022, 18 de enero). Ley 2195 de 2022: Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2195_2022.html

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2006, 27 de julio). Sentencia de segunda instancia, rad. 25536 (M. P., Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

Cruz Bolívar, L. (2002). Los fundamentos de la omisión impropia y su tratamiento en el nuevo Código Penal. En *Estudios sobre omisión* (p. 92). Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación.

De Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S. (1986). *Derecho penal*. Parte general. Ed. Rafael Castellanos.

Demetrio Crespo, E. (2008). Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. En J. R. Serrano-Piedecasas, & E. Demetrio Crespo (Eds.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Editorial Colex.

Demetrio Crespo, E. (2009). *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Iustel.

Feijoo Sánchez, B. (2007). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Reus.

Forero Ramírez, J. C. (2002). *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*. Legis.

GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional). (2025). *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*. https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf?nocache=true

García Arán, M., y Muñoz Conde, F. (1998). *Derecho penal*. Parte general. Tirant lo Blanch.

Gómez Pavajeau, C. A. (2002). *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Gómez Pavajeau, C. A., y Cruz Bolívar, L. (2002). *Estudios sobre omisión*. Instituto de Estudios del Ministerio Público – Procuraduría General de la Nación.

Gracia Martín, L. (2004). *Estudios de derecho penal*. Idemsa.

Huerta Tocildo, S. (1987). *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.

Jakobs, G. (1997). *Derecho penal*. Parte general. Marcial Pons.

Jakobs, G. (2000a). La omisión: estado de la cuestión. En C. Roxin et al., *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra) (pp. 131-…). Editorial Civitas.

Jakobs, G. (2000b). *Acción y omisión en derecho penal* (L. C. Rey Sanfiz, & J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Trads.). Universidad Externado de Colombia.

Jakobs, G. (2001). *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. (M. Cancio Meliá, Trad.). Universidad Externado de Colombia.

Jescheck, H.-H., y Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal*. Parte general (5ª ed.; M. Olmedo Cardenete, Trad.). Marcial Pons.

Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión* (J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano González de Murillo, Trads.). Marcial Pons.

Lascuraín Sánchez, J. A. (2002). *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Editorial Civitas.

Luzón Peña, D.-M., y Roso Cañadillas, R. (2010). La administración desleal societaria en el derecho penal español. InDret: *Revista para el Análisis del Derecho*, (3). (ISSN y URL según disponibilidad editorial).

Martínez-Buján Pérez, C. (2007). *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general (2ª ed.). Tirant lo Blanch.

Mir Puig, S. (2004). *Derecho penal*. Parte general (7ª ed.). B de F.

Perdomo Torres, J. F. (2001). *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*. Universidad Externado de Colombia.

Presidencia de la República. (2 de abril de 1993). *Decreto Ley 663 de 1993: Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html*

Quintero Olivares, G. (1997). *Curso de derecho penal*. Cedecs.

Ramírez Barbosa, P. A. (2010). Responsabilidad penal empresarial. En J. Bernal Cuéllar (Coord.), *XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: derecho penal económico y de la empresa*. Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Mesa, M. J. (2005). *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*. Editorial Aranzadi.

Schünemann, B. (2002). Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. En *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Editorial Tecnos.

Silva Sánchez, J. M. (2003). *El delito de omisión: concepto y sistema* (2ª ed.). B de F.

Urbano Martínez, J. J. (2001). Los delitos omisivos en el nuevo Código Penal. En *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia.

Welzel, H. (2002). *Derecho penal alemán* (J. B. Ramírez, & S. Yáñez Pérez, Trads.). Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. et al. (2002). *Derecho penal*. Parte general (2ª ed.). Ediar.