

“WILLFUL BLINDNESS” Y “COMPLIANCE”: APLICACIÓN EN COLOMBIA*

Omar Alejandro Vera López**
Santiago Pardo Monsalve***

Resumen: El *willful blindness* es una doctrina que busca castigar a quien se sitúa en estado voluntario de ceguera sobre unos hechos delictivos. Aunque no ha sido reconocida por la legislación colombiana, hay posturas judiciales y doctrinales que han estudiado esta materia. Este artículo realiza una breve contextualización del *willful blindness* en el derecho estadounidense, el derecho español y su posible aplicación el derecho colombiano. También se estudia su posible incidencia en los programas de cumplimiento normativo y en la investigación y judicialización de la delincuencia de “cuello blanco”.

* Fecha de recepción: 6 de febrero de 2024. Fecha de aceptación: 15 de julio de 2024. Para citar el artículo: Vera López, Omar Alejandro y Pardo Monsalve, Santiago. “‘Willful blindness’ y ‘compliance’: aplicación en Colombia”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 46, n.º 120 (enero-junio de 2025), pp. 213-238.
DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v46n120.08>

** Abogado de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia y magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Consultor nacional e internacional en materia de gestión de riesgos, diseño, elaboración y ejecución de programas de cumplimiento en entidades del sector real y financiero. Investigador y director de Contenidos del Observatorio de Lavado de Activos y Extinción de Dominio de la Universidad del Rosario. ORCID: 0009-0008-7635-9980. Correo electrónico: oavera@gmail.com.

*** Abogado de la Universidad del Rosario con énfasis en derecho penal y comercial. *LL. M.* y *Merit Scholar* de Northwestern University Pritzker School of Law y magíster en Derecho Penal Económico Internacional de la Universidad de Granada con desempeño sobresaliente. Especialista en Derecho Contractual de la Universidad del Rosario y en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia. Abogado litigante y consultor en temas penales, disciplinarios y de cumplimiento normativo. ORCID: 0000-0002-2135-628X. Correo electrónico: santiagopardo10@gmail.com.

Palabras clave: *willful blindness*, tipicidad subjetiva, conocimiento, dolo evento, criminalidad de “cuello blanco”, buen gobierno corporativo, programas de cumplimiento normativo.

“WILLFUL BLINDNESS” AND “COMPLIANCE”: APPLICATION IN COLOMBIA

Abstract: “Willful blindness” is a doctrine that seeks to punish a person who decides to put herself in a state of voluntary blindness regarding some crimes. Although Colombian legislation has not recognized this figure, some judicial and doctrinal postures have studied this topic. This article provides a brief context of “willful blindness” in the American and Spanish law and its possible application in Colombian law. It also studies the influence of “willful blindness” in compliance programs and the investigation and adjudication of white-collar criminality.

Keywords: “willful blindness”, *mens rea*, intent, knowledge, white-collar criminality, good corporate governance, compliance programs.

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de actividades empresariales hay una preocupación por aumentar la adopción de esquemas de buen gobierno corporativo, desde los ámbitos organizacionales de la empresa, para facilitar la toma de decisiones gerenciales. Esto se realiza para incrementar la eficacia en el desarrollo de las actividades corporativas y, como complemento, para implementar programas de cumplimiento normativo que aseguren una adecuada gestión de riesgos penales.

La transformación económica y tecnológica de nuestra sociedad ha generado nuevos riesgos en el marco de las actividades empresariales, que exigen atención de las empresas en lo atinente a su prevención y control¹. A la luz del artículo 333 de la Constitución Política, las empresas y los empresarios tienen la responsabilidad de asumir estas tareas con la debida diligencia y el cuidado necesarios para gestionar los riesgos que pueden surgir en el curso de sus actividades económicas.

Atendiendo a esas responsabilidades, se ha concebido el concepto del *buen gobierno corporativo* como el conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de los órganos de dirección de una empresa para generar confianza en los accionistas, inversores, clientes, proveedores y trabajadores.

1 Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 37.

La gestión de riesgos es un proceso estructurado para analizar los riesgos inherentes a la organización, considerando el sector y la complejidad del mercado. Este análisis permite establecer mecanismos para mitigar los riesgos identificados. En este modelo, diferentes unidades de la empresa tienen responsabilidades específicas: algunas actúan como primera línea de defensa frente a eventos de riesgo; otras realizan actividades de supervisión y control como segunda línea; y un tercer grupo se encarga de la auditoría interna para evaluar la efectividad de los controles.

Las empresas son fuente de riesgos si no están debidamente organizadas y no tienen una cultura de prácticas de buen gobierno corporativo. Los actuales desarrollos tecnológicos permiten la aparición de cada vez más y mayores riesgos que deben ser administrados a partir de una cultura de cumplimiento de la ley y de precaución frente a las incertidumbres².

Accidentes en plantas nucleares, contaminación de alimentos, envenenamiento de las aguas, alteraciones en la genética de las plantas o los animales, explosiones de oleoductos, entre otros, son resultados indeseados de los riesgos novedosos generados por la innovación tecnológica³. Estos nuevos riesgos comparten una característica común: la incertidumbre en su ocurrencia y las consecuencias incalculables e imprevisibles que pueden provocar.

Ante esta situación, en escenarios académicos y judiciales se ha cuestionado el papel de estructuras dogmáticas rígidas, como el dolo o la culpa con representación, y la capacidad que tienen estas instituciones para cubrir todos los ámbitos posibles de responsabilidad penal. Más aún, en el ámbito de las actividades empresariales.

Debe tenerse en cuenta que la sociedad moderna permite la realización de actividades que generan riesgos, cuya probabilidad de materialización varía según cómo sean identificados, gestionados y comunicados en la empresa. A riesgos más inciertos, mayor debe ser la precaución con la que deben gestionarse.

Dentro de las distintas actividades que pueden realizar las compañías, algunas se consideran peligrosas y requieren que el empresario adopte medidas particulares para evitar que el desarrollo legítimo de sus actividades afecte, de manera desmedida, a terceros. Bajo este presupuesto, los empresarios no pueden someterse a un estado de ignorancia deliberada, con el objetivo de pasar por alto la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, o pretender exonerarse de responsabilidad si este se materializa.

En ese contexto, ha surgido una corriente, cada vez mayor, que aboga por extender el espectro de la imputación subjetiva en la determinación de la responsabilidad penal.

2 Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2001, p. 26.

3 Beck, Ulrich, ob. cit., 1998, ibíd.

Esta postura propone la penalización de aquellas personas que, de forma consiente, prefieren mantenerse en un estado de ignorancia preconcebida o deliberada (*willful blindness*) frente a una fuente de riesgo que puede ser potencialmente constitutiva de una infracción penal. De esta forma se busca evitar que estas personas eludan su responsabilidad alegando el desconocimiento de la situación y, por ende, la ausencia de dolo.

En Colombia los delitos son eminentemente dolosos, siendo la excepción los culposos o preterintencionales. La mayoría de conductas punibles de “cuello blanco” son dolosas y, por ende, requieren que se pruebe, más allá de toda duda razonable, que el sujeto activo incurrió en ellas con conocimiento y voluntad⁴.

Por esta razón, es crucial investigar cuál debe ser el enfoque en términos de tipicidad subjetiva para el empresario que, de manera deliberada, opta por mantenerse en un estado de ignorancia respecto a la posible o real comisión de delitos dentro de la empresa. Si se considera este acto como imprudente o culposo, la mayoría de los delitos no serían aplicables debido a la falta de tipicidad subjetiva y habrá un marco de impunidad. Si se considera la ignorancia deliberada como una categoría de imputación subjetiva independiente, se tendría que revisar la pertinencia de realizar una reforma al código penal para incorporarlo al ordenamiento jurídico. Sin embargo, si se interpreta al *willful blindness* como similar a la figura del dolo eventual, entonces este individuo podría ser responsable de dichos comportamientos delictivos.

Desde esta perspectiva, el propósito de este artículo es aproximarse al concepto del *willful blindness* (“ceguera deliberada” o “ignorancia deliberada”, en español) y analizar su desarrollo como elemento de imputación subjetiva del tipo penal en los Estados Unidos de América y en España. Luego se evaluará si esta figura puede aplicarse en el ordenamiento jurídico colombiano. Por último, se evaluarán posibles pautas de comportamiento dentro de las estructuras empresariales para adoptar esquemas de prevención de riesgos legales que mitiguen la comisión de delitos en estos ámbitos organizacionales.

I. “WILLFUL BLINDNESS” EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El *willful blindness* tuvo su principal desarrollo en los Estados Unidos de América. Su estudio ha estado vinculado al *mens rea*, entendido como el estado mental que una persona debe tener en relación con los elementos del delito⁵. Por esta razón es esencial analizar la redacción y definición de cada ofensa para poder determinar el

4 Velásquez, Fernando. *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018, p. 343.

5 *Ruan v. United States*, 597 U. S. 450, 142 S. Ct. 2370, 213 L. Ed. 2d 706 (2022).

estado mental que el agente debe tener para cometerla. En términos prácticos, el *mens rea* puede equipararse a la tipicidad subjetiva en el sistema penal colombiano.

En el *common law* tradicional, que es el derecho creado por jueces estatales y federales, se han establecido múltiples formas de estados mentales. Entre ellas están el propósito (*purpose*), el conocimiento (*knowledge*), la negligencia (*negligence*), la temeridad (*recklessness*), la maldad (*wickedness*) o la intencionalidad (*intent*), entre otras. Cada una de estas formas tiene sus características y jerarquías: por ejemplo, el propósito tiene mayor reproche que la temeridad o la negligencia. Las numerosas decisiones judiciales, emitidas a lo largo de los siglos, han dado lugar a la existencia de muchos términos de *mens rea* en el derecho estadounidense.

Con fin de unificar las clases de *mens rea* en categorías más estables, entre otros propósitos, el American Law Institute emitió el Model Penal Code (MPC). Aunque no tiene fuerza vinculante, muchos estados lo han adoptado total o parcialmente en sus legislaciones internas⁶. La sección 2.02(2) de esta ley modelo define solamente cuatro estados mentales: (1) *purpose*, que es el objetivo consciente de una persona para cometer u omitir un hecho; (2) *knowledge*, que es la conciencia del hecho que se realiza o deja de hacer; (3) *recklessness*, que es la conciencia sobre el riesgo en el que se incurre con un determinado hecho u omisión; y (4) *negligence*, entendida como la falta de conciencia sobre un riesgo sustancial e injustificable relacionado con un acto u omisión del agente.

Como se mencionó, el *common law* tradicional ha creado múltiples modalidades de *mens rea*, lo cual puede causar indeterminación y confusión en el sistema criminal. Por ello, tiene sentido que una de las disposiciones más relevantes del MPC sea la sección 2.02(2): la mayoría de estados ha incorporado sus cuatro estados mentales y limitado el *mens rea* a ellos, ya sea a través de sus legislaciones internas o decisiones jurisdiccionales⁷.

Sobre *willful blindness*, la sección 2.02(7) del MPC establece el *knowledge* o conocimiento considera satisfecho si la persona es consciente del hecho constitutivo del delito con una alta probabilidad de su existencia. En otras palabras, esta ley modelo reconoce que el *willful blindness* puede ser una forma de manifestación del estado mental de *knowledge* o conocimiento.

El *common law* tradicional no establece una categoría autónoma para el *willful blindness*. Es decir, no se considera un estado mental independiente de los demás que esté

6 Marcus, Paul. “The Model Penal Code and Commentaries by the American Law Institute”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, n.º 2, 1982, p. 81.

7 Dressler, Joshua y Garvey, Stephen P. *Criminal Law Cases and Materials*, 8.ª ed., St. Paul, West Publishing, 2019, p. 169.

consagrado en la normativa penal estadounidense. Por esta razón, y tomando como influencia al MPC, se ha interpretado como una forma de *knowledge* o conocimiento. Hay varios pronunciamientos sobre la materia desde el siglo XIX⁸, pero destacamos dos en particular. El primero de ellos es el paradigmático fallo de *United States v. Jewell* de 1976, emitido por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos.

En este caso, relacionado con narcotráfico, la Corte definió que el conocimiento no se limita al estado de conciencia que tiene el agente al momento de delinquir, sino que también incluye la conciencia de que existe una alta probabilidad de que se va a producir un delito. Esta providencia concluyó que el *willful blindness* es atribuible a la persona que, de manera consciente, se induce a sí misma en un estado de ignorancia frente a posibles ilícitos a través de su comportamiento⁹. Por estas razones, se asimila a la categoría de conocimiento o *knowledge*, como una de las manifestaciones del *mens rea*.

Por su relevancia, esta decisión ha sido considerada un *leading case*, es decir, un caso de amplia difusión que es frecuentemente citado y aplicado por la judicatura¹⁰. Se trata de una sentencia que contribuyó al arraigo del *willful blindness* entre los tribunales estadounidenses, a pesar de tratarse de un pronunciamiento de una corte de apelaciones federal.

Otro caso relevante, desde el ámbito civil, es *Global-Tech Appliances v. SEB*, en el que se presenta una demanda por violación de la normativa de patentes. Tiene importancia porque, a diferencia de *United States v. Jewell*, esta sentencia fue proferida por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

En este fallo se indica que el *willful blindness* es una institución propia del derecho penal estadounidense y que trae consigo la sanción de aquellos acusados que, de manera intencional, buscan eludir la aplicación de las normas penales al cegarse deliberadamente frente a hechos que podrían constituir delitos¹¹. Como complemento, se señala que los elementos que estructuran la ignorancia deliberada son los siguientes: (1) la persona debe reconocer, con alta probabilidad, la existencia de un hecho; y (2) frente a esta posibilidad, el sujeto debe tomar acciones deliberadas para evitar enterarse de dicho posible suceso¹².

8 Una destacada referencia al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha tenido el *willful blindness* en Estados Unidos de América puede encontrarse en la tesis doctoral del profesor Luis Guillermo Fernández Budajir, denominada *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, publicada por la Universitat de Barcelona en 2018.

9 *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976).

10 Fernández Budajir, Luis Guillermo. *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en el criminal law*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2018, p. 133.

11 *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S. A.*, 563 U. S. 754, 131 S. Ct. 2060, 179 L. Ed. 2d 1167 (2011).

12 Ídem.

Global-Tech Appliances vs. SEB es una sentencia emitida en un asunto civil, pero también ilustra sobre cómo interpretar el *willful blindness* en el ámbito penal¹³. Como mencionamos, esta doctrina se entiende como una modalidad de *knowledge* o conocimiento, en la que la omisión deliberada de adquirir conocimiento sobre un hecho equivale a tener conciencia sobre la conducta que el agente lleva a cabo. En la actualidad la mayoría de jurisdicciones de los Estados Unidos de América, tanto en el ámbito estatal como en el federal, reconoce y aplica el *willful blindness* como manifestación del *knowledge*¹⁴.

II. “WILLFUL BLINDNESS” EN EL DERECHO ESPAÑOL

El *willful blindness* ha sido adoptado en España para abarcar un espectro de comportamientos que, bajo la estricta clasificación de dolo o culpa con representación, podrían presentar dificultades en la determinación de responsabilidad penal.

Existen posiciones encontradas sobre la ubicación dogmática del *willful blindness* o ignorancia deliberada dentro del tipo subjetivo. Algunas posturas sostienen que el análisis de esta figura debe partir de la premisa de que esta figura forma parte del análisis de comportamientos que pueden estructurarse bajo casos dolosos¹⁵.

Según esta perspectiva, la ignorancia deliberada se puede equiparar al dolo, en la medida en que ambos comparten la característica de una previsibilidad del resultado lesivo¹⁶. En todo caso, puede ser equiparable a aquella persona que, bajo la obligación de su deber de actuar conforme a derecho, omite su deber de cumplimiento la norma frente a la sociedad, lo cual le impide la posibilidad de prepararse frente a escenarios de riesgos que suponen en todo caso su necesaria responsabilidad.

Por otro lado, hay enfoques que abogan por considerar la ignorancia deliberada como una categoría autónoma dentro del tipo subjetivo. Esta perspectiva implica que la ignorancia deliberada debería recibir un reproche punitivo menor que los comportamientos circunstanciados por el dolo, al reconocer una diferencia cualitativa en el elemento volitivo y cognoscitivo entre ambas figuras¹⁷.

13 Fernández Budajir, Luis Guillermo, ob. cit., 2018, p. 220.

14 Dressler, Joshua y Garvey, Stephen P., ob. cit., 2019, p. 176.

15 Jakobs, Günter. “Indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 1, Madrid, Marcial Pons y Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2004, pp. 346-358.

16 Cancio Meliá, Manuel. “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 1, Madrid, Marcial Pons y Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2004, pp. 57-78.

17 Miró Llinares, Fernando. “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, en *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, vol. 113, Madrid, septiembre de 2014, p. 220.

Así mismo, hay posturas críticas sobre la aplicabilidad de la figura de la ignorancia deliberada, en la medida en que genera vacíos de aplicación que no solo pueden afectar el debido proceso de las personas, sino que también pueden suponer una ruptura misma con el principio de legalidad¹⁸. Por ello, los casos de simple ignorancia deliberada no deberían dar lugar a ningún tipo de responsabilidad penal¹⁹.

Al margen de la discusión sobre la inclusión de la ignorancia deliberada como componente del tipo subjetivo y su clasificación como dolo, culpa o una categoría autónoma, la mayoría de la doctrina sostiene que la ignorancia deliberada es válida en el análisis del tipo subjetivo, especificando su estudio desde el dolo eventual. En estos casos se reprocha la actitud del agente que, ante la sospecha de los riesgos derivados de una situación particular, elige mantenerse en ignorancia para evitar asumir los riesgos o responsabilidades que implicaría conocer la situación²⁰.

En estos casos, si bien se puede optar por la renuncia al conocimiento, se parte de la premisa de que el agente infractor cuenta con una representación del resultado lesivo. No obstante, frente a esta previsibilidad y su alta probabilidad de ocurrencia, no adopta las medidas suficientes para mitigar la fuente de riesgo que está generando el curso de acción²¹.

A pesar de lo anterior, es posible identificar que en España desde el año 2000 empezó a surgir una línea jurisprudencial²² que abogaba por la consolidación de la ignorancia deliberada y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico español²³.

18 Feijóo Sánchez, Bernardo. “Mejor no saber... más: Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, en *Discusiones XIII*, Madrid, 2013, pp. 101-138.

19 Kindhäuser, Urs. “¿Indiferencia como dolo?”, *Revista de Derecho*, vol. 6, Lima, 2005, pp. 247-263.

20 Ragués i Vallès, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 192-193.

21 La doctrina y la jurisprudencia han intentado delimitar los ámbitos de aplicación del dolo eventual y la culpa con representación. Es posible distinguir dos grandes teorías: En primer lugar, la teoría de la voluntad o el consentimiento acentúa el análisis sobre el elemento volitivo del dolo. Según esta teoría, el dolo eventual se atribuye a aquellos comportamientos en los que el sujeto agente no solo puede representarse el resultado lesivo que puede surgir de la fuente de riesgo creada o supervisada, sino que también debe ser capaz de representarse controles racionales para evitar dicho resultado, los cuales debería poner en acción. Desde esta perspectiva, si los controles eran racionales y el agente podía representárselos, aunque no los ejecutara, se está en presencia del dolo eventual. Por el contrario, si los controles se representaron y el agente intentó ejecutarlos, pero estos no fueron suficientes, entonces se estará en presencia de la culpa con representación. Por otro lado, se encuentra la teoría de la representación, que acentúa el análisis en el elemento cognoscitivo del dolo. Esta postura supone determinar el nivel de representación (probabilidad) que tenía el agente infractor sobre el resultado lesivo que debía prevenir. Así, si el resultado era altamente previsible, lo cual se determina a través de un juicio *ex ante*, al infractor se le podrá imputar el dolo eventual. En caso contrario, se le atribuirá la culpa con representación.

22 Los primeros casos en los que el Tribunal Supremo español aplicó la figura de la *willful blindness* estuvieron relacionados con narcotráfico y lavado de activos. En ellos se endilgó responsabilidad

Una revisión sistemática de la jurisprudencia española permite identificar que la estructuración de la ignorancia deliberada, como elemento del dolo dentro del tipo subjetivo, se compone de los siguientes elementos: (1) determinar probatoriamente que opera el elemento volitivo, consistente en la decisión del agente de mantenerse en un estado de ignorancia frente a una fuente de riesgo que puede provocar real o potencialmente un resultado con relevancia jurídico-penal; (2) que exista un interés o, incluso, un beneficio económico para que el agente permanezca en la ignorancia; y (3) que para todos los efectos punitivos la imputación subjetiva de un comportamiento a título de ignorancia deliberada se equipare en gravedad a la imputación a título de dolo²⁴.

III. “WILLFUL BLINDNESS” Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA

La Ley 599 de 2000 establece tres clases de dolo: el directo, donde la realización de la conducta típica es perseguida de manera intencional por el sujeto activo; el indirecto, que implica la aceptación de consecuencias o efectos necesarios derivados de la conducta para alcanzar un fin determinado; y el eventual, en el que el agente considera probable un comportamiento ilícito y, a pesar de ello, continúa actuando para provocarlo²⁵.

Por otro lado, el Código Penal contempla dos tipos de imprudencia: la culpa con representación, donde el sujeto activo prevé la posibilidad de lesión al bien jurídico, pero confía en poder evitarla; y la culpa sin representación, donde la persona no prevé de ninguna manera el resultado antijurídico.

En este contexto, la Ley 599 no establece una categoría exacta, dentro de la tipicidad subjetiva, para el *willful blindness*. En nuestra opinión, y conforme al ordenamiento jurídico colombiano, los casos de ceguera deliberada pueden clasificarse en dos formas de tipicidad subjetiva, dependiendo de la postura que se asuma. Por un lado, la culpa con representación, si consideramos que el agente opta por ignorar un posible riesgo; sin embargo, para llegar a este estado mental, primero debe haber previsto la posibilidad de que ocurra. Por otro lado, el dolo eventual, pues se puede argumentar que al decidir ignorar un riesgo potencial y no hacer nada para evitarlo, la persona está dejando su realización al azar.

penal a personas que intentaron alegar desconocimiento bien frente a origen de los dineros que eran objeto de lavado de activos, o bien ante los negocios que intentaban ocultar un negocio de drogas que facilitaban su transporte o comercialización.

- 23 Ragués i Vallès, Ramon. “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”, en *Discusiones XIII*, n.º 13, Madrid, Biblioteca Miguel de Cervantes, 2015, pp. 19-21.
- 24 Tribunal Supremo español. STS 2632/2011; Tribunal Supremo español. STS 165/2013; Tribunal Supremo español. STS 946 de 2002; Tribunal Supremo español. STS 420/2003. 2003; Tribunal Supremo español. STS 1583/2000.
- 25 Mercado Cruz, Adriana y Suárez Díaz, Rosa Elena. “Tipo subjetivo”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 448-449.

Hay autores que consideran que la ignorancia deliberada es incompatible con el dolo en nuestra normativa. La razón es que el artículo 22 del Código Penal y la jurisprudencia establecen que este cuenta con el elemento del conocimiento, mientras que el *willful blindness* pretende dejarlo de lado y reemplazarlo. Por lo anterior, se estima que su aplicación violaría los principios de legalidad y prohibición de analogía *in malam partem*²⁶.

Se ha comprendido que la ignorancia deliberada puede llegar a desdibujar el error de tipo como elemento negativo del dolo, e incluso se ha considerado que esta figura puede utilizarse para calificar como dolosos ciertos hechos que ni siquiera podrían imputarse a título de imprudencia o culpa²⁷. Así mismo, se ha mencionado que sería necesaria una reforma a nuestro sistema legal para su incorporación, ya que las manifestaciones actuales de imputación subjetiva son insuficientes. Esto implica que se requeriría una positivización de la ceguera deliberada, evitando equiparaciones con otras figuras de nuestro Código Penal²⁸.

A pesar de que son puntos de vista garantistas y respaldados en la ley, así como por múltiples providencias de las altas cortes, la tendencia en la doctrina nacional ha sido la de abrir las puertas a una eventual introducción del *willful blindness* como una manifestación del dolo eventual.

En efecto, hay voces que consideran que la ceguera deliberada es compatible en casos de testaferrato en sociedades comerciales, especialmente cuando un administrador de hecho (que actúa como el dominante de la persona jurídica) utiliza a un “hombre de paja”, que sería el administrador formal, para adquirir bienes ilícitos²⁹. En este sentido, se argumenta que debería haber un reproche penal sobre los administradores de hecho que, conscientemente, deciden adoptar un estado mental de desconocimiento con el propósito de evitar sanciones, alegando que no tenían conocimiento efectivo y suficiente sobre los hechos delictivos³⁰.

También se debaten cuestiones sobre la aplicabilidad de la ignorancia deliberada en el marco del lavado de activos, particularmente en eventos en los que voluntariamente se decide desconocer el origen de los bienes, considerando que podrían provenir de

26 Socha Mazo, Juan Carlos. *La ignorancia deliberada en derecho penal: su incompatibilidad con el C.P. colombiano*, Medellín, Universidad EAFIT, 2020, p. 24.

27 Serna Yepes, María Camila. “Sobre las lagunas de la punibilidad y la teoría de la ignorancia deliberada”, en *Derecho Penal y Sociedad*, Bogotá, 2021. Disponible en <https://grupocbeccaria.wixsite.com/my-site/post/sobre-las-lagunas-de-la-punibilidad-y-la-teoría-de-la-ignorancia-deliberada>.

28 Rojas Araque, Zaira Natalia. *La ignorancia deliberada: imputación dolosa del tipo en casos de ignorancia del agente*, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 2017, p. 13.

29 Bravo Gutiérrez, Alejandro *et al.* “Criterios de imputación jurídico-penales frente al testaferrato de las sociedades comerciales”, en *UNA Revista de Derecho* (en línea), vol. 6, n.º 2, 2021, pp. 238-239.

30 *Ibíd.*, p. 239.

un delito. Al dejar esta circunstancia al azar, podría interpretarse por dolo eventual³¹. Este planteamiento se alinea con los postulados de Blanco Cordero, quien estima que hay dolo eventual cuando una persona, de forma deliberada, elige ignorar si los bienes tienen procedencia ilícita, a pesar de que las circunstancias sugieren que es probable que así sea³².

Complementariamente, se ha afirmado que la ignorancia deliberada es aplicable en nuestro país según pronunciamientos judiciales, que han establecido la posibilidad de atribuir la comisión de delitos a título de dolo eventual a un delegado dentro de una estructura empresarial si no cumple con las reglas, condiciones y limitaciones derivadas del principio de confianza³³.

Si bien la Corte Suprema de Justicia no ha emitido sentencias específicas sobre este tema, encontramos dos salvamentos de voto, de 2011 y de 2012, de la magistrada María del Rosario González Muñoz. En ambos eventos la sala mayoritaria determinó que la Fiscalía no logró probar que los acusados tuvieran pleno conocimiento de su conducta. Es decir, hubo carencia de elemento cognoscitivo del dolo. En el salvamento de 2011 la magistrada expresó lo siguiente:

[...]

Es lo que la nueva tendencia del derecho penal denomina “ignorancia deliberada” para aquellos eventos en que un sujeto provoca su propio desconocimiento, en donde se hace acreedor al tratamiento propio de los delitos dolosos, siendo desarrollado, fundamentalmente, en varias decisiones del Tribunal Supremo español, a partir del año 2000, cuya aplicación se hace imperiosa por responder a la necesidad de establecer un derecho penal unificado, acorde con el proceso de globalización, en la medida en que resulte compatible con la codificación interna.

Esta teoría también encuentra eco en Jakobs, como categoría del dolo al expresar que “la indiferencia respecto al derecho, que de ordinario se traduce ‘sólo’ como ignorancia de la ilicitud, puede derivar también en indiferencia sobre los hechos y, en consecuencia, conduce también al desconocimiento de la realización del tipo”³⁴.

31 Vargas Mendoza, Ligia María. *Armonización del delito de lavado de activos en los países de la Alianza del Pacífico*, Bogotá, Ibáñez, 2015, pp. 75-76.

32 Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2015, p. 107.

33 Torres López, Javier Augusto. “La responsabilidad penal del empresario: entre el principio de confianza y la ignorancia deliberada”, en *Diálogos Punitivos*, 2019. Disponible en <https://dialogospunitivos.com/la-responsabilidad-penal-del-empresario-entre-el-principio-de-confianza-y-la-ignorancia-deliberada/>.

34 CSJ SP, 5 de octubre de 2011, rad. 30592 (salvamento de voto).

En su disenso de 2012, la magistrada González Muñoz reiteró estas manifestaciones y fue un paso más allá, al considerar que doctrina del *willful blindness* asimila el dolo al desconocimiento cuando la persona, de forma voluntaria, se induce en un contexto de ceguera ante las circunstancias de sus propios hechos. Esto siempre y cuando también pueda, de forma voluntaria, salir de esta situación de ignorancia³⁵.

Aunque estas providencias carecen de fuerza vinculante, constituyen herramientas interpretativas valiosas sobre la ignorancia deliberada y pueden ofrecer indicios sobre posibles inclinaciones futuras de la jurisprudencia. Cabe destacar que la magistrada González Muñoz citó sentencias y doctrinas extranjeras para fundamentar lo que podría considerarse una primera postura judicial en nuestro país.

Si bien la ignorancia deliberada ha tenido un tratamiento escaso en la Corte Suprema de Justicia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió una sentencia el 20 de agosto de 2019, en la que utilizó la teoría de la ceguera deliberada para dictar un fallo condenatorio. Los hechos fueron los siguientes: una persona fue sorprendida por la policía de vigilancia conduciendo un vehículo registrado como robado. Por este motivo, fue capturada en flagrancia por receptación a título de dolo eventual. El Tribunal sostuvo:

Esta teoría, denominada “ignorancia deliberada” hace referencia a aquellos eventos en que el sujeto provoca su propio desconocimiento, haciéndose acreedor al tratamiento de los delitos dolosos, pues se coloca deliberadamente a sí mismo en una situación de ceguera ante las circunstancias de sus propios hechos, es decir, que quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto, se mantiene en una situación de no querer saber.

[...] Así pues, el que es responsable de sus [*sic*] desconocimiento, responde dolosamente a título de dolo eventual, a no ser que pruebe que no fue por falta de interés, es decir, que la persona decidió permanecer en la ignorancia, aun teniendo la posibilidad de disponer de la información que se pretende evitar, lo que denota su indiferencia acerca de los bienes jurídicos protegidos.

Bajo tal concepto es que se estructura el dolo eventual, pues la indiferencia del agente respecto de la afectación al bien jurídico protegido, permite la materialización de la conducta punible, pues se deja librado al azar el resultado de la acción, a pesar de haber tenido la oportunidad de evitarlo, ello al haberse puesto en una situación de ceguera intencional³⁶.

35 CSJ SP, 4 de julio de 2012, rad. 38254 (salvamento de voto).

36 TSDIC SP, 20 de agosto de 2019, rad. 76001600019320170620801.

Los siguientes son los elementos que según esta corporación estructuran la ignorancia deliberada bajo el título de imputación subjetiva del dolo eventual: (1) la capacidad del sujeto para abandonar esa situación si así lo hubiera deseado; (2) el deber de procurarse esos conocimientos; y (3) que el sujeto se beneficie de la situación de ignorancia que él mismo buscó³⁷.

Así mismo, se señala que no habrá dolo eventual cuando se demuestre que el desconocimiento no fue voluntario. Consideramos que esto plantea una indebida inversión de la carga de la prueba³⁸, ya que sugiere que la defensa tiene la responsabilidad de demostrar que las circunstancias cognitivas relacionadas con su comportamiento no fueron premeditadas.

En contra de esta decisión se interpuso recurso de casación, que fue inadmitido. En el auto no se desarrolló el concepto de “ignorancia deliberada”, pero se mencionó lo siguiente sobre la conducta del procesado en sus consideraciones:

[...] pese a estar en condiciones de obrar diferente y tener el deber y la capacidad de hacerlo, se colocó en una condición de “ignorancia deliberada” o “ceguera autoprovocada” para desconocer el evidente origen ilícito del vehículo con la intención de procurar su propio beneficio, y en razón de ello le endilgó responsabilidad en el delito de receptación, bajo la modalidad de dolo eventual³⁹.

En conclusión, la ignorancia deliberada ha sido considerada por un sector de nuestros jueces y doctrina una posible forma de dolo eventual. Esta figura es controvertida y sujeta a críticas. Sin embargo, se están estableciendo algunas bases, de manera gradual, para la posible introducción del *willful blindness* en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello será suficiente que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia emita sentencias en las que se pronuncie sobre alguna teoría del caso fundamentada en la ignorancia deliberada.

Es un asunto relevante porque el *willful blindness* aborda un tema que, a la luz de la doctrina penal tradicional, no ha recibido un tratamiento específico: la combinación entre el desconocimiento y la intencionalidad⁴⁰. Por esta razón, es pertinente analizar su posible incidencia en diversas esferas del derecho nacional, como ha sido planteado por diversos académicos y tribunales citados.

37 Ídem.

38 Urbano Martínez, José Joaquín. *¿Dudar y condenar? El impacto de las cargas probatorias dinámicas en el sistema acusatorio colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 320.

39 CSJ SP, 9 de junio de 2021, rad. 56717.

40 Manrique, María Laura. “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, en *Isonomía*, n.º 40, 2014, p. 165.

IV. “WILLFUL BLINDNESS”, LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES Y PRUEBA DEL DOLO

La ignorancia deliberada supone ampliar el espectro de la tipicidad subjetiva, con el propósito de analizar comportamientos que, sin encajar en la clásica división del dolo y la culpa, pueden ser igualmente merecedores de reproche penal. En especial, en aquellos ámbitos que suponen, de forma constante, un control y supervisión de actividades generadoras de riesgo.

La sociedad moderna está marcada por la incorporación de tecnologías que facilitan los procesos de producción, aumentan la competitividad económica y favorecen la implementación de estrategias de valor en el desarrollo de negocios que implican un mayor involucramiento con circuitos económicos globalizados. A la par de estos avances tecnológicos también emergen nuevos riesgos sobre los que la sociedad demanda una especial atención en su gestión y administración por parte de los actores que constantemente interactúan con ellos⁴¹.

Esta coyuntura, que también afecta a las actividades empresariales, ha generado una creciente responsabilidad y sensibilización por la forma como los agentes económicos desarrollan sus operaciones y cómo estas pueden generar *externalidades negativas*⁴² que pueden afectar potencialmente a otras personas⁴³.

Rápidamente se ha entendido que las actividades empresariales pueden generar serios riesgos para la sociedad, cuya protección ha empezado a ocupar la agenda del derecho penal moderno. Sobre el particular, iniciativas como las 40 recomendaciones

41 Beck, Ulrich, ob. cit., 1998, pp. 40-42.

42 Stiglitz, desde la perspectiva económica, tuvo oportunidad de hacer un análisis de las fallas de los mercados en los circuitos económicos, partiendo del supuesto de que la economía del bienestar sólo tiene eficiencias paretianas en ciertas condiciones. Por regla general, es posible encontrar en el mercado seis condiciones que dificultan su eficiencia. Estas condiciones, también llamadas *fallas*, son las siguientes: fallas de competencia, bienes públicos, externalidades, mercados incompletos, asimetrías de información y desequilibrio económico.

Nos detenemos en las externalidades, que son entendidas como las consecuencias positivas o negativas que puede generar una persona o una empresa producto de ejercer una actividad económica. Estaremos en presencia de una externalidad cuando la actividad económica genera una repercusión a una tercera persona de la cual no hay una compensación económica por el daño (ejemplo de lo anterior se pueden ver en los casos de contaminación ambiental por realizar actividades empresariales). Así mismo, una externalidad positiva es aquella en la que una tercera persona se ve beneficiada por la realización de una actividad económica de un tercero, sin que medio un pago o recompensa por ese beneficio, situación que se puede presentar cuando un apicultor se ve beneficiado cuando en el terreno colindante una empresa se dedica a la siembra de flores para su comercialización. Para consultar más información sobre el particular, se puede consultar: Stiglitz, Joseph. *La economía del sector público*, Barcelona, Antoni Bosch, 2000, p. 95.

43 Silva Sánchez, Jesús María, ob. cit., 2001, p. 29.

del GAFI, las convenciones internacionales de lucha en contra de la corrupción⁴⁴, los diez principios del Pacto Global de las Naciones Unidas y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas en el marco de la agenda 2030 han llevado a que las organizaciones empresariales presten especial cuidado a ciertos riesgos⁴⁵, cuya inobservancia puede acarrear consecuencias penales.

La inadecuada administración de los riesgos generados por las actividades empresariales puede dar paso a consecuencias sumamente nocivas para la comunidad⁴⁶. Lo anterior supone un deber especial, en cabeza de estas organizaciones, de administrar adecuadamente estas fuentes de riesgo. En este contexto, los programas de cumplimiento empresarial se han convertido en un referente para la adopción de prácticas de buen gobierno corporativo, permitiendo a las organizaciones empresariales administrar adecuadamente los riesgos a los que se exponen con ocasión de las actividades económicas que explotan.

Los primeros referentes de programas de cumplimiento se remontan a la década de 1970, con la expedición de la Ley contra Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act) en 1977 por el Congreso de los Estados Unidos durante la administración de Jimmy Carter. Esta ley exige que todas las empresas estadounidenses que operan en jurisdicciones extranjeras, ya sea directamente o a través de subsidiarias (como sucursales, filiales o subordinadas), implementen programas destinados a garantizar el cumplimiento de la ley en esos lugares y se abstengan de llevar a cabo prácticas corruptas⁴⁷.

Desde entonces los programas de cumplimiento han ampliado su alcance. Actualmente los riesgos más significativos y de mayor incidencia para las actividades empresariales son gestionados a través de este tipo de programas. Estas consideraciones son

44 Nos referimos expresamente a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

45 Llamamos la atención sobre el hecho de que los principales riesgos que se han expuesto en estas iniciativas internacionales se relacionan con la necesidad de que las organizaciones empresariales gestionen adecuadamente los siguientes riesgos: (1) los riesgos de lavado de activos, financiación del terrorismo y financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva; (2) los riesgos de corrupción pública y privada; (3) los riesgos de afectación medioambiental; (4) los riesgos de afectación social y de derechos humanos; (5) los riesgos de negación de derechos laborales y de seguridad y salud en el trabajo; (6) los riesgos de sostenibilidad económica, legal y social.

46 Destacamos algunos de los casos más grandes asociados a la indebida gestión de riesgos en las actividades empresariales: el caso HSBC Estados Unidos (lavado de activos); el caso Enron (fraude y corrupción privada); el caso Odebrecht (corrupción pública); el caso de Johnson y Johnson por el uso de asbesto en productos de talco (riesgo social); Chernobyl (contaminación ambiental), entre otros.

47 Department of Justice. *A Resource Guide to the U. S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2.^a ed., Washington D. C., Department of Justice y Securities and Exchange Commission, 2020, p. 3.

relevantes en empresas con un alto nivel de complejidad en su estructura⁴⁸. En estas organizaciones son frecuentes las delegaciones y desconcentraciones de actividades, lo cual dificulta la imputación de delitos a las personas naturales involucradas.

En el caso colombiano, los artículos 333 y 334 de la Constitución Política establecen que la actividad empresarial y la libre iniciativa privada tienen como finalidad el bien común, y que a la empresa le corresponde una función social que implica una serie de obligaciones. Estas obligaciones son desarrolladas por la ley y la Rama Ejecutiva a través de los reguladores y supervisores de los diversos sectores que componen la economía colombiana.

En efecto, desde el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 se enuncia una serie de obligaciones para los administradores de una sociedad que supone desarrollar adecuadamente el objeto social de la empresa, cumplir con la ley y los estatutos de la sociedad y la prohibición de usar indebidamente la información privilegiada de la empresa, entre otros.

Estas obligaciones exigen que el empresario sea diligente en la gestión de los negocios de la empresa, así como que anticipe el cumplimiento de estándares normativos establecidos por las autoridades de supervisión. Estas entidades han asignado deberes especiales, en varios sectores específicos de la economía, para la supervisión de riesgos con implicaciones penales, tales como los riesgos de lavado de activos, corrupción, ciberseguridad, sostenibilidad y medioambientales.

Frente a estos escenarios, la línea entre la falta de representación del riesgo y su omisión deliberada, como criterio de imputación subjetiva, se torna borrosa: de por medio existen normas de obligatorio cumplimiento para el empresario, que le exigen un especial deber de diligencia frente a la forma como, simultáneamente, impulsa sus negocios y administra los riesgos que se generan de su actividad.

Sobre este asunto, traemos a colación el caso del Banco HSBC de los Estados Unidos. Según el Departamento de Justicia, entre el 2006 y el 2010 el HSBC USA congeló los gastos de funcionamiento del área de cumplimiento del banco buscando optimizar sus ganancias. Esta conducta generó un inadecuado monitoreo de operaciones por valor de USD \$ 670.000 millones provenientes de transacciones realizadas en las filiales de HSCB en México y Rusia⁴⁹.

Los deficientes controles ejecutados por el HSBC permitieron que personas pertenecientes a los carteles de Sinaloa en México y Norte del Valle en Colombia pudieran

48 Abello Gual, Jorge Arturo. *Derecho penal empresarial*, Bogotá, Leyer Editores, 2015, p. 26.

49 Department of Justice. *United States of América vs HSBC Bank USA and HSBC Holdings PLC Deferred Prosecution Agreement*, 2012, pp. 1-60.

lavar dinero a través del sistema financiero estadounidense. Según el informe del Departamento de Justicia, cerca de 600 millones de transacciones fueron procesadas por el HSBC USA sin aplicar procedimientos adecuados para el congelamiento de activos según los estándares de la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC, por sus siglas en inglés). Lo anterior generó que las estructuras de crimen organizado mencionadas incorporaran cerca de USD \$ 881 millones al sistema financiero de Estados Unidos.

En este caso es reprochable la forma en que los principales directivos del banco prefirieron no conocer la forma como estaba funcionando el área de cumplimiento como resultado del congelamiento de los gastos de funcionamiento de esta área. Como tal, estos directivos asumieron que el hecho de congelar estos gastos no suponía, *per se*, la inoperancia de esta área, y prefirieron mantenerse en estado de ignorancia sobre lo que verdaderamente podía estar sucediendo frente a la mitigación efectiva del riesgo de lavado de activos de la entidad financiera.

Un caso similar sucedió de forma más reciente con el *exchange* de criptoactivos Binance. El pasado 21 de noviembre de 2023 ante la Corte del distrito oeste de Washington la empresa Binance y su fundador, Chanpeng Zhao, llegaron a un acuerdo de culpabilidad diferida por haber cometido infracciones a la Ley del Secreto Bancario (BSA, por sus siglas en inglés) al no haberse registrado como empresa trasmisora de dinero en los Estados Unidos y por no haber implementado un programa eficaz para la administración del riesgo de lavado de activos.

El Departamento de Justicia indicó que Binance priorizó el crecimiento económico y financiero de su organización y se mantuvo en estado de ignorancia frente a los riesgos de lavado de activos que se podían generar de su actividad comercial. Esto provocó que la empresa facilitara el envío de activos digitales a grupos terroristas, ciberdelincuentes y redes de trata de personas, además de proporcionarles acceso a recursos y productos del sistema financiero estadounidense.

Además, Binance no implementó procedimientos efectivos de conocimiento de contrapartes, no realizó monitoreo de transacciones y no presentó reportes de operaciones sospechosas a FinCEN. Dentro de la investigación, también se determinó que Binance tenía un gran número de clientes dentro de jurisdicciones sancionadas por los Estados Unidos, como Irán⁵⁰.

Los casos de ceguera deliberada no son exclusivos de los riesgos de lavado de activos. Como advertimos previamente, hay otros riesgos como la corrupción empresarial y los delitos medioambientales, donde figuras como el dolo eventual se pueden quedar

50 Department of Justice. *United States of America vs Binance Holdings Limited Plea Agreement*, 2023. Disponible en <https://www.justice.gov/media/1326901/dl?inline>.

cortos para su análisis. Por ejemplo, cuando el administrador de una organización opta por mantenerse en un estado de ignorancia respecto a la labor encomendada a su abogado en un proceso legal, quien a su vez soborna a un funcionario judicial para obtener una sentencia favorable a los intereses de su cliente. En este caso el administrador encubre el monto entregado al servidor público como parte de los “honorarios de gestión”, los cuales resultan inusualmente elevados.

Lo mismo se puede presentar con una empresa de transporte y distribución de petróleo que opta por mantenerse en completo estado de ignorancia respecto a las técnicas, herramientas y materiales usados por un proveedor de servicios que se encargue de brindar mantenimiento a las redes de distribución. Esto puede provocar una fuga de petróleo que desencadenaría un delito de contaminación ambiental.

En similar sentido puede suceder con una persona que se dedica a la comercialización de animales domésticos, que decide mantenerse en estado de ignorancia sobre el origen de los animales que son ofrecidos por sus proveedores. Este escenario puede resultar en la comisión del delito de tráfico de fauna al comercializar animales estrictamente prohibidos por ley.

En estos ejemplos, la prueba del dolo se vuelve problemática, ya que el agente ignorante podría fácilmente excusarse argumentando que la actuación poco diligente, el incumplimiento del deber de cuidado o la representación del resultado lesivo debe ser atribuible a otra persona distinta que hace parte de la organización⁵¹.

Así pues, dada la naturaleza de los riesgos especiales que pueden acompañar el desarrollo de actividades empresariales, figuras como la ignorancia deliberada pueden encontrar su relevancia en nuestro ordenamiento jurídico. Esto servirá para evitar situaciones en las que los administradores intenten justificar su ausencia de conocimiento sobre un hecho delictivo por situarse en una situación de ignorancia voluntaria y consiente sobre la fuente de riesgo que debe ser objeto de vigilancia.

Esta discusión es de relevancia porque, en virtud del principio de culpabilidad, se prohíbe la declaratoria de responsabilidad penal si no se prueba, más allá de toda duda razonable, la tipicidad subjetiva en la conducta del acusado. Para probar el dolo, nuestra jurisprudencia da por sentado que en rara ocasión se cuenta con evidencia directa del conocimiento y la voluntad del agente, por lo que puede acreditarse por medio de prueba indirecta, es decir, valiéndose de indicios⁵².

51 Ramírez Barbosa, Paula Andrea. “Derecho penal corporativo y compliance: criterios de imputación penal en las empresas”, en *Problemas actuales de derecho penal económico, responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance penal y derechos humanos y empresa*, Estanislao Escalante et al. (coords.), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020, p. 281.

52 CSJ SP, 16 de mayo de 2018, rad. 52545.

Sin embargo, no todos los indicios deben ser considerados suficientes para establecer la presencia de dolo. Los jueces deben ejercer cautela al evaluar las pruebas, especialmente las indiciarias. En este sentido, doctrinalmente se ha determinado que para probar el dolo del acusado solo deben ser considerados los indicios objetivos que conduzcan a conclusiones razonables y satisfactorias sobre el conocimiento y la intención del acusado al cometer el delito⁵³.

Por otro lado, factores como la personalidad del acusado o su aparente “frialidad” pueden generar indicios que, aunque sean atractivos y de sencillo uso para la judicatura, no reflejan adecuadamente el estado mental del acusado al cometer la conducta que se imputa y, por lo tanto, no deberían ser valorados en la sentencia⁵⁴.

Una herramienta relevante para la construcción de la prueba indiciaria pertinente para la criminalidad empresarial puede encontrarse en la forma en que una organización desarrolla, implementa y ejecuta un programa de cumplimiento. Es importante mencionar que en Colombia varios sectores de la economía⁵⁵ están obligados a implementar este tipo de programas.

El modo en que las organizaciones desarrollan estos programas; la importancia que se les asigna dentro de los esquemas de buen gobierno corporativo; los recursos destinados a su funcionamiento; la idoneidad del personal contratada para ejecutar la función de cumplimiento; los niveles de interlocución que tiene el área de cumplimiento ante los órganos directivos y la relevancia que se le otorga a la información generada por el área de cumplimiento para la toma de decisiones de la empresa son algunos de los elementos que se proponen para determinar la configuración de situaciones de ignorancia deliberada dentro de los ámbitos empresariales.

53 Ragués i Vallès, Ramon. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 4, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2004, p. 25.

54 *Ibíd.*, p. 25.

55 Citamos algunos de los sectores económicos: el sector de juegos de suerte y azar del nivel nacional (resoluciones 20215000012784 y 20195100044514 de Coljuegos); sector de juegos de suerte y azar del nivel territorial (Acuerdo 574 de 2021 del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar); sector de comercio exterior (Circular 170 de la DIAN); sector de Operadores Postales de Pago (Resolución 2564 de 2016); organismos deportivos constituidos como ESAL (Circular 06 de 2016 del Ministerio del Deporte); organismos deportivos constituidos como clubes con deportistas profesionales (Circular 05 de 2016 del Ministerio del Deporte); sector solidario (Circular 20 de 2020 de la Superintendencia Solidaria); sector de notarios (Instrucción Administrativa 17 de 2016 y 8 de 2017 de la Superintendencia de Notariado y Registro); sector real (capítulo X de la Circular Básica Jurídica); sector de transporte de carga (Resolución 074854 de 2016 de la Superintendencia de Puertos y Transporte); blindadoras de vehículos, empresas de seguridad y vigilancia y empresas de servicios de arrendamiento de vehículos blindados (Circular 008 de 2011 de la Superintendencia de Vigilancia); instituciones financieras (Circular 027 de 2020 de la Superintendencia Financiera); sector salud (Circular 009 de 2016 de la Superintendencia de Salud); y sectores obligados a adoptar programas de transparencia y ética empresarial “PTEE” (Circular 100-000011 de 2021 de la Superintendencia de Sociedades).

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que los siguientes eventos pueden llegar a constituir indicios de ignorancia deliberada en la ejecución de actividades de administración de riesgos en los ámbitos empresariales:

A. “Paper compliance”

La doctrina lo describe como una simulación de cumplimiento; en otras palabras, un cumplimiento “cosmético” que muestra una intención fingida, no genuina, de abordar seriamente la prevención de conductas delictivas en el interior de la empresa⁵⁶.

La estructuración de un programa de cumplimiento supone un análisis profundo de la complejidad y los procesos de la persona jurídica. Se requiere revisar aspectos específicos como su objeto social, el relacionamiento con *stakeholders*, los procesos estratégicos, misionales, de apoyo y de control que tiene la empresa, los riesgos a los que se expone en desarrollo de su actividad, su cultura organizacional, la ética corporativa, entre otros aspectos.

Todo esto supone que los administradores deben evitar la implementación de programas de cumplimiento genéricos, abstractos o simplemente copiados o extraídos de otras compañías. De lo contrario, se podría considerar que el administrador de la organización no está tomando las acciones necesarias para ejercer una adecuada supervisión de las fuentes de riesgo a las que está expuesta la empresa, al punto en el que opta de forma deliberada por mantenerse en un estado de ceguera frente a la supervisión y tratamiento de los mismos.

Por estas razones, se podría considerar un indicio de dolo el que los administradores u accionistas implementen *paper compliance* dentro de sus empresas, o que soliciten su redacción a terceros sin realizar un análisis adecuado de las fuentes de riesgo de la empresa o sus mecanismos de mitigación y control, optando por mantenerse en un estado de ignorancia voluntaria y deliberada frente a ellas.

B. Falta de identificación o identificación inadecuada de los riesgos de la organización empresarial

Uno de los elementos medulares de cualquier programa de cumplimiento es la identificación y evaluación de riesgos de cumplimiento. En efecto, de esta actividad se desprende la posibilidad que tienen las empresas no solo de conocer adecuadamente los riesgos a los que se exponen en desarrollo de su actividad, sino también de adoptar los controles adecuados de acuerdo de la naturaleza y la criticidad de los riesgos que han sido detectados.

56 Ramírez Barbosa, Paula Andrea y Ferré Olivé, Juan Carlos. *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*. Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019, p. 89.

Omitir de forma deliberada la identificación de riesgos relevantes en la empresa, o mantenerse en un estado deliberado de ignorancia frente a ellos, puede llegar a considerarse una situación de ceguera deliberada. Mal podría el administrador o el supervisor de la fuente de riesgo pretextar una ausencia de conocimiento para exonerarse de responsabilidad penal.

Situaciones de este tipo pueden presentarse cuando: (1) el ejercicio de identificación de riesgos no toma en consideración todos los procesos y actividades que desarrolla la empresa en el giro ordinario de sus actividades; (2) no se evalúan los riesgos que se pueden presentar en procesos que suponen interacción permanente con clientes, proveedores o terceras partes relacionadas; (3) no se revisan y actualizan, de forma periódica, las matrices de riesgo de la organización; (4) no se adoptan controles adecuados o eficaces atendiendo la complejidad del riesgo que ha sido detectado; o (5) en casos en los que se presentan sesgos en la calificación de efectividad de los controles que ha implementado la organización, evitando profundizar en las características del mismo.

Debe tenerse en cuenta que los programas de cumplimiento, como cualquier sistema de administración de riesgos, suponen un proceso de mejora continua. Se deben estar identificando los riesgos a los que se expone la organización de forma permanente, atendiendo las actividades que desarrolla o los productos que ofrece al mercado.

C. Desconocimiento voluntario frente a los informes y reportes de las áreas de riesgos de las organizaciones

Uno de los casos donde se puede observar la ignorancia deliberada es cuando el administrador o el decisor dentro de la organización opta, de forma intencional y voluntaria, por desconocer el contenido de un informe emitido por las áreas de riesgos, cumplimiento o auditoría de la empresa. Lo anterior, con el objetivo de ignorar información que real o potencialmente puede suponer la materialización de un riesgo para la organización.

En este tipo de situaciones, que también son descritas por la doctrina como los casos del *administrador ignorante*⁵⁷, el administrador toma decisiones para la organización sin profundizar en detalles relevantes que podrían suponer la materialización de un riesgo legal. De esta forma, se mantiene en un estado de ignorancia consciente con el objetivo de que, en caso de que se concrete el riesgo en un riesgo penalmente relevante, pueda disculparse por su desconocimiento para tratar de evadir su responsabilidad⁵⁸.

57 Ragués i Vallès, Ramon, ob. cit., 2008, p. 110.

58 Corral Panadero, Esmeralda. *La ignorancia deliberada: ¿una figura autónoma de imputación subjetiva en derecho penal?*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2013, pp. 86-87.

Por lo anterior, las circulares de supervisión, que exigen a los sujetos obligados la implementación de programas de cumplimiento, precisan que los oficiales de cumplimiento deben tener una interlocución directa con los órganos de administración de la sociedad. El propósito es que tengan una mayor facilidad en la comunicación de información relevante sobre los riesgos que se pueden llegar a presentar para las organizaciones al momento de realizar cualquier operación comercial.

Desconocer de forma consciente los informes de las áreas de riesgos o de auditoría debe ser considerado, a la luz de ignorancia deliberada en sede de tipicidad subjetiva, una forma en que se puede aplicar el dolo eventual.

D. La idoneidad del personal contratado para ejecutar la función de cumplimiento

Para que los programas de cumplimiento funcionen adecuadamente es necesario que las áreas de riesgos cuenten con personal técnico y calificado que pueda abordar los procesos que se desarrollan en ellas. Pueden surgir casos en los que el administrador de una organización decida integrar estos sectores con personal poco especializado, o incluso que asigne la función de cumplimiento de forma concomitante con otras áreas de la organización. Este aspecto puede impactar negativamente en la eficacia de la administración de riesgos, no solo por la sobrecarga de funciones en la organización, sino también porque las personas involucradas no cuentan con los perfiles necesarios para lograr ejecutar este tipo de actividades.

En caso de materializarse un riesgo para la organización, el administrador puede alegar que designó en el área al personal mínimo para poder dar alcance a este tipo de funciones y, con ello, alegar desconocimiento sobre cómo ese personal llevaba a cabo sus responsabilidades en dicha área. En estos supuestos, consideramos que también puede darse cabida a la figura de la ignorancia deliberada.

CONCLUSIONES

Vivimos en una sociedad caracterizada por la aparición de múltiples formas de riesgos. En ella, las personas jurídicas tienen un papel cada vez más relevante en el mercado y en las relaciones económicas. En este contexto, es necesario encontrar soluciones para atribuir responsabilidades penales a las personas naturales que, en las más importantes operaciones económicas, toman provecho de las corporaciones para usarlas como instrumentos de delitos.

En muchos casos, tal y como sucede con las grandes compañías, estas cuentan con estructuras jerarquizadas y con altos grados de delegación y desconcentración de actividades. Esta labor dificulta, a la luz de la dogmática tradicional, la correcta imputación de delitos a los altos directivos que propician intencionalmente estos escenarios.

La dogmática tradicional puede tornarse insuficiente al estudiar la tipicidad subjetiva de los administradores societarios. Especialmente cuando de forma deliberada propician su propia ignorancia o estado de desconocimiento frente a eventualidades que puedan generar resultados con relevancia penal. El dilema se encuentra en que, en estricto sentido, el agente no obró con pleno conocimiento y voluntad porque él mismo se situó en una situación que lo privó del elemento cognoscitivo.

Como complemento, debemos considerar que, en virtud del sistema de *numerus clausus* del Código Penal, los delitos en nuestro país son primordialmente dolosos. Esto puede derivar en que múltiples conductas delictivas, cometidas por administradores y altos mandos societarios, terminen en la impunidad.

Por estas razones, consideramos que el *willful blindness* o ignorancia deliberada, de origen estadounidense, puede ser una herramienta pertinente en el marco de la imputación de delitos a estas personas naturales. Si integramos a esta institución con la obligación que tienen determinadas empresas de implementar programas de cumplimiento en sus estructuras societarias, se podrá generar una serie de indicios que, en determinadas circunstancias, puede llevar a probar el dolo eventual en situaciones concretas. Para ello debemos tener en cuenta que esta modalidad de tipicidad subjetiva debe acreditarse, en la mayoría de oportunidades, con prueba indirecta.

Por tanto, es crucial que los empresarios sean conscientes de sus deberes en la administración de riesgos a través de los programas de cumplimiento. Estos no solo ayudan a prevenir delitos y promover prácticas de buen gobierno corporativo, sino que también pueden evitar que se les impute dolo en acciones u omisiones, especialmente en situaciones de ignorancia deliberada.

BIBLIOGRAFÍA

Abello Gual, Jorge Arturo. *Derecho penal empresarial*, Bogotá, Leyer Editores, 2015.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2015.

Bravo Gutiérrez, Alejandro *et al.* “Criterios de imputación jurídico-penales frente al testamento de las sociedades comerciales”, en *UNA Revista de Derecho* (en línea), vol. 6, n.º 2, 2021.

Cancio Meliá, Manuel. “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 1, Madrid, Marcial Pons y Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2004.

Corral Panadero, Esmeralda. *La ignorancia deliberada: ¿una figura autónoma de imputación subjetiva en derecho penal?*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2013.

Department of Justice. *A Resource Guide to the U. S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2.^a ed., Washington D. C., Department of Justice y Securities and Exchange Commission, 2020.

Department of Justice. *United States of América vs HSBC Bank USA and HSBC Holdings PLC Deferred Prosecution Agreement*, 2012.

Department of Justice. *United States of America vs Binance Holdings Limited Plea Agreement*, 2019. Disponible en <https://www.justice.gov/media/1326901/dl?inline>.

Dressler, Joshua y Garvey, Stephen P. *Criminal Law: Cases and Materials*, 8.^a ed., St. Paul, West Publishing, 2019.

Feijóo Sánchez, Bernardo. “Mejor no saber... más: Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, en *Discusiones XIII*, Madrid, Biblioteca Miguel de Cervantes, 2015, n.º 13.

Fernández Budajir, Luis Guillermo. *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en el criminal law*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2018.

Jakobs, Günter. “Indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 1, Madrid, Marcial Pons y Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2004.

Kindhäuser, Urs. “¿Indiferencia como dolo?”, en *Revista de Derecho*, vol. 6, Lima, 2005.

Manrique, María Laura. “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, *Isonomía*, n.º 40, 2014.

Marcus, Paul. “The Model Penal Code and Commentaries by the American Law Institute”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, n.º 2, 1982.

Mercado Cruz, Adriana y Suárez Díaz, Rosa Elena. “Tipo subjetivo”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3.^a edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Miró Llinares, Fernando. “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, en *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, vol. 113, Madrid, septiembre de 2014.

Ragués i Vallès, Ramon. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 4, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2004.

Ragués i Vallès, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Barcelona, Atelier, 2008.

Ragués i Vallès, Ramon. “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”, en *Discusiones XIII*, Madrid, Biblioteca Miguel de Cervantes, 2015, n.º 13.

Ramírez Barbosa, Paula Andrea. “Derecho penal corporativo y compliance: criterios de imputación penal en las empresas”, en *Problemas actuales de derecho penal económico, responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance penal y derechos humanos y empresa*, Estanislao Escalante *et al.* (coords.), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020.

Ramírez Barbosa, Paula Andrea y Ferré Olivé, Juan Carlos. *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019.

Rojas Araque, Zaira Natalia. *La ignorancia deliberada: imputación dolosa del tipo en casos de ignorancia del agente*, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 2017.

Serna Yepes, María Camila. “Sobre las lagunas de la punibilidad y la teoría de la ignorancia deliberada”, en *Derecho Penal y Sociedad*, Bogotá, 2021. Disponible en <https://grupocbeccaria.wixsite.com/my-site/post/sobre-las-lagunas-de-la-punibilidad-y-la-teoría-de-la-ignorancia-deliberada/>.

Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2001.

Socha Mazo, Juan Carlos. *La ignorancia deliberada en derecho penal: su incompatibilidad con el C.P. colombiano*, Medellín, Universidad EAFIT, 2020.

Stiglitz, Joseph. *La economía del sector público*, Barcelona, Antoni Bosch, 2000.

Torres López, Javier Augusto. “La responsabilidad penal del empresario: entre el principio de confianza y la ignorancia deliberada”, en *Diálogos Punitivos*, 2019. Disponible en <https://dialogospunitivos.com/la-responsabilidad-penal-del-empresario-entre-el-principio-de-confianza-y-la-ignorancia-deliberada/>.

Urbano Martínez, José Joaquín. *¿Dudar y condenar? El impacto de las cargas probatorias dinámicas en el sistema acusatorio colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

Vargas Mendoza, Ligia María. *Armonización del delito de lavado de activos en los países de la Alianza del Pacífico*, Bogotá, Ibáñez, 2015.

Velásquez, Fernando. *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018.

Jurisprudencia

CSJ SP, 5 de octubre de 2011, rad. 30592 (salvamento de voto).

CSJ SP, 4 de julio de 2012, rad. 38254 (salvamento de voto).

CSJ SP, 16 de mayo de 2018, rad. 52545.

CSJ SP, 9 de junio de 2021, rad. 56717.

Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S. A., 563 U. S. 754, 131 S. Ct. 2060, 179 L. Ed. 2d 1167 (2011).

Ruan v. United States, 597 U. S. 450, 142 S. Ct. 2370, 213 L. Ed. 2d 706 (2022).

Tribunal Supremo español. STS 165/2013.

Tribunal Supremo español. STS 420/2003.

Tribunal Supremo español. STS 946 de 2002.

Tribunal Supremo español. STS 1583/2000.

Tribunal Supremo español. STS 2632/2011.

TSDJC SDP, 20 de agosto de 2019, rad. 76001600019320170620801.

United States v. Jewell, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976).