

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y EVITACIÓN DE RIESGO PENAL

Y SU NORMATIVIDAD EN COLOMBIA



Santiago Andrés Arias Macilla; Jhon Alexis Piracoca Arcos; Santiago Hernández Molina; Cristian Felipe Solano Balaguera; Danna Valentina Hernández Pinilla; Juan Manuel Gutiérrez Gómez; Yesica Nataly Torres Hernández; Laura Sofía Guío Camargo; Oscar Mauricio Sanabria Mendoza; Santiago Alexander Aguilar Torres

Tamaño: 17 x 24 / 126 páginas.

ISBN: 978-628-7845-59-6

Incluye referencias bibliográficas

© Santiago Andrés Arias Mancilla; Jhon Alexis Piracoca Arcos; Santiago Hernández Molina; Cristian Felipe Solano Balaguera; Danna Valentina Hernández Pinilla; Juan Manuel Gutiérrez Gómez; Yesica Nataly Torres Hernández; Laura Sofía Guío Camargo; Oscar Mauricio Sanabria Mendoza; Santiago Alexander Aguilar Torres

© Universidad Santo Tomás, 2026

Todos los derechos reservados conforme a la ley. Se permite la reproducción citando fuente. El pensamiento que se expresa en esta obra, es exclusiva responsabilidad del autor y no compromete a la ideología de la Universidad Santo Tomás.

Primera edición, 2026

Diagramación:

Editorial Jotamar S.A.S.

Calle 57 No. 3-39

editorialjotamar@yahoo.com

Tunja, Boyacá, Colombia.



Ediciones USTA

Universidad Santo Tomás

2025

Departamento Ediciones USTA Tunja

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982.

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y EVITACIÓN DE RIESGO PENAL Y SU NORMATIVIDAD EN COLOMBIA

AUTORES

Darwin Anthony Quintero Herrera

Javier Mauricio Vera Gutierrez

Fabio Iván Rey Navas

Deiby Alberto Saenz Rodriguez

RESUMEN

La presente investigación aborda principios básicos que permiten entender desde el origen, evolución y consolidación, no solo del concepto de compliance programs, sino de sus diversas necesidades y estructuras. Así mismo, se realiza el estudio de herramientas que permiten llegar a comprender su necesaria implementación. Sin embargo, no solo requiere del entendimiento y análisis a fondo de estos nuevos programas, en la lucha contra la corrupción, sino que se pretende, como se muestra a lo largo de todo este trabajo, la vinculación y compromiso de todos los que hacemos parte de este gran conglomerado llamado Colombia, al igual que, de la colaboración armónica de los diversos actores, mediante el fortalecimiento de políticas y construcción normativa requeridas, que permitan colocar en funcionamiento tan importante sistema preventivo. De igual forma, la labor institucional debe estar encaminada a la consolidación de estas nuevas herramientas, que permitan desempeñar de la mejor manera la actividad empresarial y a la vez estructurar instrumentos de prevención y regulación. Los caminos están abiertos y del análisis de la legislación interna, se muestra como claro que ya se han aperturado las primeras puertas que nos llevarán a acudir, a los compliance programs como elemento indispensable en la lucha contra la corrupción. Finalmente, se deja al descubierto los pilares ineludibles para emprender este nuevo camino, que está arrojando resultados muy positivos al momento de establecer la responsabilidad jurídica empresarial.

Palabras clave: compliance programs, whistleblowing, responsabilidad penal de la persona jurídica, colaboración armónica, articulación.

ABSTRAC

This research addresses basic principles that allow us to understand from the origin, evolution and consolidation, not only of the concept of compliance programs, but of its various needs and structures. Likewise, the study of tools that allow us to understand their necessary implementation is carried out. However, not only does it require an in-depth understanding and analysis of these new programs, in the fight against corruption, but it is also intended, as shown throughout this work, the involvement and commitment of all of us who are part of it. of this great conglomerate called Colombia, as well as of the harmonious collaboration of the various actors, through the strengthening of policies and required normative construction, which allow such an important preventive system to be put into operation. Similarly, institutional work should be aimed at consolidating these new tools, which allow the best performance of business activity and at the same time structuring prevention and regulation instruments. The roads are open and from the analysis of internal legislation, it is clear that the first doors have already been opened that will lead us to go to compliance programs as an indispensable element in the fight against corruption. Finally, the inescapable pillars are exposed to undertake this new path, which is yielding very positive results when establishing corporate legal responsibility.

Keywords: compliance programs, whistleblowing, criminal liability of the legal entity, harmonious collaboration, articulation.

INDICE

Resumen	5
Abstrac.....	7
Introducción	10
 COMPLIANCE PROGRAMS DE DONDE VIENE Y PARA DONDE VA.....	16
1.1 Finalidades que engloban al compliance programs:	26
1.2 La eficacia, prevención, ética, buen gobierno y responsabilidad social, como principios del compliance programs:.....	31
1.3 La necesaria inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas como base para el cumplimiento de los principios:	41
 PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y EVITACIÓN DE RIESGO PENAL	50
Introducción	50
2.1. La responsabilidad empresarial y cumplimiento normativo	52
2.2. La eficacia, prevención, ética, buen gobierno y responsabilidad social, como principios del compliance programs:.....	59
2.4 Conclusiones	71
 MARCO NORMATIVO DEL COMPLIANCE PROGRAMS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.	74
3.1. Consideraciones relevantes en materia Constitucional aplicables a las diversas Ramas.....	77
3.2. Legislación Aduanera.	80
3.3. Legislación Administrativa (Comercial).....	85
3.4. Legislación Civil	92
3.5. legislación Disciplinaria.	93
3.6. legislación en Familia.	94
3.7. Legislación Fiscal.	97
3.8. Legislación Laboral.....	98
3.9. Legislación Penal.....	102
3.10. Legislación anticorrupción.....	103
Conclusiones y recomendaciones	106
Lista de referencias.....	110

INTRODUCCIÓN

La apertura de las relaciones económicas y el auge de los mercados, dio origen a la expansión de la criminalidad por parte de las empresas, a unos niveles alarmantes, y complejos, convirtiéndose este fenómeno en una gran novedad para los ordenamientos jurídicos vigentes en diversos estados, y en específico, para el derecho penal, pues de manera acelerada se constituyó en un nuevo mecanismo para delinquir, dentro de una esfera considerada de amplio espectro, creando en los países la gran necesidad de establecer procedimientos judiciales que contribuyeran a frenar este esparcimiento.

Esta dinámica, que empezaba a gestarse, comenzó a ser apetecible por las demás empresas, marcando como pauta fundamental, la necesidad de organizarse para hacerse más poderosas, y así aprovechar cualquier grieta, desorganización estructural, o carencia de información sobre sus funciones, para poder corroer la economía legal, sólida, que operaba en el mundo financiero, haciéndose cada vez más evidente, que para lograr una consolidación, se necesitaría del concurso de otras personas jurídicas para alcanzar el encubrimiento de sus delitos, produciendo una verdadera industria del crimen organizado.

Vistos estos nuevos escenarios, los cuales permitían visualizar la mutación del delito, bajo unos enfoques en los que para la fecha, no se contaba con una fórmula que permitiera frenar esta actividad ilícita puesta en marcha, ya que, a través de las sanciones civiles y administrativas, se pretendió hacerle frente a este nuevo ideal empresarial, generando como resultado, que las mismas fueran insuficientes, bien, porque el tipo de sanción que se imponía, no reflejaba que cumpliera con ese fin preventivo general, y, mucho menos, revelaba el cumplimiento de esa garantía coercitiva frente a la sociedad, la de evitar; que la infracción no se volviera a cometer a futuro, consintiendo así,

que se produjera una expansión mayor de este flagelo, haciendo presumir que no había manera de ser descubiertos, lo cual generaba un ambiente perfecto para la proliferación de la criminalidad en ese sector.

Con este nuevo panorama que azotaba a las sociedades, dentro de un mundo globalizado, se generó la necesidad de analizar nuevamente, la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran ser imputadas penalmente (a pesar de la existencia, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, del principio Romano *societas delinquere non potest* o *societas nemo patitur*), y de esta manera, darle paso, de manera plausible, a la implementación de un plan o programa, en la cual se profese un alto contenido ético organizacional, que contribuya de manera enérgica al descubrimiento de conductas delictivas, y le permita a tiempo, tomar aquellos correctivos necesarios, para que pueda contribuir, tal como lo afirma Sánchez y Fernández (2013) a “mejorar la sostenibilidad del modelo de negocio, el prestigio ante la opinión pública y la situación financiera de una empresa” (p. 14).

En este sentido, y de manera más comprometida, es que se plantea, como un reto global, y de carácter impostergable, la posibilidad de regular aquellas actuaciones desplegadas por las empresas, donde existan suficientes indicios, en que el actuar desarrollado, tenga un incumplimiento grosero de aquellas obligaciones a las que se encontraba sujeto, y que han producido daños irreparables a la sociedad, aperturando la posibilidad de poder exigirles a estas, cualquier tipo de responsabilidad (civil, penal o administrativa), y que sirva para evitar que haya una afectación a la estabilidad económica y financiera de un país.

Bajo esta perspectiva, unido a los grandes escándalos que se venían produciendo en el mundo empresarial, conllevó a aumentar esa gran necesidad de implementar un nuevo modelo, la cual fue denominado “compliance”, entendido este, de acuerdo con Mendoza (2018), como cumplimiento normativo (p. 6), la cual surgió como un mecanismo idóneo en la lucha contra la criminalidad empresarial, con la proyección de brindar herramientas sostenibles y confiables, en la prevención de los delitos de las personas jurídicas, con la firme intención de constituirse como la barrera infranqueable frente al delito, proponiendo además, la posibilidad de imprimirle tanto a los empleados y directivos, la obligación de cumplir con esos estándares adecuados para la prevención y autorregulación en la comisión de delitos, sin que esto le prive la posibilidad de poder llevar a cabo sus actividades comerciales, en unas

condiciones óptimas, sin distorsionar el mercado, y ahuyentar a los nuevos inversores.

Este presupuesto planteado, vendría a introducir modificaciones sobre aquella dogmática jurídica que se había construido, tanto para el derecho penal, como para el derecho corporativo financiero, llegándose a una nueva conclusión fundamental, en la cual aperturaría a la exigencia de manera autónoma, de cualquier tipo de responsabilidad a las personas jurídicas, que adoptaran un comportamiento desleal frente a los demás, y que atentara abiertamente contra las reglas de la sana competencia.

Frente a estas nuevas innovaciones, es que se comenzó a implementar la adopción de programas de cumplimientos, que perseguía como finalidad alejar a las personas jurídicas de esas prácticas antiéticas que se venían ejecutando. A partir de este contexto, es que se procede a plantear el siguiente cuestionamiento, como guía de la presente investigación, en aras de encontrar respuestas que permita ¿establecer el marco normativo del Compliance en Colombia, el deber legal del whistleblowing y los beneficios que aporta a la actividad empresarial?

Para resolver esta interrogante planteada, y en aras de evitar desviaciones innecesarias, se hizo fundamental hacer la previsión de tres objetivos específicos, cimentándose el primero de ello, sobre la intención de indagar en ¿la historia y finalidad del Compliance Programs? que permita formar una mejor comprensión sobre la génesis de la institución, así como de las diferentes variables que integra este nuevo paradigma dentro del derecho. Así mismo, mediante el desarrollo de este objetivo, se permitirá realizar el análisis de las diferentes teorías surgidas en el sistema anglosajón y en el modelo continental europeo, con la finalidad de poder construir un enfoque dogmático, en la cual pueda ser implementado en la legislación colombiana, que apruebe el cumplimiento estándar exigido por los organismos internacionales, consintiendo en elevar la confiabilidad y transparencia que debe garantizar las personas jurídicas.

El segundo de los objetivos planteados, gira en la necesidad de ¿describir el whistleblowing como un instrumento esencial del compliance programs en el incremento de la efectividad y prevención del riesgo empresarial? que este orientado a detectar e identificar los posibles actos riesgosos, que son los que terminan convirtiéndose en hechos delictivos, mediante la utilización

de múltiples herramientas, que permita reaccionar de manera preventiva y adecuada, a efectos de evitar el quebrantamiento del ordenamiento jurídico vigente, a través de la ejecución de procedimientos claros establecidos, y que pueda ser útil en la prevención y autorregulación del riesgo sobre aquellas actividades delictuales en las que puedan estar incurso las personas jurídicas,

Finalmente, el último de los objetivos propuestos, persigue ¿precisar el marco normativo del Compliance Programs en la legislación colombiana? sin suplantar las diversas facultades de otras entidades del estado, partiendo de la necesidad de lograr una intervención armónica, que cuente con la mediación de diversos entes capaces de hacerle frente cuando así se requiera.

Igualmente, en Colombia, con la aceptación plena en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “OCDE”, y con algunos antecedentes importantes en materia de corrupción empresarial, se espera que se lleguen a configurar los elementos necesarios, para llevar a cabo la implementación de normas que permitan la estructuración de un modelo, que, como el Compliance, pueda mitigar la delincuencia empresarial y se pueda alcanzar, un estándar de transparencia fundamentado en valores éticos que reflejen el buen gobierno corporativo en las personas jurídicas.

La metodología aplicada corresponde a las investigaciones de tipo cualitativa, pues a través de esta, y de manera estructurada, se logró preparar el terreno, mediante la exploración, observación, recopilación y análisis de diferentes bibliografías, tanto físicas, como a través del uso de herramientas informáticas, relacionadas con el problema objeto de esta investigación, sobre el cómo y en qué condiciones ocurren los hechos, para luego ponderar el impacto en el entorno nacional, realizando a su vez, esfuerzos necesarios sobre la evaluación de los elementos importantes del compliance programs, para su comprensión

Finalmente, la investigación realizará aportes que conduzcan a la construcción de una nueva legislación requerida por el sistema penal colombiano, acorde con los principios y garantías contempladas en el ordenamiento jurídico vigente, en la cual permita exigirles a las personas jurídicas, su responsabilidad de manera autónoma, de acuerdo al catálogo de delitos contemplados, y así resarcir todos aquellos daños que por su actuar negligente pueda llegar a ocasionarle a la sociedad.

CAPÍTULO I:

COMPLIANCE PROGRAMS DE DONDE VIENE Y PARA DONDE VA.

Darwin Anthony Quintero Herrera¹
Javier Mauricio Vera Gutiérrez²

Para comprender la finalidad propuesta en la presente investigación, necesariamente se debe iniciar, haciéndose un paneo sobre aquellas fuentes históricas, en las cuales reposa esta institución jurídica, conocida en la actualidad como el *compliance*, pues a pesar de ser un término que se evoca en inglés en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que hicieron su adopción, no deja de generar dudas sobre su correcta interpretación, y los fundamentos que lo engloban.

Frente a tal pretensión, en primer lugar, lo hacemos replicando ese consenso doctrinario construido con el pasar del tiempo, en el cual se afirma, que esta institución germina como consecuencia de haberse revaluado el principio conocido en latín, como “*societas delinquere non potest*”, cuya traducción al español, corresponde a que “las personas jurídicas no delinquen”, es sin duda alguna, el que ha marcado la línea a seguir en materia de responsabilidad penal de este tipo de sujetos.

Frente a este axioma presentado en latín, uno de los iniciales debates que se planteaban, giraba en torno a la incorrecta atribución que se le pretende realizar a ella, mediante la combinación con el derecho romano, generando una

1. Abogado. Magister en Derecho de la Universidad Gran Colombia. Estudiante del cumplimiento normativo en lo público y lo privado

2. Abogado. Magister en Derecho de la Universidad Gran Colombia. Servidor público en la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

especie de ambigüedad, pues de acuerdo a la época en la cual se remonta (Edad Media), y de conformidad con la tesis doctoral presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, por Martínez (2016), el autor afirma que para la fecha “Roma aceptaba la responsabilidad penal corporativa, no de ello puede extraerse que ningún autor romano pudiera tener una posición contraria y por ello enunciar la frase *societas delinquere non potest*”(p.72), razón por la cual no pudiera darse una valoración muy distinta a la que se encontraba dentro del contexto de la responsabilidad reconocida.

Claro, el sistema jurídico romano, desde sus inicios ha estado revestido de una especie de hermetismo, el cual esta soportado en esas leyes escritas que se producen, como primer orden, y en una sustentación doctrinal que son las bases en las cuales reposa la construcción normativa, por lo cual, resultaría muy contradictorio, que, en un sistema jurídico como el romano, se hablara de temas jurídicos distintos sobre los cuales ya existía una fundamentación dogmática.

Otros de los argumentos sólidos que se revelaban, en contra del reconocimiento del axioma al derecho romano, consistía en que según lo señalado por Pepe (2002) “el término para indicar la persona jurídica es *universitas*, y no *societas*, por lo que, concluye, es imposible que la frase sea de época romana” (como se cita en Martínez, 2016, p. 75).

Este sustento si se quiere axiológico que se revelaba, radicaba expresamente en que para el siglo XIX, el término “*universitas*” de acuerdo a la traducción al español, hace referencia expresamente al de “corporación”, como un todo, mientras que el término “*societas*” hace reseña a una especie de este último, de forma que emprender una confusión tan elemental como esta en la época, resultaría muy poco probable.

Todos estos valiosos apuntes que se encontraron, como resultado del trabajo filológico, que envuelve este término, contribuyeron con un sustento de certeza muy alto, para que el origen de la misma pudiera atribuírsele al “célebre penalista alemán Franz Von Liszt”, quien, a finales del siglo XIX, describió, además, todos los elementos estructurales que lo engloban, a partir de esa importante definición exhibida.

En este orden de ideas, el maestro Von Liszt (1881), en el desarrollo de su obra, enfatiza que “(...) el axioma *societas delinquere non potest*, consagra

la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal moderno, y por obra suya, las sociedades entran a formar parte del capítulo clásico del sujeto activo del delito” (como se cita en Martínez, 2016, p. 124).

Frente a esta máxima que presentaba en su obra, el maestro Von Liszt, quien intentaba explicar, en su idioma natal, cuál era la construcción doctrinal de esa corriente dominante, que en español se traduciría a que las personas jurídicas no delinquen, y del principio en la cual afirmaba que no puede existir pena sin culpa. A partir de allí, es que se le atribuye al maestro, que es el pionero en abandonar el principio de no existencia de la responsabilidad por parte de las personas jurídicas, y comenzar a desarrollar la conversión de este, desenvolviendo su teoría en la cual sustentaba el establecimiento de la responsabilidad penal de las empresas, dejando señalado además, que dicho principio podía introducir cierta confusión e imprecisión, pues en el mismo podía ser incluidos tanto las corporaciones, como los estados.

Sin embargo, De Blas (2018), en su trabajo de investigación realizado, titulado, *¿Societas delinquere potest o non potest?*, presentaba una antítesis a los planteamientos existente sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, pues de acuerdo con la teoría de la ficción defendida por Savigny, en el siglo XVIII, en una época liberal e individualista, “estableció que la persona jurídica era una mera construcción artificial, afirmada a partir de una decisión política del Estado” (p. 3).

Parafraseando la justificación esgrimida por el autor, en su teoría, se revela que su sustento lo hacía, afirmando que las personas jurídicas eran sujetos artificiales creados con un patrimonio, y, por lo tanto, no podían ser considerados capaces de obrar por sí solos, necesitando siempre de un representante para poder actuar, y, por lo tanto, no podría atribuirse ningún tipo de responsabilidad por aquellos delitos cometidos por las personas físicas que se encuentran tras de ella.

Sin embargo, González (2014), en su trabajo de investigación denominado *la evolución dogmática y legislativa del societas delinquere non potest*, aportaba que, contra esta teoría argumentada por Savigny, “(...) se alza gran parte de la doctrina civil y penal alemana, lo que le hace decir que la “doctrina de la responsabilidad corporativa es de pura cepa germánica” (p. 2).

Esto, sin lugar a dudas, fue lo que conllevó, a que se empezará a configurar nuevos criterios, los cuales, estarían orientados a reconocer esa clase de responsabilidad para las personas jurídicas, con lo cual más tarde, de conformidad con lo expuesto por De Blas (2018), y con el objeto de paliar los argumentos establecidos por Savigny, pasó a contrastarlo con los postulados propuestos por el gran civilista de la época, Otto Von Gierke, a través de su tesis denominada, la teoría de la realidad, quien vino a proponer, desde la óptica civil, que las “personas jurídicas son una realidad concreta preexistente a la voluntad de las personas físicas, que deben concebirse como un ser colectivo real, cuya consecución de fines trasciende la esfera de intereses individuales, reconociéndoseles voluntad propia” (p. 3).

Este fundamento, lo hacía basado en que las asociaciones o colectivos, se constituían como una realidad indiscutible, ya que, a los mismos, se le concedería una personalidad cierta, y por lo tanto todas las operaciones que ejecutaban difícilmente podrían ser explicadas desde la óptica individual.

A la par de los postulados propuestos por el civilista Von Gierke, González (2014), presentados en su estudio realizado, el cual denominó evolución dogmática y legislativa del *societas delinquere non potest*, una tendencia desarrollada a inicios del siglo pasado, por Binder y Hafter, quienes proponían una tesis similar, en los siguientes términos:

El primero llamaba la atención de los pre conceptos de la teoría del delito, y en forma específica, del pre concepto de sujeto de Derecho Penal, pues es concebido como algo con un contenido ya dado y por ello afirmaba los errores de origen de la doctrina, mientras que Ernesto Hafter realiza su doctrina netamente sobre la culpabilidad y punibilidad de las asociaciones, llegando en progresivas amplificaciones de la tesis a sostener la creación de un Derecho Penal asociacionista (p. 2).

Acá sin duda alguna, se comenzaba a afianzar la tesis, sobre la necesidad de comenzar a desarrollar un sistema, en el cual, a los entes jurídicos se les pudiera establecer aquella responsabilidad jurídica que derivara de sus actuaciones, indistintamente que se llegará a demostrar la culpabilidad que pudiera tener la persona natural en el desarrollo de sus actividades.

De modo similar, en el common law, a finales del siglo XIX, no fueron extraños a estas discusiones político-criminales que se venían afrontando

desde el viejo continente, sobre el acogimiento que podía endilgársele a los entes o corporaciones, cuando a través de ellos se cometían ilícitos. En este sentido, y de acuerdo con Villegas (2015), quien afirma en su tesis doctoral, presentada en la Universidad Complutense de Madrid, la cual tituló los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América, que “fue el gran historiador del derecho inglés, Frederick William Maitland, el primero que dio a conocer en el Derecho anglo-americano el pensamiento de Gierke y sus nuevas teorías sobre las personas jurídicas” (p. 23).

Una vez que se introducen los respectivos debates doctrinarios, sobre el reconocimiento hacia las personas jurídicas, y de conformidad con la necesidad que se venían produciendo, de las prácticas que empleaban las diferentes empresas, en ese afán de ampliación de sus filiales para la época, se comienzan a dar, de una manera mucho más rápida, avances legislativos significativos, las cuales estaban direccionados de acuerdo con Villegas (2015) hacia “la «personificación» de las corporations desde el punto de vista constitucional se da por el Alto Tribunal en 1886 con el dictado de la sentencia dictada en el caso *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.*” (p. 27).

En esta sentencia, de conformidad con el sentido del fallo pronunciado por el Alto Tribunal, y de acuerdo con Villegas (2015), la misma se encontraba vinculada con una disputa sobre la estimación de determinadas propiedades pertenecientes a las empresas ferroviarias, frente al pago de los impuestos establecidos por el Estado de California, y consecuente con ello “el Tribunal Supremo Federal declaró que las personas jurídicas tenían derecho, como las personas físicas, a la protección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, esto es, tenían la consideración de «persona» a estos efectos” (p. 28).

Este reconocimiento que se realizaba en la sentencia, en la cual se hacía una especie de equiparación en cuanto al disfrute de derecho, y a la protección por parte del estado, sobre las personas, indistintamente si las mismas son naturales o jurídicas, sin lugar a dudas, permitió la apertura para que se iniciara la reconstrucción jurisprudencial frente al tema, permitiendo el abandono de aquella dogmática existente hasta la época, en que las personas jurídicas eran concebidas como una especie de ficción artificial, sin vida, para revestirlo de una personalidad propia e independiente.

Sin embargo, Urbina, y Chiesa (2019), en el tratado sobre compliance penal, muestran como en los Estados Unidos, al principio de la llamada era finalista, cuando culminaba el siglo XIX, se comenzaron a realizar la “aprobación de leyes federales que imponían obligaciones a las empresas, como la “Sherman Antitrust Act” (1890), la “Elkins Act” (1903) o la “Federal Food and Drugs Act” (1906), así como una más intensa actividad regulatoria de los estados federados” (p. 2).

A este respecto, visto que los cambios que se venían produciendo frente al reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, afirma Urbina, y Chiesa (2019), que el “paso decisivo para la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) llegó en 1909 con la decisión adoptada por el Tribunal Supremo Estadounidense del caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*” (p. 2).

En este emblemático caso, el Tribunal Supremo Estadounidense, puso en evidencia, que aquellas actuaciones delictivas ejecutadas por cualquiera de sus trabajadores pueden ser imputadas a la persona jurídica, siempre y cuando, ellos hayan obrado en ejercicio de sus funciones, responsabilidad a la que se le agregó posteriormente el requisito de “la búsqueda por el empleado del beneficio para la empresa” (p. 2), como evidencia de la necesidad de implementar sistemas de prevención.

Este nuevo requisito que se le imponía, consistía, en que a la empresa, en el desarrollo de sus actividades se le permitía que su actuar se posicionara como agente principal, y desde allí, todo lo que estuviese debajo de su posición, con menor rango dentro de ésta, debía ser considerado como sus agentes o súbditos, con lo que, así como ella se beneficiaba de todos sus actos gananciales obtenidos a través de sus empleados por la labor desempeñada, de la misma manera, debía responder por aquellos ilícitos que cometían estos, y que tenían como finalidad encontrar ese beneficio lucrativo que favorecía económicamente a la persona jurídica.

De igual forma, el Tribunal de Circuito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, con esta decisión, generaría su primer antecedente en la historia de ese país, mediante el pronunciamiento de un fallo histórico en el reconocimiento de este tipo de responsabilidad, pues en el mismo, se consagró, la directriz expansiva que se venía analizando por los juristas de la época, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la

cual, de conformidad con lo enunciado por Villegas (2016), en su libro donde comparte la experiencia de Estados Unidos sobre la responsabilidad criminal societaria, expuso lo siguiente:

El Tribunal optó por un modelo de imputación, según el cual, los hechos cometidos por los agents de la corporation, cuando actúen en su beneficio y dentro de la autoridad que les ha sido conferida, le serán atribuibles a la entidad. Su conocimiento y sus propósitos serán los de la propia persona jurídica (p. 129).

Esta decisión sin lugar a duda evidenció por completo la adopción de los criterios que venían siendo tratados por los doctrinarios, haciendo un claro reconocimiento de la responsabilidad que pueden generar estos entes, cuando un empleado en su actuar, dispersa una serie de gestiones inclinadas a conseguir el beneficio propio y de la empresa, menospreciando y olvidando su gran responsabilidad que debe ofrecer a la sociedad, por juicios puramente objetivos o en base a la llamada culpa in eligendo (elegiste mal al delegado) o culpa in vigilando (no vigilaste al delegado), o por razones de interés público.

De allí, que a partir de esta decisión se marca el inicio sobre el reconocimiento de ese sistema sobre la responsabilidad atribuible a las personas jurídicas.

Así mismo, Villegas (2015), hace hincapié que esta decisión marcaría adicionalmente lo que sería la construcción doctrinal sobre la imputación hacia las personas jurídicas, en los siguientes términos;

En definitiva, el Tribunal Supremo consagra en esta sentencia la doctrina del respondeat superior como estándar de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estándar de imputación basado en la responsabilidad por hecho de otro, concretamente de aquel que, trabajando para la entidad y en el ejercicio de sus competencias, comete el delito actuando en beneficio de esta (p. 101).

Bajo estas directrices presentadas, se concretaron los puntos de partida que permitieron orientar a los diferentes doctrinarios, para que se construyera y se superara, ese principio que parecía ser inamovible, y que venía a producir cambios significativos sobre las formas en la que se podía configurar el delito, ya no solo desde la esfera de la persona natural, sino que

también, venían a ampliar la posibilidad para el reconocimiento del actuar delictivo de las personas jurídicas, y de acuerdo con lo afirmado por Galán (2017), en su libro titulado orígenes y fundamentos del cuestionamiento del viejo principio *societas delinquere nec punire potest*, esta nueva idea pasaría sin duda a “contribuir de forma notable a que se abriese el debate referido a la posibilidad de crear un sistema de atribución de responsabilidades penales específicamente creado para las personas jurídicas” (p. 3).

Claro, es importante resaltar, que, en ese proceso de cuestionamientos realizados, surgieron algunas vertientes, como la expuesta por Galán (2017), quien, impulsó el debate para que se planteará como una necesidad impostergable, la revisión exhaustiva sobre el dogmatismo penal tradicional y sus diferentes teorías que lo conformaban, en los siguientes términos;

... el dique de la dogmática penal clásica y de la teoría general del delito creada por ésta, que se había mantenido durante años infranqueable, se habría roto o, cuando menos, comenzaba a presentar muchas y profundas fisuras que abrían el camino a que una parte importante de la doctrina y también el propio legislador (poco dado a prestar demasiada atención a las disquisiciones o límites doctrinales, todo sea dicho) , comenzasen a explorar el hasta entonces parecía que vedado camino que podía llevar al establecimiento y reconocimiento de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas (p. 4).

Ahora bien, frente a todos estos argumentos presentados, podemos encontrar que realmente desde finales del XIX, ya se venía presentando la necesidad de implementar, un sistema en el cual pudiera endilgarse verdaderamente la posibilidad de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, indistintamente de la que justamente se había hecho a las personas físicas.

A partir de esta necesidad, se comienza a realizar su revisión doctrinaria, pues a pesar de estar de acuerdo en la construcción de la misma, las diferentes posiciones aún no eran uniformes, ya que, de acuerdo con lo afirmado por Blasco, y Pérez (2001), en su libro la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, una perspectiva comparada, se intentaba construirse a partir del acomodo de esa dogmática penal existente para las personas física, no adaptándolo a la “necesidad político-criminal de reprimir, en la persona jurídica, determinados comportamientos criminales que resultan imposibles

de prevenir con la sola aplicación de sanciones a las personas físicas órganos de las personas jurídicas” (p. 2).

Comprensiblemente, la transformación profunda que se estaba produciendo, en las estructuras económicas y sociales, de la época, sin duda alguna se constituirían, como lo afirmaban Blasco, y Pérez (2001), en “un elemento decisivo para que, en éste como en otros ámbitos, se adopten nuevas perspectivas que traten de adaptar el Derecho penal a la nueva realidad social y económica” (p. 9).

Es así, como una vez establecida la necesidad de implementar un nuevo sistema jurídico, en el cual, fuera posible establecerse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, permitiendo instaurar de manera eficiente la prevención de aquellos riesgos que son producidos en el desarrollo de las actividades ejecutadas por este, y que, por encima de todo, de acuerdo con Rayón (2018), debía garantizar la obediencia a las múltiples legislaciones “...en todos los ámbitos del Derecho junto a unos protocolos de actuación en caso de desviación, para responder ante el incumplimiento por detectar la comisión de cualquier irregularidad en la propia empresa, facilitando la ulterior actuación de los poderes públicos” (p. 203).

Teniendo muy presente, por lo contemplado por Manirabona, and Diniz (2016), en su artículo de investigación desarrollado, la cual es titulado *Towards Efficiency in Attributing Criminal Liability to Corporations: Canadian and Brazilian Regimes Compared*, que el eje fundamental para que las empresas asuman su responsabilidad, es que la mismas no pueden estar por encima de la ley, de allí que, es esencial que;

Although a corporation cannot act on its own, criminal behaviour that is the result of the collective conduct of its employees or of corporate culture within the firm should be attributed to the corporation and prosecution is necessary to ensure that such conduct does not occur again (p. 333).

Ahora bien, en América Latina, frente a este emergente tipo de responsabilidad sobre las personas jurídicas, no podía ser ajeno, pues a pesar de ser muy reciente, y mostrar pocos avances sobre la adopción en los ordenamientos jurídicos internos, la misma ha venido siendo impulsada como presión e influencia de los sistemas europeos y angloamericanos, sin dejar por

fuera, aquella que se ha ejercido por los organismos internacionales, entre ellos, los de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de la cual, los países de la región forman parte.

De igual forma, se reconoce que en la región no ha sido unánime su acogimiento, debido a que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos existentes, se encuentran anclado, al principio ya derrotado; “societas delinquere non potest”. Sin embargo, Chile, México, Perú, Argentina y parcialmente Brasil, han sido los pioneros en la exigencia de la responsabilidad a las personas jurídicas, por los delitos cometidos, tanto por los directivos, como por sus empleados, como una consecuencia accesorio.

Claro, este pequeño avance que se ha desarrollado obedece al incremento exacerbado que se viene produciendo en la región, por la puesta en práctica de una serie de conductas antiéticas e ilegales, dirigidas contra el sistema económico de cada país, obligándolos prácticamente a adoptar mecanismos preventivos o sancionadores, que permitan disuadir en el seno de las organizaciones la comisión de delitos. Frente a este punto, Leo-Castela (2019), en su investigación realizada sobre el compliance y los modelos de organización y gestión del riesgo penal en América Latina, reconocía que en una economía globalizada donde la “actividad económica no entiende de fronteras, los riesgos para la comisión de los delitos típicamente asociados al tráfico económico requieren de instrumentos normativos internacionales, sobre todo, si se pretende abordar la prevención criminal desde el seno interno de las organizaciones” (p. 7).

En este mismo sentido, es importante destacar que de acuerdo a la estructura en las cuales están cimentados los ordenamientos jurídicos locales, son los que de una u otra forma, no han permitido concretar la adopción de estos mecanismos, en los cuales se permita establecer la responsabilidad desplegada, por aquellas empresas que participan de esas complejas formas de delinquir, que le vienen ocasionando incontables perjuicios a los sistemas económicos internos, impidiendo la instauración de un mejor modelo en la cual la criminalidad empresarial pueda ser reducida considerablemente.

De allí que, la apertura para la implementación, de esta nueva exigencia de responsabilidad hacia las personas jurídicas, haya encontrado múltiples barreras jurídicas y doctrinarias, que de una u otra forma han frustrado la evolución del nuevo principio en el cual se prevé, la exigencia de la

responsabilidad de las personas jurídicas, de manera independiente de las personas físicas, unido a lo que afirma, Henao & Castro (2020), en su libro titulado *compliance: prevención de la corrupción pública y privada*, que “la principal causa de la corrupción es precisamente la existencia de normas socioculturales antiéticas que se van incrustando en el sistema hasta el punto que se va institucionalizando y transmitiendo masivamente” (p. 11), sin dejar por fuera que “Latinoamérica es una región en la que diversos factores han generado una cultura de incumplimiento masivo de las normas” (p. 12).

Es por ello, que, frente a estos escenarios descritos, es lo que ha conllevado, para que los diferentes países que integran la región comiencen a realizar una revaluación de sus ordenamientos jurídicos internos, en aras de procurar la adopción de estos mecanismos, impregnados de alto contenido éticos, que más de ser necesarios, están resultando útiles, tanto para las economías locales, como las internacionales.

1.1 Finalidades que engloban al compliance programs:

Una vez vista la manera en que ha venido avanzando esta dogmática emergente, quien de acuerdo con Foffani (2009), “la evolución histórica en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas está claramente dirigida hacia una siempre creciente responsabilización de las empresas, sociedades mercantiles y demás entes colectivos” (como se cita en Zúñiga, 2012, p. 551), ahora debemos dedicarnos a desglosar a partir de los elementos enunciados, cuales han sido las diferentes definiciones que se lograron construir, partiendo primigeniamente desde ese elemento intrínseco que impulsa el nacimiento de la empresa, para luego desde una óptica extrínseca, enervar todas aquellas afectaciones que pudiera causar, una vez desplegada la materialización de las conductas contrarias a la ley, haciendo transito además, por los diferentes principios en las cuales se formaba dicha institución.

Pero antes de comenzar el desarrollo conceptual, hay que tomar en consideración la afirmación presentada por la profesora Zúñiga (2012), en su trabajo de investigación titulada *responsabilidad penal de las empresas* experiencias adquiridas y desafíos futuros, quien afirma, una vez analizado diferentes ordenamientos jurídicos penales de la región, encuentra “que la categorización de las diversas clasificaciones de las sanciones aplicables a las personas jurídicas se muestra muy condicionada por la propia realidad cultural del país, por su jurisprudencia y doctrina, como no podía ser de otra manera”

(p. 552), de ahí que, para lograr su materialización en el derecho interno, se debe comenzar por realizar una revisión integral de su legislación, en aras de lograr alcanzar la finalidad propuesta por la institución.

Sin embargo, Demetrio (2018), en el trabajo de investigación presentado en su libro titulado vulneración de derechos humanos por empresas multinacionales: ¿De un Derecho penal económico transnacional a un Derecho penal internacional económico?, expresa su gran preocupación frente al incremento de la impunidad empresarial que viene en aumento, proponiendo la implementación del establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, en los siguientes términos:

...las vulneraciones masivas de los Derechos Humanos por parte de empresas multinacionales no pueden ni deben quedar sin respuesta y que corresponde hacer un esfuerzo muy serio de reflexión acerca de los instrumentos jurídicos adecuados, incluyendo al Derecho penal internacional, para prevenir y sancionar las terribles consecuencias que aquellas provocan (p. 23).

Desde este punto de vista, adicionalmente se debe tomar en consideración, a que toda esta complejidad en la que se encuentra envuelta este tipo de responsabilidad, sea probablemente a que;

Estamos ante una delincuencia empresarial, de naturaleza económica, que se caracteriza por su componente organizativo, profesional, técnico, complejo y transnacional. Se trata de una suerte de criminalidad de los poderosos, y precisamente, para ella, es para la que menos preparados estamos, tanto a nivel normativo como dogmático (Ballesteros, 2019, p. 256).

Consiguientemente con ello, y para poder realizar una construcción dogmática idónea, se debe partir sobre la consideración de estos cometidos, para que su adopción, además de ser acogida, sirva para cumplir con la necesidad requerida, de lograr que las personas jurídicas en su actuar, pueda desplegar un comportamiento acorde con los dispositivos legales establecidos, mostrando una ética empresarial sólida que le permita irradiarla hacia las demás empresas.

Es por ello, que una vez que se identifican estas necesidades, es que se comienzan a construir definiciones, enmarcadas dentro de ese cumplimiento normativo por parte de las personas jurídicas. En este sentido, Troklus, Warner y Wollschager (2018), enunciaba que el compliance debía ser visto como “un sistema de individuos, procesos, políticas y procedimientos desarrollados para asegurar el cumplimiento de las leyes, regulaciones industriales y contratos privados que gobiernan las acciones de la organización” (como se cita en Henao & Castro, 2020, p. 23).

Así mismo, Ballesteros (2016), en su trabajo de investigación realizado, la cual tituló la “Criminalidad empresarial y Derecho penal: La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el marco de la globalización y los llamados programas de cumplimiento efectivo, presentaba una definición, la cual iniciaba desde la organización interna de la empresa, para enfrentar cualquier quebrantamiento de la ley, y así promover un cumplimiento ético frente a su funcionamiento ejecutado, vista la importancia y relevancia frente al tema, se procede a citar;

...aquellas medidas sistematizadas que se implementan en la organización en todos los niveles, desde la alta dirección hasta los empleados del último eslabón, para prevenir o impedir que acontezcan en la organización vulneraciones a la normativa penal, administrativa, civil o laboral, los derechos humanos o a sus propios códigos de autogobierno. Todo ello, con el propósito de crear un clima o cultura organizativa centrada en la legalidad y el fiel cumplimiento de las leyes que no promueva la aparición de conductas delictivas desde dentro de la organización (p. 245).

De manera muy similar, encontramos la presentada por Sieber (2013), en su trabajo de investigación realizado, la cual tituló programas de compliance en el derecho penal de la empresa, una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, la cual es considerada concordantes con las definiciones aportadas, en los siguientes terminos;

...un modelo de prevención de riesgos a través de la introducción de una cultura del respeto de las normas legales y éticas en las empresas que implican el establecimiento de códigos de conductas, medidas de autovigilancia, controles y la determinación de los flujos de información (p. 64).

De estas definiciones, además de ser corrientes doctrinarias que son acogidas por diferentes doctrinarios que impulsan la construcción dogmática, se puede evidenciar que son modelos que se han transmitido tanto del derecho angloamericano, como del viejo continente, partiendo de esa necesidad de autorregulación, en la cual las personas jurídicas, de manera pronta y oportuna, puedan detectar esos comportamientos desplegados, contrarios a las normas, para luego corregirlos y subsanarlos.

En el mismo orden, la profesora Zúñiga (2012), en su libro responsabilidad penal de las empresas experiencias adquiridas y desafíos futuros, aporta una justificación frente a la autorregulación, afirmando que “la predisposición de un sistema regulativo y disciplinario interno de la persona jurídica (corporate government) puede servir para resolver e individualizar con mayor prontitud y eficacia los puntos clave de la patología de la empresa” (p. 558).

Vemos pues, como a partir de estas concepciones, nos permite acercarnos, a esos objetivos fundamentales, que persigue el compliance, consintiendo que el primero de ellos, es aquel que se circunscribe a la necesidad de establecerse la adopción de unos protocolos eficientes, encaminados a generar a lo interno, el cumplimiento de todos aquellos dispositivos normativos a los cuales se encuentran sujetas las empresas, y el segundo de ellos, generar como un ideal empresarial, la adopción de una sólida cultura ética en cada una de las actividades que se ejecutan.

De modo idéntico, Fernández (2019), en su trabajo presentado en la revista de derecho penal, procesal y penitenciario, la cual tituló el criminal compliance program como modelo de prevención: de la teoría a su aplicación en la práctica, afirmaba desde el punto de vista teórico, cuáles son los tres objetivos esenciales que debe cumplir el compliance, en los siguientes términos;

En primer lugar, tiene que tener como objetivo el impedir hechos delictivos (...) El segundo objetivo sería limitar la responsabilidad penal de la empresa y sus costes en el caso de alguien cometiere un delito en el seno de la misma. Por último, el tercer objetivo sería implantar la cultura del cumplimiento y la ética en los negocios (p. 5).

Sin embargo, Ballesteros (2019), en el libro los Derechos Humanos 70 Años Después de la Declaración Universal, desarrolla un capítulo titulado

delincuencia empresarial, derechos humanos y seguridad humana: reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa, una gama amplia de objetivos, que debe aportar el compliance, desde una perspectiva penal, en los siguientes términos;

En este sentido, serán elementos indispensables del sistema de cumplimiento aquellos que permiten: (i) identificar mediante un mapa de riesgos, aquellas actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos delitos objeto de persecución contra las personas jurídicas; (ii) establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, adopción de decisiones y ejecución de las mismas; (iii) disponer de los recursos financieros suficientes para implementar, mantener y revisar los programas de cumplimiento; (iv) imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (canales whistleblowing); (v) establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; y (vi) verificar periódicamente el modelo, modificando éste cuando se detecten infracciones o nuevos riesgos, consecuencia de cambios en la organización de la empresa o de la apertura de nuevas líneas de negocio (p. 276).

De todos estos objetivos fundamentales que persigue el compliance, se puede verificar desde una esfera muy amplia, su cabida y aplicación tanto para aquellas personas jurídicas, que operan en el ámbito privado, como las que funcionan en el sector público, pues en ambos sectores se pueden producir riesgos de comisión de conductas contrarias a la ley, que logren dar nacimiento a cualquier tipo de responsabilidad, que pudieran desencadenar en algún tipo de sanción o perjuicio en su contra. Esta finalidad, es la que permite, y de acuerdo con Henao & Castro (2020), que el compliance tenga “un carácter transversal, pues no se limita a un ámbito jurídico específico, sino que comprende los diversos ámbitos jurídicos en los que la actividad corporativa pueda tener incidencia” (p. 26).

Frente a este escenario, y de conformidad con la teoría de autorregulación, es que se le otorgan a las personas jurídicas, la posibilidad de dotarse de una serie de protocolos que le permita además de identificar los riesgos a los cuales se encuentra expuesto, al interior de la empresa, afrontarlos de manera rápida, y segura, permitiéndose mitigarlos o debilitarlos, mediante

la adopción de soluciones concretas, sin que esto pueda llegar afectar el funcionamiento ordinarios de las operaciones propias de la empresa, y la imposición de cualquier sanción que afecte el patrimonio de la misma.

Pero para lograr este cometido, se debe contar con una infraestructura y recursos suficientes, que le permita desplegar, desde el momento en que se identifica el riesgo, toda esa capacidad logística necesaria, para la adopción de cualesquiera de las medidas idóneas, tendientes a lograr corregir ese comportamiento, que puede traer consigo, algún incumplimiento normativo, por haberse ejecutado al menos, una conducta ilegal, permitiéndose construir la verdadera prevención, frente al delito. Para ello, deberá contar adicionalmente, con un mecanismo robusto, que le permita fluir la comunicación entre los diferentes actores, que hacen vida activa dentro de la organización, proporcionándole una serie de garantías y protecciones especiales, para aquellas personas que deciden revelar ese comportamiento antiético, reflejándole a los demás, el interés específico de alejarse de este tipo de actuaciones, promoviendo una sólida cultura ética, en cada una de las actividades que se ejecutan, favoreciendo adicionalmente el buen gobierno de las organizaciones.

Del mismo modo, y por ser tan variada la gama de aquellos riesgos en la cual puede incurrir una empresa, el programa de cumplimiento deberá ser objeto de revisiones y evaluaciones periódicas, con el objeto de poder establecer las pautas a seguir, una vez se produzca la situación, ya que sólo así, será la manera en la cual la efectividad de este no claudique en su finalidad propuesta, salvaguardando su cumplimiento.

1.2 La eficacia, prevención, ética, buen gobierno y responsabilidad social, como principios del compliance programs:

De conformidad con las definiciones que se han aportado sobre el contenido que abarca al compliance, es necesario igualmente, identificar aquellos principios que lo engloban, pues al momento en que las personas jurídicas, asumen el compromiso de colocar en práctica, la cultura que presupone el cumplimiento normativo, deberá contar con suficiente información, para que al momento de implementarlo no tenga ningún tropiezo que lo desvíe, logrando arraigarlas dentro del seno de la organización.

Sobre esta base, la Norma Española UNE-ISO:31000 (2018), en la parte introductoria identificada con el 0.2, establece que los principios “funcionan como indicadores del desempeño de la gestión del riesgo, y refuerzan el valor que tiene para la organización gestionar el riesgo de una manera eficaz” (p. 5). Por tal motivo, consideramos oportuno afirmar, que el *compliance programs* se encuentra abrazado a los principios de eficacia, prevención, ética, buen gobierno, y responsabilidad social, la cual se procederá a realizar su abordaje.

La eficacia, para lograr acercarnos a la esencia de este principio, se debe tener presente, que hay que hacerlo desde una perspectiva amplia, pues el mismo, se encuentra dentro de unos límites que pudiera ser contrarios a los propósitos establecidos, haciendo presumir, que cuando, en la empresa se produce la desviación no querida, las estrategias planteadas, resultarían ineficaces, lo que conllevaría a plantear un absolutismo errado, que se apartaría de la finalidad esencial de existencia de este.

En este aspecto, unos de los acercamientos importantes que se ha realizado, al tratar de compendiar una definición de eficacia, que permitiera acercarse a la esencia del *compliance programs*, es aquella que está contenida, en el trabajo de investigación presentado por Gutiérrez (2016), en la revista general del derecho penal, titulado los *compliance programs* como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, quien, de manera muy asertiva, lo hace en los siguientes términos;

Concretar el concepto de eficacia no es sencillo, pues nos alejamos de términos jurídico-penales. En un esfuerzo por trazar sus contornos, se ha apuntado que el principio de eficacia está integrado por una suerte de obligación de la alta dirección de revisar el modelo de prevención para cerciorarse de su correcta ejecución, de la aplicación de las políticas de cumplimiento (p. 13).

De igual manera, la norma española, UNE-19601 (2017), en el apartado 3.11, define a la eficacia como la “medida en la que se realizan las actividades planeadas y se obtienen los resultados previstos” (p. 11). Claro el enfoque que se le atribuye a esta es que los resultados a que arroja el programa de cumplimiento, deben obedecer a la planeación que se hace sobre la gestión de los riesgos existentes, y cuáles son las medidas para afrontarlos, una vez producidos.

Sin embargo, Neira (2016), en su trabajo de investigación realizado, titulado la efectividad del criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal, señala en primer lugar, que “la eficacia que se exige para los programas de cumplimiento normativo es una eficacia relativa, en el sentido de que la comisión de un delito no implica necesariamente la ineficacia del sistema” (p. 478).

Al interpretar las definiciones esgrimidas, necesariamente nos conlleva a confirmar que la eficacia, no debe ser equiparada a infalibilidad en la previsión del delito, pues una de las funciones esenciales del compliance penal, es la idoneidad para averiguar las trasgresiones que se cometen, y de manera pronta responder adecuadamente conforme a derecho, para hacer terminar esas falencias.

Es por ello, que se debe tener presente, en los programas de cumplimiento, que aquí no se trata de procurar neutralizar el riesgo de comisión del delito, sino por el contrario, su finalidad deberá estar orientada a encargarse de la gestión de ese riesgo producido, y hacer que el mismo se mantenga en niveles jurídicos penales permitidos. Por este motivo, es que se requiere que las empresas cumplan con el deber de implementar un compliance, para que de manera eficaz pueda prevenir la ocurrencia de los delitos en los que pueda incurrir.

Otro de los aspectos, en los cuales está intrínsecamente relacionados al principio de eficacia, obedece a que el programa que se pretenda implementar, necesariamente deberá responder a dos finalidades esenciales, la primera de ellas, a la idiosincrasia e idoneidad de la empresa, es decir, que se adapte a las necesidades propias que este tiene, acorde a su estructura organizativa, y a los riesgos propios de acuerdo a la actividad que ejecuta, evitando cualquier intento de estandarización, y en segundo lugar, se corresponde con aquella previsión establecida en el artículo 5.3.2, de la norma española, UNE-19600 (2015), la cual se encuentra relacionada a la necesidad de la “involucración activa y la supervisión por parte del órgano de gobierno y de la alta dirección es una parte integral de un sistema de gestión de compliance eficaz” (p. 16). En este sentido, es que Neira (2016), viene afirmando de manera persistente, que “un modelo estereotipado de cumplimiento que no atiende a las peculiaridades organizativas de cada concreta organización es, por definición, ineficaz” (p. 479).

En atención a ello, se debe tener presente, que la eficacia de un programa de cumplimiento dependerá de lo dinámico del mismo, permitiendo constantemente la evaluación de sus resultados, procurando a tiempo, corregir cualquier falencia que por las actividades que despliega la empresa se haya podido generar, en razón de lo cual, deberá permanentemente actualizarse para ratificar su vigencia y el compromiso de la entidad en la prevención de la realización de actuaciones reprochables.

Igualmente hay que mencionar, que este principio se encuentra estrechamente vinculado, al de gestión del riesgo, pues a través de este, y de acuerdo con la Norma Española UNE-ISO:31000 (2018), se prevé que mediante la implementación y aplicación del mismo, “permite identificar las aptitudes, las percepciones y las intenciones de las personas externas e internas que pueden facilitar u obstruir el logro de los objetivos de la organización” (p. 21), por consiguiente, para lograr la eficacia en la aplicación del compliance programs, se deben activar la detección de todas aquellas alertas de actividades potencialmente riesgosa, activando el plan que permita dar respuesta, mediante la implementación de la estrategia adecuada, de acuerdo al conocimiento que se tenga, aportando al mismo, la constante actualización y mejora de cada uno de los protocolos instituidos.

En cuanto a la prevención, necesariamente se comenzará abordando sus dos esferas a saber, la primera relacionada con la internacionalización de la norma de manera voluntaria, la cual conlleva, a que la empresa por valores éticos, y por su responsabilidad social que tiene, asuma lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, y en base a sus buenas prácticas, se rehúse a incurrir en el delito previsto, evitando así traicionar la confianza que sobre ella se ha depositado.

En segundo lugar, se debe tomar en consideración, los efectos que produce la pena en sentido estricto, pues la rigurosidad de la sanción es la que termina finalmente motivándolo para no incurrir en estas conductas antijurídicas. La diferencia con la anterior radica, en que se necesitará tener unos controles de vigilancia tan eficientes y rigurosos, que establezcan cuáles serán los parámetros necesarios, para que en el actuar empresarial, no se desborde e incurra en la conducta no deseada.

Desde este punto de vista, Bernate (2018), en su artículo escrito en la revista jurídica Mario Alario D’Filippo, titulado el Compliance y la

responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, explica los diferentes modelos, desde la siguiente perspectiva:

En la actualidad encontramos dos modelos diferentes en punto de lo que ha de ser el Compliance, uno que busca la prevención de delitos por cuenta de la interiorización de valores empresariales como el respeto a la legalidad y los valores éticos por medio de la formación a directivos, funcionarios y administradores de los entes económicos (stakeholder democracy), y para otro modelo, estos programas de cumplimiento se basan en la noción de vigilancia y control (panóptico empresarial) (p. 38).

Frente a estos modelos en los que el autor los enfoca, necesariamente deja ver entre líneas, que el objetivo central esperado por el compliance será el de la prevención, del cómo evitar la realización del riesgo contemplado en la ley, y otro muy relacionado al anterior, el cual gira en torno al sostenimiento de una apropiada cultura de acatamiento del fin propuesto para la empresa.

Así mismo, la norma española, UNE-19601 (2017), en su introducción, presenta la proyección establecida dentro del cuerpo normativo, al establecer que:

La norma UNE facilita diseñar o evaluar sistemas de gestión de compliance penal, que permita generar o mejorar una adecuada cultura organizativa sensible a la prevención y detección penal y opuestas a las malas praxis que toleran o amparan conductas ilícitas en el seno de la persona jurídica (p. 6).

De allí, que permite afirmar que el principio de prevención necesariamente estará estrechamente vinculado con principios éticos, en la cual ayudará a la empresa a forjar y mantener su buen nombre, reputación y confianza, que tanto anhela la sociedad, y que al final se traduce en tranquilidad y protección a sus clientes. De igual forma, las personas jurídicas, deben realizar grandes esfuerzos tendientes a demostrar fehacientemente su alta cultura de cumplimiento. Es por ello, que Henao & Castro (2020), asevera que “la única forma de prevenir el delito en sociedades anónimas es reforzar sistemas de prevención de la criminalidad y de las conductas ilegales en las empresas y en las entidades públicas” (p. 33)

A tal efecto, Bacigalupo (2012), en su libro titulado *compliance y derecho penal*, esgrime que la “prevención de los riesgos de responsabilidad tienden, consecuentemente, al establecimiento de sistemas de control interno en la empresa, que también podrían, naturalmente, ser confiados a organizaciones externas especializadas en esta materia, de una manera semejante a la auditoría contable” (p. 43), lo importante es colocar en evidencia notoria, que la compañía cuenta con procedimientos, controles y mecanismos que tienen como función neutralizar la ocurrencia de cualquier conducta contraria a la ley.

La ética, es tal vez, uno de los principios más importantes en los cuales se encuentra sustentado el *compliance*, ya que, al hablar de ética, necesariamente debemos entenderla como todo aquello que tiene como finalidad las buenas costumbres en la ejecución de las prácticas leales que lleva a cabo una empresa en su actuar, y que le imprime a la sociedad una especie de transparencia, sinceridad y tranquilidad en el desarrollo de sus actividades.

Para comprender este concepto, Villoria (2013), sostiene que “cuanto menor es la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción” (como se cita en Ballesteros, 2019, p. 100), en consecuencia, para lograr una buena transparencia, se debe evitar incurrir que en las tomas de decisiones, exista un monopolio o discrecionalidad por parte de quien ostenta el poder, y por el contrario, debe siempre revelar una rendición de cuentas para que pueda impedir actos de corrupción.

En este sentido, Reyna (2015), en su libro titulado *implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados*, realiza una importante definición frente al tema, en los siguientes términos:

El *compliance* tiene su enfoque central en la organización empresarial que debe ser construida en el contexto de una cultura empresarial orientada al cumplimiento de las normas jurídicas mediante la imposición de valores, códigos, reglas y procedimientos intraempresariales orientados a la prevención de la criminalidad, así como su revelación y efectiva sanción (como se cita en Henao & Castro, 2020, p. 28).

De allí, que cada vez que se alude a la palabra ética, hay que tomar en consideración que etimológicamente se debe indicar, que la misma encierra un alto contenido moral, pues es esta la razón que permite concluir, que

cualquier interpretación etimológica que se haga de este principio, deberá estar encaminada a la formación de una robusta conciencia, en la cual, al momento de adoptar una decisión en cualquier nivel dentro de la organización, deberá ser siempre conforme a los preceptos contenidos en las disposiciones legales que engloban el funcionamiento de la empresa, traducéndose esta práctica como el sello de garantía y cumplimiento de esa persona jurídica frente a la sociedad, logrando concluir, que la ética perseguida por el compliance programs, no pretenderá ocuparse de los fines propios establecidos por la empresa, sino por el contrario, de las prácticas en la cual incurren sus actores para satisfacer o lograr sus objetivos individuales.

Sin embargo; Escrihuela (2019), en su tesis doctoral, titulada “la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, presentada en la Universidad Católica de Murcia, muestra como uno de los elementos fundamentales, que debe tenerse presente, una vez que se decide implementar el principio ético del compliance programs:

La ética no se instaura en cuestión de horas, sino que es el resultado de un trabajo constante, desde la cúspide de la organización; requiere de formación, de ejemplo, de reflexión por parte de los trabajadores, de compromiso y, por parte de la compañía, del castigo de cualquier desviación de los valores éticos establecidos (p. 356).

Es por ello, que le corresponde a la empresa desde una perspectiva interna y de una manera generalizada, asumir esta constante y persistente labor ética, teniendo muy presente lo subjetivo que esto implica, para que el actuar de ésta, sea conforme a lo esperado en el ordenamiento jurídico vigente, y se permita ratificar esa cultura ética empresarial, generando unas prerrogativas competitivas transparentes, permitiéndose asegurar una longevidad duradera en el transcurso del tiempo sobre su existencia.

Por esta razón, tal y como lo destaca Henao & Castro (2020), frente a la cultura empresarial (...) “si en una sociedad prevalecen el interés personal y la ambición por el dinero y no existen reglas claras de convivencia, ningún esfuerzo será suficiente para combatir la corrupción” (p. 29), por el cual, se deberá tener como visión fundamental, resaltar la cultura ética internalizada en la organización estructural de la persona jurídica, aprobando así realizar una fusión equilibrada entre los objetivos de la compañía y los fines del programa, lo que le permitirá mantenerse alejado de cualquier práctica contraria a la ley.

A su vez el buen gobierno, es un punto, al igual al anterior, viene a representar para el compliance una importancia muy alta, ya que agrupa todas aquellas prácticas que son destinadas a optimizar, en el desarrollo de sus actividades operativas, todo ese contenido de transparencia, eficacia y sostenibilidad.

En este sentido, García (2017), en su artículo de revista titulado, Prevenir la corrupción en la gestión de federaciones y clubes de fútbol: la eficacia de las prácticas de buen gobierno y del compliance penal, realiza una definición vinculante, frente a este principio, en los siguientes términos:

El Buen Gobierno Corporativo puede definirse en un sentido amplio como aquel gobierno que promueve la equidad, la transparencia y la responsabilidad de las empresas. Desde una perspectiva estricta podríamos decir que se trata del conjunto de métodos y procedimientos que adoptan las empresas para mejorar la dirección y gestión de las sociedades, especialmente de las cotizadas, con la finalidad de satisfacer los intereses de los accionistas (p. 4).

Esta enunciación aportada, evoca a los principios de equidad, transparencia y responsabilidad, como un todo, y lo muestra como valores supremos, que vienen a identificar lo que hoy se cómo conoce como buen gobierno, dando paso a una estandarización mundial, tal como lo refleja los principios contemplados en las pautas que produce la International Organization for Standardization (ISO), y las normas españolas UNE.

Sobre eso, es preciso indicar que para lograr una política aceptable de acuerdo al estándar establecido para el buen gobierno, y a su vez pueda arrojar resultados eficientes, dependerá del convencimiento de todas las personas que hacen vida activa en la organización, es decir, que cada empleado desde su lugar de trabajo, con un orientación de valores, tendrá su cuota importante de participación y compromiso en la vinculación de esta labor, y así como un todo, se pueda repeler cualquier conducta contraria a la ley.

Así mismo, Andretta (2014), en su artículo publicado en la revista científica y tecnológica UPSE, titulado criminal compliance, viene a contribuir con la finalidad que se ha establecido para el buen gobierno, en los siguientes términos:

El buen gobierno corporativo amolda el terreno de una empresa para de manera correcta poder comunicarse a lo largo y ancho de ella. Le proporciona a sus directivos y administradores el canal por medio del cual se pueden precautelar desde los proyectos comerciales en ejecución, hasta un programa que busque el apropiado cumplimiento con la ley y prevención de infracciones (p. 5)

En este sentido, la organización para lograr estos altos objetivos, deberá contar con políticas, instrumentos y procedimientos apropiados, que estén vinculadas al actuar diario que despliega la empresa, facilitando así una gerencia efectiva y prudente, idónea para generar a largo plazo, los resultados esperados y que son específicos para el buen gobierno, dejando en clara evidencia, una estricta cultura de obediencia, y lealtad a las normas jurídicas vigentes, diferenciándose de cualquier otra persona jurídica existente, ya que de conformidad con Henao & Castro (2020), “el compliance constituye un instrumento fundamental del buen gobierno y surge de la necesidad de controlar los riesgos generados por las actividades empresariales” (p. 32).

Finalmente, podemos enunciar que cuando una persona jurídica se inclina en implementar en el interior de su organización prácticas pertenecientes al buen gobierno, conjuntamente con un compliance programs, revelará su intención firme del querer desenvolverse conforme los preceptos normativos, permitiendo a su vez irradiarle a sus trabajadores la oportunidad para que se sumen a esta labor trascendental.

No se puede dejar de lado la responsabilidad social, con la evolución y avance que se ha tenido sobre el compliance programs, obligatoriamente nos conlleva afirmar, que las organizaciones, además de producir los bienes o servicios que comprende su naturaleza, para la cual fue creada, en la misma medida, es fundamental resalta, que a esta le corresponde afrontar todos aquellos riesgos, que se producen, como consecuencia de la actividad que despliega, frente a sus trabajadores, como para la sociedad.

Al respecto, la norma española, UNE-19602 (2019), en su parte introductoria, reconoce que “como es bien conocido, en los últimos años el concepto de responsabilidad social ha experimentado una expansión considerable, extendiéndose a ámbitos que antes no se entendían comprendidos en ella” (p. 6). Claro esta expansión obedece a que este tipo de responsabilidad frente a la sociedad, paso a constituirse en un principio esencial, pues a través

del mismo, se pretende que las personas jurídicas vinculen su actuar a las necesidades existentes dentro de la comunidad en la cual funcionan, y no en detrimento de ella.

Al mismo tiempo, González y Martínez (2007), en su artículo publicado en la revista vasca de economía, titulado “condiciones para la eficacia de los códigos internos de responsabilidad social de la empresa”, realiza un acercamiento, sobre lo que se debe concebirse, como responsabilidad social empresarial o corporativa, en los siguientes términos:

Sobre esta idea aportada, permite desprenderse, que las empresas cuando deciden encaminarse en la ejecución del propósito que dio origen a su fundación, deberá tomar en consideración, junto aquellas herramientas necesarias, que estén encaminadas en contribuir con el avance prudente en el desarrollo que requiere la sociedad, es decir, que para lograr unas ventajas competitivas aceptables, las personas jurídicas no deberán hacerlo a espaldas de la comunidad, sino que necesitará implementar una serie de valores que den como resultado una rentabilidad para sus propietarios.

De igual forma, Ballesteros (2019), en su artículo publicado en la revista de derecho & sociedad, titulado “Corrupción, seguridad y desarrollo: Una visión panorámica desde el Compliance”, establece que:

(...) la corrupción “genera una pérdida de legitimidad de las instituciones políticas y económicas”. La corrupción genera desconfianza, desafección, descontento, indignación, crispación, que termina representándose en el incremento de la conflictividad y exclusión social, lo que supone un desafío para la seguridad nacional, y especialmente, para la seguridad pública. Desde este contexto, el desarrollo económico de un país es menos viable y sostenible (p. 98).

Es por ello, que a través del compliance programs, necesariamente se pretende realizar una integración, en la cual pueda subsistir la rentabilidad de las actividades empresariales, sin que esto conlleve a un detrimento de la sociedad, su medio ambiente, y las expectativas que puedan generarse a los diferentes individuos, grupos o entidades de los que depende la organización para su subsistencia.

1.3 La necesaria inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas como base para el cumplimiento de los principios:

Una vez planteada la necesidad de aperturar la construcción sobre el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ordenamiento legal, en la cual permita exigirle, a cada una de las actuaciones que realiza, el estricto apego y cumplimiento de las disposiciones legales existentes, que admita el fomento, y la cimentación de una economía equilibrada y justa entre los diferentes actores que participan en ella, partiendo de la afirmación realizada por el profesor Ballesteros (2019), en su trabajo de investigación titulado *delincuencia empresarial, derechos humanos y seguridad humana: reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa*, en los siguientes términos:

(...) la delincuencia empresarial ha sido hasta hace poco tiempo considerada parte de la delincuencia no convencional, ya que, pese a ser un fenómeno criminal que erosionaba los bienes jurídico penales no se encontraba jurídicamente punida, incriminada y perseguida desde el punto de vista del Derecho penal (p. 259).

Esta afirmación, igualmente nos permite vincularla a las directrices que se encuentra establecidas en la investigación presentada por Carbonell (2009), en el libro *constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, la cual tituló *aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, afirmando lo siguiente;

Efectivamente, una vez se reconocen las sociedades como sujetos de Derecho, y se le otorga la correspondiente capacidad para ostentar facultades y obligaciones, su intervención en el tráfico jurídico es obvia. Hasta el punto en que hoy es absolutamente inconcebible el mundo del Derecho no sólo en el ámbito de la economía, sino en cualquiera sin el protagonismo absoluto de sociedades, fundaciones y demás personas jurídicas. Y resulta absolutamente obvia la necesidad de su riguroso sometimiento a la ley y al Derecho (p. 308).

En resumidas cuentas, y parafraseando lo citado, se puede concluir que el ordenamiento jurídico existente, deberá procurar ser un sistema completo,

que se encuentre revestido de facultades sancionadoras, para que, a través de ese poder coercitivo pueda lograrse el efectivo sometimiento a las leyes, ya que de nada serviría, hacer reconocimiento de derechos e imposiciones de deberes, si no está provisto de mecanismos, mediante los cuales pueda alcanzarse la efectividad y materialización de ellos, teniendo en cuenta, que el rango de actuaciones en los que se desenvuelven las personas jurídicas, es mucho mayor, que aquel en los que operan las personas físicas.

Ahora bien, a pesar de estar planteada la necesidad y pertinencia del reconocimiento de este tipo de mecanismos, es necesario de igual forma, revisar, aquellas posturas, que en principio fueron llamados inconvenientes, que derivaban de la implementación de la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en cuya percepción, en vez de acercar al fin perseguido, establecía una serie de barreras, que nacían de los elementos determinados por la dogmática penal, a las personas físicas.

La primera de ellas, y de acuerdo con lo establecido por Sánchez (2012), en su investigación titulada, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es que estos entes carecen de “conciencia y voluntad, y nunca podrán llevar a cabo un comportamiento penalmente relevante y, es más, nunca podrán dotarla de tintes dolosos o imprudentes y por tanto es imposible hablar de responsabilidad directa del ente colectivo” (p. 129). Este tipo de objeciones, fueron consideradas muy atinadas, pues al contrastarlo con lo establecido para las personas físicas, abiertamente parecía no tener ningún tipo de discusión.

Uno de los grandes defensores, de esta clásica teoría, es la esgrimida por Günther (1995), en su libro titulado derecho penal, parte general fundamentos y teoría de la imputación, traducido por Contreras, y González, la cual, puede resultar un poco confusa al principio, pues pareciera que consintiera la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas, sin embargo, al final niega “la capacidad criminal de las personas jurídicas puesto que, según él, no tienen capacidad de ser ciudadanos fieles al derecho, y, por consiguiente y a la inversa, pueden desautorizar las normas al no ser autoconscientes ni tener competencia comunicativa” (p. 184).

En este mismo sentido, frente a este inconveniente, Henao & Castro (2020), recopila en su trabajo de investigación, importantes incompatibilidades, expresadas por diversos doctrinarios relacionadas al concepto jurídico penal de acción, en los siguientes términos;

(i) Para el causalismo clásico la misma era un movimiento corporal incompatible con lo que se tiene por persona jurídica; (ii) para el neocausalismo implicaba la indicación de conducta humana, o la conducta humana regía por la voluntad orientada a un determinado resultado; (iii) para el finalismo, la acción humana final entendida como el obrar conscientemente desde un fin; (iv) para Jescheck el comportamiento humano con trascendencia social; (v) mientras que para Roxin la acción es todo aquello que pueda atribuirse al individuo como centro anímico espiritual de acción (p. 379).

Sin embargo, Vives (1996) y Schmidt (1969), frente a esta incompatibilidad que venía siendo marcada sobre el concepto de acción, comienza a aportar con mayor claridad y sustento, el significado que debe atribuirse a este;

...[d]efiniré, pues, la acción, no como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. En definitiva, la acción es el sentido y no su soporte al que, por cierto, ya había atribuido Eberhard Schmidt la condición de irrelevante (Como se cita en Carbonell 2009, p. 312).

Esta definición aportada, sin lugar a dudas, contribuyó para que se comenzará a replantearse de manera doctrinal, los diferentes elementos que engloban al concepto de acción, permitiendo una comprensión mas amplia del mismo, extrayendolo del lugar donde se encontraba anclada dicha enunciación, logrando llegar a la conclusión, tal como lo hace Carbonell (2009), que “si la acción es el significado, las personas jurídicas tienen capacidad de acción; pueden ser sujetos activos de delitos” (p. 312). De esta manera, si a las personas jurídicas se les reconoce su personalidad, quedaría facultada de capacidad en el mundo jurídico, para actuar.

Otro de los inconvenientes que se generaban en los inicios de esta nueva construcción dogmática, sobre el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, surgió al contrastarla con el concepto conocido sobre la culpabilidad, pues no era muy clara la manera en la cual estas pudieran ser objeto de reproche, ya que ellas mismas no podían actuar directamente.

A tenor de lo enunciado, Tiedemann (2007), siendo uno de los doctrinarios que mejor postura y coherencia reveló sobre el tema, al momento

de valorar la manera en que se debía comprender la llamada culpabilidad empresarial, al considerar que la misma derivaba de eso que él denominó, como;

“defectos de organización de la misma en orden al control de la actividad de las personas físicas que actúan en su nombre, interés o representación. Se habría producido un incumplimiento de esos deberes de control que impedirían la producción de comportamientos delictivos” (Como se cita en Carbonell 2009, p. 313).

Con relación a esta postura, se podía notar, como la misma, marcaba la importancia que representaba para las personas jurídicas, al establecer desde sus inicios, una organización estructural, ya que eran estos, los que impedirían, que el actuar que desarrollara la persona jurídica no infringiera la ley, y, en consecuencia, no pudiera atribuírsele un reproche jurídico. Frente a ello, y de acuerdo con Carbonell (2009), consideramos igualmente que “la persona jurídica actúa dolosamente al no organizarse, provocando una situación tal que, aunque quisiera, no le permitiría impedir los delitos cometidos en su seno” (p. 314). De acuerdo con los términos esgrimidos, por los diferentes autores, sobre la acción y la culpabilidad, son los que contribuyeron para superar los inconvenientes que se dieron frente a la proposición de la atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Estos diferentes criterios, de manera muy rápida fueron acogidos por la jurisprudencia Española, de conformidad con los argumentos presentados por Morales (2018), en su investigación realizada, la cual denominó los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en el delito corporativo, afirmó que “una parte de la doctrina ha identificado como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas una culpabilidad por defecto de la organización” (p. 335). Este criterio, vino a ratificar de manera concluyente, la relevancia que revestía el hecho de que la persona jurídica no contara con una organización acorde que le permitiera alejarse de la infracción de la ley.

Por consiguiente, a efectos de dar claridad al concepto anteriormente expuesto, Bacigalupo (2011), frente a la presencia del defecto en la organización de las personas jurídicas, expresó; «no es sólo un requisito de la responsabilidad por la infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados sino el presupuesto general

que legitima la aplicación de una pena a una persona jurídica» y que, en consecuencia «la existencia de un déficit o defecto de organización debe ser el presupuesto de punibilidad de las personas jurídicas» (Como se cita en Morales, 2018, p. 336).

Seguidamente, dicho criterio se logró materializar en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, al considerar en su texto, que “la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del debido control, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal” (p. 3), otorgándole la relevancia debida, que viene a representar, la organización que requiera implementar las personas jurídicas, ya que la transgresión de la misma, le conllevaría a establecer la responsabilidad que pudiera tener. Sin embargo, Villacorta (2018), en su trabajo de investigación, titulado incógnitas e incertidumbres en el diseño de los programas de compliance, publicada en la revista de derecho penal contemporáneo, mostraba que la “responsabilidad penal de la persona jurídica no es alternativa, sino acumulativa, a la de las personas físicas materialmente responsables de delito, incluso, en los supuestos en los que no haya podido ser individualizada la responsabilidad penal de la persona física” (p. 28).

Frente a ello, el Tribunal Supremo Español (2016), en su Sala de lo Penal, en fecha 19/02/2016, a través de la ponencia realizada por el Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín (expediente 154/2016), paso a ratificar esta tesis, en la cual se sustentaba, que la ausencia o carencia de todos aquellos mecanismos o controles dentro de la organización, que contribuyen o alejan para la comisión de delitos, se convertiría en el “Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica” (p. 22). Ya con esta ratificación realizada por este alto tribunal español, sin lugar a duda, paso a dejar sentado la necesidad de establecerse en el seno de las personas jurídicas, la llamada “cultura de respeto al derecho”, pues, es a partir de esta, que vendría a considerarse la posibilidad de endilgársele cualquier tipo de responsabilidad a las personas jurídicas.

De igual manera, desde antes de que el Tribunal Supremo Español adoptara esta posición, varios autores, venía asumiendo su propia postura, tal como lo revelara Sánchez Silva (2013), en los siguiente;

“el modelo clásico del delito de acción asentado sobre casualidad, dominio e intención se halla superada”. Este autor subraya igualmente la creciente relevancia en la teoría del delito para las personas jurídicas

de los elementos de infracción del deber (...) Es por todo ello que gran parte de los esfuerzos de la doctrina se han empleado en lograr una justificación solvente en términos de culpabilidad (Como se cita en Ruiz, 2020, p. 6).

Una vez, que se dan estos avances doctrinales, se comienzan a analizar igualmente, a efectos de establecer, frente a qué tipo de responsabilidad pudiera vincularse a las personas jurídicas, una vez que se produjera la infracción del deber al cual se encontraba sujeta. Sin embargo, y de acuerdo con Zugaldía (2013), en su estudio titulado la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, fueron dos los modelos en los que pudiera estar insmicuida su responsabilidad, entre los esgrimidos por el autor, se encuentra, el de “responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, denominado autorresponsabilidad, o si, por el contrario, el llamado modelo de transferencia de responsabilidad por el hecho de otro, o, también calificado, modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial” (p. 58).

En la explicación argumentada por el autor, estaremos frente a un modelo de responsabilidad, identificado como de autorresponsabilidad (directa), cuando el mismo se encuentre cimentado, sobre la responsabilidad autónoma y directa que tiene atribuida el ente colectivo que ejecuta la actividad delictual, y aquí “la persona jurídica responde de su propia acción y por su propia culpabilidad, respetándose así los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad” (Zugaldía, 2013, p. 58). Este tipo de responsabilidad, a pesar de haber contemplado un tipo de responsabilidad autónoma y directa sobre la persona jurídica, fue insuficiente, pues se encontró con la barrera, que, en la práctica, quienes accedían al delito eran aquellas personas que, dentro de la organización, tenían asignada un rol o función dentro de la misma, creando un desbalance entre la persona jurídica y la física.

Sin embargo, Henao & Castro (2020), frente a este modelo de autorresponsabilidad, afirmaba que, en su interior, existen varias variantes, que debían ser tomadas en cuentas, al momento de atribuírsela a una persona jurídica, entre ellas tenemos:

- (i) Imputar a la persona jurídica el hecho materialmente realizado por sus representantes o empleados, que se considera un hecho delictivo propio de la sociedad; (ii) Imputar al ente colectivo un defecto de organización

concreto, el cual ha facilitado o no ha impedido que sus representantes o empleados hayan realizado un hecho delictivo o singular; (iii) Imputar a la sociedad una cultura corporativa defectuosa, la cual fomenta o no impide a lo largo del tiempo la realización por sus representantes o empleados de hechos delictivos como el concreto acaecido (iv) Imputar a la persona jurídica una reacción defectuosa frente al hecho delictivo ya realizado por sus representantes o empleados. Es la ausencia de ese comportamiento post-delictivo adecuado lo que constituye el hecho delictivo propio de la sociedad (p. 392-393).

Frente a estos desequilibrios, y de manera más amplia, surge el modelo denominado vicarial (heterorresponsabilidad o indirecta), la cual contempla aquellos casos, en los que quien decide cometer la actividad contraria a la ley, es el propio directivo, o el representante designando, como bien lo muestra, Ruiz (2020), en su investigación presentada, que una persona jurídica, por si misma, no comete delito alguno, “sino que incurre en responsabilidad cuando un directivo o representante de la empresa ha cometido un delito aplicable a las personas jurídicas, obrando en su nombre y representación, siendo este motivo suficiente para transferir la responsabilidad a la persona jurídica” (p. 8), siendo una especie de “responsabilidad por reflejo o de rebote” (Henao & Castro, 2020, p. 392).

Frente a este modelo, lo único que se vino a ratificar, es que las empresas siempre van a encontrarse, frente a sus trabajadores, en una especie de posición de garante, de modo que, cualquier actuación que estos ejecuten, en ejercicio de sus funciones, que tenga como intención obtener algún provecho o ventaja, elevaría el riesgo de comisión del delito, pudiendo desencadenar hacia la persona jurídica, su propia responsabilidad penal.

En este sentido, y para una mayor claridad, Villacorta (2018), viene afirma que este tipo de responsabilidad es extrapolada del derecho civil, la cual ha estado estrechamente vinculado al nacimiento de esta nueva dogmática sobre las personas jurídicas en los siguientes términos;

Esta visión es una aplicación a la responsabilidad penal de un tipo de responsabilidad civil, fundamentalmente la basada en dos criterios culpa in eligendo y culpa in vigilando. Según la primera, se hace responsable al sujeto por la incorrecta elección de la persona encargada. La segunda se concreta en la exigencia de control, con el objeto de poder mantener

un conocimiento continuado de la labor que el órgano está llevando a cabo, relativa a las funciones que a este le han sido encomendadas (p. 29).

Esta clasificación vendría a contribuir con mayor transparencia, la obligación insoslayable de vigilancia debida, que se debe ejercer sobre toda la estructura organizacional, pues si la misma es descuidada en cualquiera de sus facetas, estaría aperturando las puertas, para que, a través de ella, se cometa cualquier cantidad de delitos, comprometiendo su responsabilidad.

De igual forma, frente a este último tipo de responsabilidad, es la que se han inclinado tanto, un sector mayoritario de la doctrina, como la de los ordenamientos jurídicos que han acogido este tipo de responsabilidad, pues a través de ella, se busca equiparar cargas entre las empresas y aquellas personas que cumplen unas funciones determinadas dentro de la organización, siendo penalmente responsables tantos los unos, como los otros, de manera autónoma e independiente.

Sin embargo, a pesar de tenerse este importante desarrollo dogmático, Nieto (2013), presenta de manera categórica, que, frente al establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, hay que hacerlo desde una perspectiva mucho más amplia, a los dos modelos presentados, pues;

(...) hay que prevenir conductas que no suponen «un beneficio» para la persona jurídica, bien porque se lleven a cabo por entes que no buscan beneficio (partidos políticos, sindicatos, iglesias); bien porque lo que se intenta es proteger bienes jurídicos colectivos (prevención de riesgos laborales, bases de datos personales, y de la seguridad del tráfico jurídico frente a las falsedades contables); bien porque el delito no tiene carácter económico (los acosos sexuales en la empresa), bien porque se trata de delitos imprudentes (en los que normalmente no cabe ánimo de lucro) (Como se cita en Morales, 2018, p. 340).

Ahora bien, para lograr fortalecer este régimen de disciplina que se autoimpone, las personas jurídicas, en aras de garantizar el equilibrio que debe existir entre, el desarrollo de las operaciones que realizan sus directivos, administradores, los intereses económicos, y la sociedad, deberá adoptar con la seriedad de caso, este tipo de sistemas en los cuales se encuentren estrechamente vinculados, hacia el rechazo de cualquier práctica, que comprometa su

comportamiento ético al cual fue llamado a cumplir, alejándolo del delito, prevaleciendo y garantizando la voluntad del cumplimiento normativo, al cual se encuentra sujeto.

A manera de corolario se puede afirmar, que el compliance programs, tiene mucho que aportar a las empresas, pues desde un sentido lato sensu, además de evitar que las personas jurídicas ejecuten actividades que se conviertan en delictivas, se ocupa en mantenerlo instaurando relaciones honestas, provistas de alto contenido ético, tanto para los directivos que tienen asignado su rol esencial dentro de la organización, como para sus trabajadores que ejecutan las funciones encomendadas, buscando proteger en cada momento, toda aquella confianza que la sociedad ha depositado en ella, sin que esto le prive la posibilidad de continuar con el desarrollo de sus actividades económicas en el mercado nacional e internacional, salvaguardando el impulso de aquellas diligencias que distorsionan el mercado en el que funcionan, así como de atemorizar los nuevos inversores, que vienen a complementar el crecimiento económico de la sociedad.

Como conclusión, se puede aseverar entonces, que a través del compliance programs, se deberá ejecutar una debida supervisión, como la adopción de aquellas medidas necesarias que le permita detectar a tiempo, la conducta no deseada, para luego colocar en marcha todos esos mecanismos previstos, que le garantice una adecuada y oportuna subsanación, incrementando así, un mejor entorno organizativo, manteniendo en el transcurrir del tiempo, su buena reputación y voluntad de actuar apegado a las normas que rigen la sana competencia del mercado en el que participa.

CAPÍTULO II:

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y EVITACIÓN DE RIESGO PENAL

Fabio Iván Rey Navas ³

Deiby Alberto Saenz ⁴

Darwin Anthony Quintero Herrera ⁵

Javier Mauricio Vera Gutierrez ⁶

Introducción

La apertura de las relaciones económicas y el auge de los mercados, dio origen a la expansión empresarial, a niveles alarmantes, y complejos, convirtiéndose este fenómeno en una gran novedad para los ordenamientos jurídicos vigentes en diversos estados, y en específico, para el derecho penal, pues de manera acelerada se constituyó en un nuevo mecanismo para aprovechar las ventajas de la regulación, dentro de una esfera considerada de amplio espectro, creando en los países la gran necesidad de establecer procedimientos judiciales que contribuyeran a frenar este esparcimiento.

Esta dinámica, que empezaba a gestarse, comenzó a ser apetecible por las demás empresas, marcando como pauta fundamental, la necesidad de organizarse para hacerse más poderosas, y así aprovechar cualquier grieta, desorganización estructural, o carencia de información sobre sus funciones,

3 Abogado, doctor en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana.

4 Abogado, doctor en Derecho Pública de la Universidad Santo Tomas. Magister en Derechos Humanos. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana.

5 Abogado. Magister en Derecho de la Universidad Gran Colombia. Estudiante del cumplimiento normativo en lo público y lo privado.

6 Abogado. Magister en Derecho de la Universidad Gran Colombia. Servidor público en la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

para poder corroer la economía de cada país, o desolidificar lo alcanzado en economías proteccionistas y sólidas, mediante una operativización del mundo financiero, haciéndose cada vez más evidente, que para lograr una consolidación, se necesitaría del concurso de otras personas jurídicas para alcanzar el encubrimiento de los “negocios”, produciendo una verdadera industria organizado que apostará por más, más rápidos y mejores rendimientos.

Vistos estos nuevos escenarios, los cuales permitían visualizar la mutación del capital, bajo unos enfoques en los que aún no se cuenta con una fórmula que permitiera regular estas actividades, pues el derecho civil y administrativo, con el que se pretendió hacerle frente a este nuevo ideal empresarial, género como resultado, que las mismas fueran insuficientes, bien, porque el tipo de sanción que se imponía, no reflejaba que cumpliera con ese fin preventivo general, y, mucho menos, revelaba el cumplimiento de esa garantía coercitiva frente a la sociedad, la de evitar; que la infracción no se volviera a cometer a futuro, consintiendo así, que se produzca una expansión de un capitalismo desenfrenado, haciendo presumir que no había manera de ser descubiertos, lo cual generaba un ambiente perfecto para la proliferación de ganancia “non sanctas” en los sectores económicos.

La metodología aplicada corresponde a las investigaciones de tipo cualitativa, pues a través de esta, y de manera estructurada, se logró preparar el terreno, mediante la exploración, observación, recopilación y análisis de diferentes bibliografías, tanto físicas, como a través del uso de herramientas informáticas, relacionadas con el problema objeto de esta investigación, sobre el cómo y en qué condiciones ocurren los hechos, para luego ponderar el impacto en el entorno nacional, realizando a su vez, esfuerzos necesarios sobre la evaluación de los elementos importantes del compliance programs, para su comprensión

Finalmente, la investigación realizará aportes que conduzcan a la construcción de una nueva legislación requerida por el sistema penal colombiano, acorde con los principios y garantías contempladas en el ordenamiento jurídico vigente, en la cual permita exigirles a las personas jurídicas, su responsabilidad de manera autónoma, de acuerdo al catálogo de delitos contemplados, y así resarcir todos aquellos daños que por su actuar negligente pueda llegar a ocasionarle a la sociedad.

La propuesta es facilitar que el derecho penal acoja en este punto de las infracciones cometidas por personas jurídicas, un criterio práctico que a la par que conserve el orden jurídico y la iniciativa privada, este en capacidad de evitar el deterioro de la actividad empresarial, de los empresarios y de los inversionistas, pues existe cualquier actividad económica tiene riesgo de contaminarse o encontrarse incurso en una conducta inapropiada legalmente, llámese delito o infracción al régimen cambiario, sin que esto signifique el fin de la fuente de producción de riqueza para la nación, o la anulación en la actividad de quienes participaron en la misma.

2.1. La responsabilidad empresarial y cumplimiento normativo

La responsabilidad de las personas jurídicas es propia de un mundo que exige la reparación de los daños ocasionados con el objetivo de hacer perfectible las organizaciones tanto las públicas, como las privadas. De una parte, se comenzó con la posibilidad de responsabilizar a los estados por lo ejecutado en contra de sus ciudadanos o dentro de sus fronteras, así fue que nacieron los tribunales continentales de derechos humanos, para hacerle frente a las demandas de quienes resultaban lesionados por cada una de las organizaciones públicas, esto se dio a nivel Europa y América posterior a los años 50 del siglo XX, para poder juzgar a estas especiales personas jurídicas se comenzó a elaborar un plexo normativo de declaraciones de derechos humanos, de manera tal que se pudiera señalar el incumplimiento de normas internacionales por parte de tribunales internacionales.

Sin dejar de lado el propio origen del consejo de estado a nivel interno de cada nación, para señalar la responsabilidad de los estados ante las fallas en el servicio que este prestaba, las jurisdicciones internacionales vinieron a solventar el creciente riesgo de impunidad de las soberanías nacionales.

Aun cuando las personas jurídicas de derecho privado tuvieron un importante auge durante la revolución industrial, el derecho nacional llevo a las regulaciones autónomas en cada país especialmente en lo que se relaciona con los derechos de los trabajadores, los pagos fiscales y parafiscales, así como las regulaciones sanitarias y reglamentarias propias de cada mercado, esta regulación fue más o menos controlada por el estado hasta el comienzo de la globalización de los mercados, cuando organizaciones empresariales de los países más influyentes económicamente vieron la oportunidad de expandirse a

niveles inimaginables, en un aldea global en la cual sus productos, explotaciones e inversiones pasaron a tener multi regulaciones y a la vez vacíos de regulación dando espacio a la maximización de las ganancias y rendimientos financieros.

Este crecimiento económico de las organizaciones privadas ha hecho que algunas empresas multinacionales como walmart, state grip, china national petroleum, entre otras 10 multinacionales es comparable al producto interno bruto de los 180 países más pequeños del planeta entre los que se incluye Irlanda, Indonesia, Israel, Colombia, Grecia, Sudáfrica y Vietnam, entre otros (El país, 2016), por lo que solo en 20 años todo el mundo este dominado por grandes corporaciones, reguladas bajo sus propios códigos de ética, pues los países carecen de regulaciones globales.

Situaciones que hacen necesario llegar a responsabilizar directamente a las personas jurídicas de derecho privado, con elementos de mayor contención y valor social como es el derecho penal, pues las sanciones impuestas por el juez penal tienen esa connotación social de señalamiento delictivo, de forma tal que en el inconsciente colectivo queda la sensación de mayores cotas de justicia, aun cuando la misma sea de carácter económico, pues no se trata de una sanción con mayor implicaciones de prevención, retribución y garantías de no repetición, además de la necesaria restauración de lo afectado con su actuar delictivo.

Al tratarse de empresas con capital multinacional, o financiadas con recursos financieros de sus casas matrices o de bancas internacionales, el efecto de penalización de los representantes legales, miembros de junta directiva, revisores fiscales o contadores son minúsculos pues las personas naturales son solo “fichas” dentro de las organizaciones empresariales, que no ven afectadas sus intereses al ser juzgadas el capital humano, pues ya han realizado el interés que les conviene como es el capital financiero obtenido con la acción fraudulenta del orden legal. Lo que hace necesario que las sanciones se dirijan a las organizaciones empresariales y a sus recursos, pues estos son en últimas lo que se pretende favorecer en las operaciones delictivas.

De una parte, es necesario favorecer la formación de empresas de capital nacional y multinacional, pues este es un pilar de necesario para mantener y hacer crecer la economía, y es así mismo es necesario favorecer el capital humano que se ha venido preparando en lo teórico y en lo práctico para manejar las empresas, de manera tal que la dirección de las sanciones sea

rectificar el camino errado que se pueda presentar en medio de las actividades empresariales, de manera tal que se garantice la supervivencia de las empresas y la experiencia del capital humano, lo que se puede conformar mediante planes de cumplimiento normativo adecuados a cada clase de organización empresarial, lo que aumenta su compromiso con el cuidado de los bienes jurídicos que le corresponden y amplían la posibilidad de hacer crecer los negocios. Pues un estado donde la actividad empresarial es perseguida y el capital humano sometido a medidas de inocuización es un país que llama a la pobreza y a la parálisis económica.

En la actualidad es un secreto a voces el compromiso de las grandes corporaciones con la violencia de los derechos humanos en varias partes del mundo, como el Cacao en los países africanos, la contaminación por los colorantes de las telas en India, o la esclavitud que viven quienes cultivan en los campos de Almería en España, para Demetrio (2018) es de gran preocupación frente al incremento de la impunidad empresarial, proponiendo la implementación del establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, en los siguientes términos:

...las vulneraciones masivas de los Derechos Humanos por parte de empresas multinacionales no pueden ni deben quedar sin respuesta y que corresponde hacer un esfuerzo muy serio de reflexión acerca de los instrumentos jurídicos adecuados, incluyendo al Derecho penal internacional, para prevenir y sancionar las terribles consecuencias que aquellas provocan (p. 23).

Desde este punto de vista, adicionalmente se debe tomar en consideración, a que toda esta complejidad en la que se encuentra envuelta este tipo de responsabilidad, sea probablemente a que se este ante una delincuencia empresarial, de naturaleza económica, que se caracteriza por su componente organizativo, profesional, técnico, complejo y transnacional. Se trata de una suerte de criminalidad de los poderosos, y precisamente, para ella, es para la que menos preparados estamos, tanto a nivel normativo como dogmático (Ballesteros, 2019, p. 256).

Consecuentemente con ello, es necesario realizar una construcción dogmática idónea, que sea adoptada por las empresas como útil y valorada para cumplir con la necesidad requerida, para lograr que las personas jurídicas en su actuar, pueda desplegar un comportamiento acorde con los dispositivos

legales establecidos, mostrando una ética empresarial sólida que le permita irradiarla hacia las demás empresas.

Es por ello, que una vez que se identifican las necesidades propias de cada organización, se comienzan a construir definiciones, enmarcadas del cumplimiento normativo por parte de las personas jurídicas, en este sentido, Troklus, Warner y Wollschager (2018), enunciaba que el *compliance* debía ser visto como “un sistema de individuos, procesos, políticas y procedimientos desarrollados para asegurar el cumplimiento de las leyes, regulaciones industriales y contratos privados que gobiernan las acciones de la organización” (como se cita en Henao & Castro, 2020, p. 23), tendientes al cumplimiento de los fines empresariales con responsabilidad social.

Así mismo, Ballesteros (2016), presenta como definición, aquella que inicia desde la organización interna de la empresa, para enfrentar cualquier quebrantamiento de la ley, y así promover un cumplimiento ético frente a su funcionamiento ejecutado, vista la importancia y relevancia frente al tema, se procede a citar como;

...aquellas medidas sistematizadas que se implementan en la organización en todos los niveles, desde la alta dirección hasta los empleados del último eslabón, para prevenir o impedir que acontezcan en la organización vulneraciones a la normativa penal, administrativa, civil o laboral, los derechos humanos o a sus propios códigos de autogobierno. Todo ello, con el propósito de crear un clima o cultura organizativa centrada en la legalidad y el fiel cumplimiento de las leyes que no promueva la aparición de conductas delictivas desde dentro de la organización (p. 245), estableciendo un parámetro interno en la organización mediante el oficio de cumplimiento o el departamento de cumplimiento normativo.

De manera muy similar Sieber (2013) indica como

...un modelo de prevención de riesgos a través de la introducción de una cultura del respeto de las normas legales y éticas en las empresas implican el establecimiento de códigos de conductas, medidas de autovigilancia, controles y la determinación de los flujos de información (p. 64), asegurando una gestión que a la vez que cumpla con los parámetros del negocio proteja los bienes jurídicos con los que intervenga la empresa, desde el medio ambiente, hasta el orden económico.

De estas definiciones, propia de la doctrina, son modelos que se han transmitido tanto por el derecho angloamericano, como del viejo continente, partiendo de esa necesidad de autorregulación, en la cual las personas jurídicas, de manera pronta y oportuna, puedan detectar esos comportamientos desplegados, contrarios a las normas, para luego corregirlos y subsanarlos, protegiendo de esta forma la organización empresarial y la administración de justicia.

En el mismo orden, la profesora Zúñiga (2012), aporta una justificación frente a la autorregulación, afirmando que “la predisposición de un sistema regulativo y disciplinario interno de la persona jurídica (corporate goverment) puede servir para resolver e individualizar con mayor prontitud y eficacia los puntos clave de la patología de la empresa” (p. 558), ubicando los controles y la asistencia oportuna para evitar desvíos del curso legal, como ejemplo de ello en la empresa pública se puede hacer referencia a los llamados “asesores jurídicos operacionales” en las brigadas del ejército Colombiano, lo que contribuyó a manejar los riesgos inherentes al conflicto armado de forma más lícita, como el hecho de encontrar menores en un campamento guerrillero, o accionar en contra de objetivos aminorando el riesgo de los civiles, con lo que se promocionaban el manejo jurídico de las situaciones sin exponer a los combatientes a procesos de responsabilización.

Con estas definiciones y ejemplo se puede hacer un acercamiento a los objetivos fundamentales que persigue el compliance, consintiendo el primero de ellos, es aquel que se circunscribe a la necesidad de establecerse la adopción de unos protocolos eficientes, encaminados a generar a lo interno, el cumplimiento de todos aquellos dispositivos normativos a los cuales se encuentran sujetas las empresas, y el segundo de ellos, generar como un ideal empresarial, la adopción de una sólida cultura ética en cada una de las actividades que se ejecutan.

De modo idéntico, Fernández (2019), afirma desde el punto de vista teórico, cuáles son los tres objetivos esenciales que debe cumplir el compliance, en los siguientes términos;

En primer lugar, tiene que tener como objetivo el impedir hechos delictivos (...) El segundo objetivo sería limitar la responsabilidad penal de la empresa y sus costes en el caso de alguien cometiere un delito en el seno

de la misma. Por último, el tercer objetivo sería implantar la cultura del cumplimiento y la ética en los negocios (p. 5).

Adicional, Ballesteros (2019) diseña una gama amplia de objetivos, que debe aportar el compliance, desde una perspectiva penal, siendo elementos indispensables del sistema de cumplimiento en los siguientes términos;

- (i) identificar mediante un mapa de riesgos, aquellas actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos delitos objeto de persecución contra las personas jurídicas;
- (ii) establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, adopción de decisiones y ejecución de las mismas;
- (iii) disponer de los recursos financieros suficientes para implementar, mantener y revisar los programas de cumplimiento;
- (iv) imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (canales whistleblowing);
- (v) establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; y
- (vi) verificar periódicamente el modelo, modificando éste cuando se detecten infracciones o nuevos riesgos, consecuencia de cambios en la organización de la empresa o de la apertura de nuevas líneas de negocio (p. 276).

De estos objetivos fundamentales que persigue el compliance, se puede verificar desde una esfera muy amplia, su cabida y aplicación tanto para aquellas personas jurídicas, que operan en el ámbito privado, como las que funcionan en el sector público, pues en ambos sectores se pueden producir riesgos de comisión de conductas contrarias a la ley, que logren dar nacimiento a cualquier tipo de responsabilidad, que pudieran desencadenar en algún tipo de sanción o perjuicio en contra de la organización.

Esta finalidad, es la que permite, y de acuerdo con Henao & Castro (2020), que el compliance tenga “un carácter transversal, pues no se limita a un ámbito jurídico específico, sino que comprende los diversos ámbitos jurídicos en los que la actividad corporativa pueda tener incidencia” (p. 26).

Frente a este escenario, y de conformidad con la teoría de autorregulación, es que se le otorgan a las personas jurídicas, la posibilidad de dotarse de una serie de protocolos que le permita además de identificar los riesgos a los cuales se encuentra expuestos, al interior de la empresa, afrontarlos de manera rápida, y segura, permitiéndose mitigarlos o debilitarlos, mediante la adopción de soluciones concretas, sin que esto pueda llegar afectar el funcionamiento ordinario de las operaciones propias de la empresa, y la imposición de cualquier sanción que afecte el patrimonio de la misma.

Además, permite que las autoridades que investiguen la conducta de una persona natural que ejecuta labores en nombre de la empresa, pueda ser neutralizado mediante el ajuste de cumplimientos normativos que impidan la nueva ocurrencia de la conducta, además de una merma en los valores devengados por la organización empresarial al lesionar el bien jurídico correspondiente.

Pero para lograr este cometido, se debe contar con una infraestructura y recursos suficientes, que le permita desplegar, desde el momento en que se identifica el riesgo, toda esa capacidad logística necesaria, para la adopción de cualesquiera de las medidas idóneas, tendientes a lograr corregir ese comportamiento, que puede traer consigo, algún incumplimiento normativo, por haberse ejecutado al menos, una conducta ilegal, permitiéndose construir la verdadera prevención, frente al delito o la conducta desviada.

Para ello, deberá contar adicionalmente, con un mecanismo robusto, que le permita fluir la comunicación entre los diferentes actores, que hacen vida activa dentro de la organización, proporcionándole una serie de garantías y protecciones especiales, para aquellas personas que deciden revelar ese comportamiento antiético, reflejándole a los demás, el interés específico de alejarse de este tipo de actuaciones, promoviendo una sólida cultura ética, en cada una de las actividades que se ejecutan, favoreciendo adicionalmente el buen gobierno de las organizaciones.

Del mismo modo, y por ser tan variada la gama de aquellos riesgos en la cual puede incurrir una empresa, el programa de cumplimiento deberá ser objeto de revisiones y evaluaciones periódicas, con el objeto de poder establecer las pautas a seguir, una vez se produzca la situación, ya que sólo así, será la manera en la cual la efectividad de este no claudique en su finalidad propuesta, salvaguardando su cumplimiento, permitiéndose igualmente que las autoridades tomen cartas en el asunto para ajustar los puntos clave del sistema de autorregulación allí donde se observan comportamientos antieticos o antijurídicos.

2.2. La eficacia, prevención, ética, buen gobierno y responsabilidad social, como principios del compliance programs:

Los principios que engloban el cumplimiento normativo, son presupuestos necesarios para que las personas jurídicas, asuman el compromiso de colocarlos en práctica, la cultura que presupone el cumplimiento normativo, deberá contar con suficiente información, para que al momento de implementarlo no tenga ningún tropiezo que lo desvíe, logrando arraigarlas dentro del seno de la organización.

Sobre esta base, la Norma Española UNE-ISO:31000 (2018), en la parte introductoria identificada con el 0.2, establece que los principios “funcionan como indicadores del desempeño de la gestión del riesgo, y refuerzan el valor que tiene para la organización gestionar el riesgo de una manera eficaz” (p. 5). Por tal motivo oportuno es afirmar, que el compliance programs se encuentra abrazado a los principios de eficacia, prevención, ética, buen gobierno, y responsabilidad social, la cual se procederá a realizar su abordaje.

La eficacia, desde una perspectiva amplia, se encuentra dentro de unos límites que pudiera ser contrarios a los propósitos establecidos, haciendo presumir, que cuando, en la empresa se produce la desviación no querida, las estrategias planteadas, resultarían ineficaces, lo que conllevaría a plantear un absolutismo errado, que se apartaría de la finalidad esencial de existencia de este.

En este aspecto, Gutiérrez (2016) lo hace en los siguientes términos;

Concretar el concepto de eficacia no es sencillo, pues nos alejamos de términos jurídico-penales. En un esfuerzo por trazar sus contornos, se ha apuntado que el principio de eficacia está integrado por una suerte de obligación de la alta dirección de revisar el modelo de prevención para cerciorarse de su correcta ejecución, de la aplicación de las políticas de cumplimiento (p. 13).

De igual manera, la norma española, UNE-19601 (2017), en el apartado 3.11, define a la eficacia como la “medida en la que se realizan las actividades planeadas y se obtienen los resultados previstos” (p. 11).

Claro el enfoque que se le atribuye a esta es que los resultados a que arroja el programa de cumplimiento, deben obedecer a la planeación que se hace sobre la gestión de los riesgos existentes, y cuáles son las medidas para afrontarlos, una vez producidos.

Sin embargo, Neira (2016), señala en primer lugar, que

“la eficacia que se exige para los programas de cumplimiento normativo es una eficacia relativa, en el sentido de que la comisión de un delito no implica necesariamente la ineficacia del sistema” (p. 478).

Al interpretar las definiciones esgrimidas lleva a confirmar que la eficacia, no debe ser equiparada a infalibilidad en la previsión del delito, pues una de las funciones esenciales del compliance penal, es la idoneidad para averiguar las trasgresiones que se cometen, y de manera pronta responder adecuadamente conforme a derecho, para hacer terminar esas falencias.

Es por ello, que en los programas de cumplimiento, no se trata de procurar neutralizar el riesgo de comisión del delito, sino por el contrario, su finalidad deberá estar orientada a encargarse de la gestión de ese riesgo producido, y hacer que el mismo se mantenga en niveles jurídicos penales permitidos. Por este motivo, es que se requiere que las empresas cumplan con el deber de implementar un compliance, para que de manera eficaz pueda prevenir la ocurrencia de los delitos en los que pueda incurrir.

Otro de los aspectos, en los cuales está intrínsecamente relacionados al principio de eficacia, obedece a que el programa que se pretenda implementar, necesariamente deberá responder a dos finalidades esenciales, la primera de ellas, a la idiosincrasia e idoneidad de la empresa, es decir, que se adapte a las

necesidades propias que este tiene, acorde a su estructura organizativa, y a los riesgos propios de acuerdo a la actividad que ejecuta, evitando cualquier intento de estandarización, y en segundo lugar, se corresponde con aquella previsión establecida en el artículo 5.3.2, de la norma española, UNE-19600 (2015), la cual se encuentra relacionada a la necesidad de la “involucración activa y la supervisión por parte del órgano de gobierno y de la alta dirección es una parte integral de un sistema de gestión de compliance eficaz” (p. 16).

En este sentido, es que Neira (2016), viene afirmando de manera persistente, que “un modelo estereotipado de cumplimiento que no atiende a las peculiaridades organizativas de cada concreta organización es, por definición, ineficaz” (p. 479).

En atención a ello, se debe tener presente, que la eficacia de un programa de cumplimiento dependerá de lo dinámico del mismo, permitiendo constantemente la evaluación de sus resultados, procurando a tiempo, corregir cualquier falencia que por las actividades que despliega la empresa se haya podido generar, en razón de lo cual, deberá permanentemente actualizarse para ratificar su vigencia y el compromiso de la entidad en la prevención de la realización de actuaciones reprochables.

Igualmente cabe mencionar, que este principio se encuentra estrechamente vinculado, al de gestión del riesgo, pues a través de este, y de acuerdo con la Norma Española UNE-ISO:31000 (2018), se prevé que mediate la implementación y aplicación del mismo, “permite identificar las aptitudes, las percepciones y las intenciones de las personas externas e internas que pueden facilitar u obstruir el logro de los objetivos de la organización” (p. 21), por consiguiente, para lograr la eficacia en la aplicación del compliance programs, se deben activar la detección de todas aquellas alertas de actividades potencialmente riesgosa, activando el plan que permita dar respuesta, mediante la implementación de la estrategia adecuada, de acuerdo al conocimiento que se tenga, aportando al mismo, la constante actualización y mejora de cada uno de los protocolos instituidos.

En cuanto a la prevención, necesariamente se comenzará abordando sus dos esferas a saber, la primera relacionada con la internacionalización de la norma de manera voluntaria, la cual conlleva, a que la empresa por valores éticos, y por su responsabilidad social que tiene, asuma lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, y en base a sus buenas prácticas, se rehúse a

incurrir en el delito previsto, evitando así traicionar la confianza que sobre ella se ha depositado.

En segundo lugar, se debe tomar en consideración, los efectos que produce la pena en sentido estricto, pues la rigurosidad de la sanción es la que termina finalmente motivándolo para no incurrir en estas conductas antijurídicas. La diferencia con la anterior radica, en que se necesitará tener unos controles de vigilancia tan eficientes y rigurosos, que establezcan cuáles serán los parámetros necesarios, para que en el actuar empresarial, no se desborde e incurra en la conducta no deseada.

Desde este punto de vista, Bernate (2018) explica los diferentes modelos, desde la siguiente perspectiva:

En la actualidad encontramos dos modelos diferentes en punto de lo que ha de ser el Compliance, uno que busca la prevención de delitos por cuenta de la interiorización de valores empresariales como el respeto a la legalidad y los valores éticos por medio de la formación a directivos, funcionarios y administradores de los entes económicos (stakeholder democracy), y para otro modelo, estos programas de cumplimiento se basan en la noción de vigilancia y control (panóptico empresarial) (p. 38).

Frente a estos modelos se deja ver que el objetivo central esperado por el compliance será el de la prevención, del cómo evitar la realización del riesgo contemplado en la ley, y otro muy relacionado al anterior, el cual gira en torno al sostenimiento de una apropiada cultura de acatamiento del fin propuesto para la empresa.

Así mismo, la norma española, UNE-19601 (2017), en su introducción, presenta la proyección establecida dentro del cuerpo normativo, al establecer que:

la norma UNE facilita diseñar o evaluar sistemas de gestión de compliance penal, que permita generar o mejorar una adecuada cultura organizativa sensible a la prevención y detección penal y opuestas a las malas praxis que toleran o amparan conductas ilícitas en el seno de la persona jurídica (p. 6).

De allí, que permite afirmar que el principio de prevención necesariamente estará estrechamente vinculado con principios éticos, en la cual ayudará a la empresa a forjar y mantener su buen nombre, reputación y confianza, que tanto anhela la sociedad, y que al final se traduce en tranquilidad y protección a sus clientes.

Así mismo, las personas jurídicas, deben realizar grandes esfuerzos tendientes a demostrar fehacientemente su alta cultura de cumplimiento. Es por ello, que Henao & Castro (2020), asevera que “la única forma de prevenir el delito en sociedades anónimas es reforzar sistemas de prevención de la criminalidad y de las conductas ilegales en las empresas y en las entidades públicas” (p. 33)

A tal efecto, Bacigalupo (2012) esgrime que la “prevención de los riesgos de responsabilidad tienden, consecuentemente, al establecimiento de sistemas de control interno en la empresa, que también podrían, naturalmente, ser confiados a organizaciones externas especializadas en esta materia, de una manera semejante a la auditoría contable”(p. 43), lo importante es colocar en evidencia notoria, que la compañía cuenta con procedimientos, controles y mecanismos que tienen como función neutralizar la ocurrencia de cualquier conducta contraria a la ley.

La ética tiene como finalidad las buenas costumbres en la ejecución de las prácticas leales que lleva a cabo una empresa en su actuar, y que le imprime a la sociedad una especie de transparencia, sinceridad y tranquilidad en el desarrollo de sus actividades.

Para comprender este concepto, Villoria (2013), sostiene que “cuanto menor es la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción” (como se cita en Ballesteros, 2019, p. 100), en consecuencia, para lograr una buena transparencia, se debe evitar incurrir que en las tomas de decisiones, exista un monopolio o discrecionalidad por parte de quien ostenta el poder, y por el contrario, debe siempre revelar una rendición de cuentas para que pueda impedir actos de corrupción.

En este sentido, Reyna (2015), realiza una importante definición frente al tema, en los siguientes términos:

El compliance tiene su enfoque central en la organización empresarial que debe ser construida en el contexto de una cultura empresarial orientada al cumplimiento de las normas jurídicas mediante la imposición de valores, códigos, reglas y procedimientos intraempresariales orientados a la prevención de la criminalidad, así como su revelación y efectiva sanción (como se cita en Henao & Castro, 2020, p. 28).

De allí, que cada vez que se alude a la palabra ética, que la misma encierra un alto contenido moral, pues es esta la razón que permite concluir, que cualquier interpretación etimológica que se haga de este principio, deberá estar encaminada a la formación de una robusta conciencia, en la cual, al momento de adoptar una decisión en cualquier nivel dentro de la organización, deberá ser siempre conforme a los preceptos contenidos en las disposiciones legales que engloban el funcionamiento de la empresa, traducándose esta práctica como el sello de garantía y cumplimiento de esa persona jurídica frente a la sociedad, logrando que la ética perseguida por el compliance programs, no pretenderá ocuparse de los fines propios establecidos por la empresa, sino por el contrario, de las prácticas en la cual incurren sus actores para satisfacer o lograr sus objetivos individuales.

Sin embargo; Escrihuela (2019), muestra como uno de los elementos fundamentales, que debe tenerse presente, una vez que se decide implementar el principio ético del compliance programs:

La ética no se instaura en cuestión de horas, sino que es el resultado de un trabajo constante, desde la cúspide de la organización; requiere de formación, de ejemplo, de reflexión por parte de los trabajadores, de compromiso y, por parte de la compañía, del castigo de cualquier desviación de los valores éticos establecidos (p. 356).

Es por ello, que le corresponde a la empresa desde una perspectiva interna y de una manera generalizada, asumir esta constante y persistente labor ética, teniendo muy presente lo subjetivo que esto implica, para que el actuar de ésta, sea conforme a lo esperado en el ordenamiento jurídico vigente, y se permita ratificar esa cultura ética empresarial, generando unas prerrogativas competitivas transparentes, permitiéndose asegurar una longevidad duradera en el transcurso del tiempo sobre su existencia.

Por esta razón, tal y como lo destaca Henao & Castro (2020), frente a la cultura empresarial (...) “si en una sociedad prevalecen el interés personal y la ambición por el dinero y no existen reglas claras de convivencia, ningún esfuerzo será suficiente para combatir la corrupción” (p. 29), por el cual, se deberá tener como visión fundamental, resaltar la cultura ética internalizada en la organización estructural de la persona jurídica, aprobando así realizar una fusión equilibrada entre los objetivos de la compañía y los fines del programa, lo que le permitirá mantenerse alejado de cualquier práctica contraria a la ley.

A su vez el buen gobierno, agrupa todas aquellas prácticas que son destinadas a optimizar, en el desarrollo de sus actividades operativas, todo ese contenido de transparencia, eficacia y sostenibilidad. En este sentido, García (2017) realiza una definición en los siguientes términos:

El Buen Gobierno Corporativo puede definirse en un sentido amplio como aquel gobierno que promueve la equidad, la transparencia y la responsabilidad de las empresas. Desde una perspectiva estricta podríamos decir que se trata del conjunto de métodos y procedimientos que adoptan las empresas para mejorar la dirección y gestión de las sociedades, especialmente de las cotizadas, con la finalidad de satisfacer los intereses de los accionistas (p. 4).

Esta enunciación aportada, evoca a los principios de equidad, transparencia y responsabilidad, como un todo, y lo muestra como valores supremos, que vienen a identificar lo que hoy se cómo conoce como buen gobierno, dando paso a una estandarización mundial, tal como lo refleja los principios contemplados en las pautas que produce la International Organization for Standardization (ISO), y las normas españolas UNE.

Sobre eso, es preciso indicar que para lograr una política aceptable de acuerdo al estándar establecido para el buen gobierno, y a su vez pueda arrojar resultados eficientes, dependerá del convencimiento de todas las personas que hacen vida activa en la organización, es decir, que cada empleado desde su lugar de trabajo, con un orientación de valores, tendrá su cuota importante de participación y compromiso en la vinculación de esta labor, y así como un todo, se pueda repeler cualquier conducta contraria a la ley.

Así mismo, Andretta (2014), viene a contribuir con la finalidad que se ha establecido para el buen gobierno, en los siguientes términos:

El buen gobierno corporativo amolda el terreno de una empresa para de manera correcta poder comunicarse a lo largo y ancho de ella. Le proporciona a sus directivos y administradores el canal por medio del cual se pueden precautelar desde los proyectos comerciales en ejecución, hasta un programa que busque el apropiado cumplimiento con la ley y prevención de infracciones (p. 5)

Así, la organización para lograr estos altos objetivos, deberá contar con políticas, instrumentos y procedimientos apropiados, que estén vinculadas al actuar diario que despliega la empresa, facilitando así una gerencia efectiva y prudente, idónea para generar a largo plazo, los resultados esperados y que son específicos para el buen gobierno, dejando en clara evidencia, una estricta cultura de obediencia, y lealtad a las normas jurídicas vigentes, diferenciándose de cualquier otra persona jurídica existente, ya que de conformidad con Henao & Castro (2020), “el compliance constituye un instrumento fundamental del buen gobierno y surge de la necesidad de controlar los riesgos generados por las actividades empresariales” (p. 32).

Finalmente, cuando una persona jurídica se inclina en implementar en el interior de su organización prácticas pertenecientes al buen gobierno, conjuntamente con un compliance programs, revelará su intención firme del querer desenvolverse conforme los preceptos normativos, permitiendo a su vez irradiarle a sus trabajadores la oportunidad para que se sumen a esta labor trascendental.

No se puede dejar de lado la responsabilidad social, en el compliance programs, que obligatoriamente lleva a que las organizaciones, además de producir los bienes o servicios que comprende su naturaleza, le corresponde afrontar todos aquellos riesgos, que se producen, como consecuencia de la actividad que despliega, frente a sus trabajadores, como para la sociedad.

Al respecto, la norma española, UNE-19602 (2019), en su parte introductoria, reconoce que “como es bien conocido, en los últimos años el concepto de responsabilidad social ha experimentado una expansión considerable, extendiéndose a ámbitos que antes no se entendían comprendidos en ella” (p. 6).

Claro esta expansión obedece a que este tipo de responsabilidad frente a la sociedad, paso a constituirse en un principio esencial, pues a través

del mismo, se pretende que las personas jurídicas vinculen su actuar a las necesidades existentes dentro de la comunidad en la cual funcionan, y no en detrimento de ella.

Al mismo tiempo, González y Martínez (2007), realiza un acercamiento, sobre lo que se debe concebirse, como responsabilidad social empresarial o corporativa, en los siguientes términos:

Sobre esta idea aportada, permite desprenderse, que las empresas cuando deciden encaminarse en la ejecución del propósito que dio origen a su fundación, deberá tomar en consideración, junto aquellas herramientas necesarias, que estén encaminadas en contribuir con el avance prudente en el desarrollo que requiere la sociedad, es decir, que para lograr unas ventajas competitivas aceptables, las personas jurídicas no deberán hacerlo a espaldas de la comunidad, sino que necesitará implementar una serie de valores que den como resultado una rentabilidad para sus propietarios.

De igual forma, Ballesteros (2019), establece que:

(...) la corrupción “genera una pérdida de legitimidad de las instituciones políticas y económicas”. La corrupción genera desconfianza, desafección, descontento, indignación, crispación, que termina representándose en el incremento de la conflictividad y exclusión social, lo que supone un desafío para la seguridad nacional, y especialmente, para la seguridad pública. Desde este contexto, el desarrollo económico de un país es menos viable y sostenible (p. 98).

Es por ello, que a través del compliance programs, necesariamente se pretende realizar una integración, en la cual pueda subsistir la rentabilidad de las actividades empresariales, sin que esto conlleve a un detrimento de la sociedad, su medio ambiente, y las expectativas que puedan generarse a los diferentes individuos, grupos o entidades de los que depende la organización para su subsistencia.

2.3. La respuesta del estado ante el incumplimiento normativo

La respuesta del estado frente a los delitos cometidos por las organizaciones empresariales se puede establecer en llamada segunda

velocidad del derecho penal, en la cual los rangos de imputación son menos exigentes, pues no es fácil establecer la contribución de cada uno de los partes participantes en la jerarquía de la empresa, pero a la vez las sanciones penales a las cuales se expone la persona jurídica y las personas naturales son de menor punibilidad o de diversa punibilidad, de tal forma que se garantice el éxito del esfuerzo empresarial, se ajuste la política interna de la empresa a los postulados legalmente exigibles y se responsabilice tanto a la organización como a las personas que tuvieron relación con la misma, mediante un amplio margen de maniobrabilidad judicial que promueve una solución apropiada para los efectos que se pretenden.

Asumir una administración de la empresa por parte de la administradora delegada por el estado (como en el caso de Colombia la antigua dirección nacional de estupefacientes, y ahora la Sociedad de Activos Especial – SAE), además de separar a las personas naturales que saben del negocio, es una forma de criminalizar la actividad empresarial, que en medio de un conflicto armado y social como el Colombiano tiene compromisos delictivos, en el pago de extorsiones, vacunas, permisos, licencias en las zonas de control territorios de actores armados, lo que hace exigible al estado asegurar la prosperidad especialmente en las regiones más violentas, para que las personas tengan la capacidad de autodeterminación necesario para desvincular de sus organizaciones a los grupos marginales, promoviendo el control territorial por parte del estado.

Pero si como en el choco, en el bajo Cauca o en el Catatumbo las personas que trabajan con el oro o la cocaína son criminalizadas perseguidas y encarceladas, la respuesta es el fortalecimiento de los grupos armados, que encuentran cabida allí donde las personas de bien abandonan su esfuerzo empresarial, trayendo mayores cotas de pobreza a la población en general.

Sobre esta relación empresa criminalidad, en emblemático caso “New York Central & Hudson River Railroad v. United States”, el Tribunal Supremo Estadounidense, puso en evidencia, que aquellas actuaciones delictivas ejecutadas por cualquiera de sus trabajadores pueden ser imputadas a la persona jurídica, siempre y cuando, ellos hayan obrado en ejercicio de sus funciones, responsabilidad a la que se le agregó posteriormente el requisito de “la búsqueda por el empleado del beneficio para la empresa” (p. 2), como evidencia de la necesidad de implementar sistemas de prevención.

Este nuevo requisito que se le imponía, consistía, en que a la empresa, en el desarrollo de sus actividades se le permitía que su actuar se posicionara como agente principal, y desde allí, todo lo que estuviese debajo de su posición, con menor rango dentro de ésta, debía ser considerado como sus agentes o súbditos, con lo que, así como ella se beneficiaba de todos sus actos gananciales obtenidos a través de sus empleados por la labor desempeñada, de la misma manera, debía responder por aquellos ilícitos que cometían estos, y que tenían como finalidad encontrar ese beneficio lucrativo que favorecía económicamente a la persona jurídica.

Para Urbina, y Chiesa (2019) el “paso decisivo para la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) llegó en 1909 con la decisión adoptada por el Tribunal Supremo Estadounidense del caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*” (p. 2), con esta decisión, generaría su primer antecedente en la historia de ese país, mediante el pronunciamiento de un fallo histórico en el reconocimiento de este tipo de responsabilidad, pues en el mismo, se consagró, la directriz expansiva que se venía analizando por la época de principios del siglo pasado sobre la responsabilidad de las personas jurídicas.

En este caso el Tribunal optó por un modelo de imputación, según el cual, los hechos cometidos por los agentes de la corporación, cuando actúen en su beneficio y dentro de la autoridad que les ha sido conferida, le serán atribuibles a la entidad. Su conocimiento y sus propósitos serán los de la propia persona jurídica (Villegas, 2016 p. 129).

Esta decisión sin lugar a duda evidenció por completo la adopción de los criterios que venían siendo tratados por los doctrinarios, haciendo un claro reconocimiento de la responsabilidad que pueden generar estos entes, cuando un empleado en su actuar, dispersa una serie de gestiones inclinadas a conseguir el beneficio propio y de la empresa, menospreciando y olvidando su gran responsabilidad que debe ofrecer a la sociedad, por juicios puramente objetivos o en base a la llamada culpa in eligendo (elegiste mal al delegado) o culpa in vigilando (no vigilaste al delegado), o por razones de interés público. De allí, que a partir de esta decisión se marca el inicio sobre el reconocimiento de ese sistema sobre la responsabilidad atribuible a las personas jurídicas.

Definiendo el Tribunal Supremo consagra en esta sentencia la doctrina del respondeat superior como estándar de imputación de la responsabilidad

penal de las personas jurídicas. Estándar de imputación basado en la responsabilidad por hecho de otro, concretamente de aquel que, trabajando para la entidad y en el ejercicio de sus competencias, comete el delito actuando en beneficio de esta (Villegas, 2016 p. 101).

Siendo relevante que la empresa responsada por la lesión causada mediante una multa que asegure a la organización en lo futuro evitar la adopción de códigos autorregulativos contrarios a los que ellos mismos promueven en sus planes de cumplimiento, como se observa en el caso de chiquita brands con los pagos a los grupos paramilitares en Colombia a finales de los años 90 y primera década de los años 2000, y Metalor Technologies por comprar oro ilegalmente explotado en Perú, entre otras organizaciones empresariales que han corregido sus sistemas de cumplimiento.

Estas referencias hacen ver lo que debemos comenzar a aceptar en el derecho colombiano, y es la necesidad de proteger la iniciativa empresarial, recubriendo al capital humano de la capacidad que si sus acciones están dirigidas hacia la consecución de los objetivos empresariales y tienden a generar recursos de cualquier índole para la organización empresarial, sea la organización empresarial la que asuma la responsabilidad por el hecho del empleado, tal y como actualmente se atribuye responsabilidad a los agentes estatales que en uso de la función a ellos encomendadas lesionan bienes jurídicos en contra de los ciudadanos, lo que hace que el estado entre a responsabilizarse por la comisión de la conductas, sin que por esto desaparezca el estado, pues se debe tener claro que cualquier clase de organización puede presentar fallas en su gestión interna o externa, pero no por esto se le puede condenar a la inoquización de las personas jurídicas y naturales, pues el esfuerzo en la organización empresarial debe ser favorecido por el estado.

Pudiendo ser otra de las formas en que el estado ingrese a controlar la actividad empresarial que el mismo estado ingrese como socio en el manejo de las empresas que deban adoptar protocolos de cumplimiento, pues a más de promover conductas legales, el esfuerzo empresarial favorecerá a toda la comunidad llevando parte de las ganancias directamente a las arcas del estado. Sin dejar de lado en la respuesta del estado ante el incumplimiento normativo la enajenación temprana de los activos dados en comiso, asegurando de esta forma que los bienes de los responsables naturales o corporativos pierdan el valor comercial que les corresponda por el paso del tiempo, de lo que se

trata entonces es que el estado adopte respuestas empresariales ante temas empresariales.

2.4 Conclusiones

El cumplimiento normativo tiene como propósito asegurar que las actividades empresariales de la empresa pública y privada cumplan con su finalidad, dentro del marco legal, constitucional y convencional, de tal forma que favoreciendo los intereses que acompaña cada institución resulte igualmente beneficiados los de una comunidad en específico, los de la sociedad en general, e igualmente los del estado. Este gana – gana reemplaza la visión de una visión enteramente capitalista individual de quien ostenta la calidad de inversionista o empleado de la empresa privada o pública, pues en las actuales sociedades complejas se comprende que lo que realizamos en la Antártida puede afectar el polo sur, pues tanto el mundo natural, como el mundo económico, como el mundo social esta interconectado.

La actual influencia de las empresas públicas, privadas, de economía mixta, o de social de mercado en el mundo se amplía en la aldea global, lo que hace necesario concientizar a los socios, directivos y autoridades regulatorias de la actividad en específico de tal compromiso, pues él no asumir tales efectos, atenta contra los intereses de la organización empresarial, en el presente o el futuro, tanto en lo económico como en el buen nombre de la persona jurídica.

El esfuerzo colectivo del capital privado y público, exige su conservación, pues la iniciativa privada ha privilegiado el desarrollo del mundo actual y la tecnología, y es importante seguirlo privilegiando, con la expectativa de generar más capital que además de responder a las utilidades, responda a la corresponsabilidad de los bienes jurídicos colectivos del medio ambiente, la seguridad pública, el orden económico y social, ... entre otros relevantes, como los forex y las criptomonedas, pues a quien más tiene o produce, más se le exigirá en la conservación de los mismos, es decir entre más se impacte un bien tutelado, más se le exigirá su protección.

La organización empresarial privada alrededor del cumplimiento normativo, permite que se afiancen las finalidades propias de la empresa, y dentro de estas, las finalidades de la organización social y estatal, pues el preámbulo constitucional no solo es un mandato para lo público, también para lo privado, pues los intereses particulares deben ser privilegiados sin

dejar de lado el interés colectivo, toda vez que el ambiente de inversión para el capitalista – nacional o extranjero – será mejor, más seguro y estable, cuanto mejor sean las condiciones de respeto social, económico, financiero, medio ambiental y de todo orden.

Los intereses individuales de las empresas tienen la capacidad de corromper las actividades públicas en toda su expresión – como el caso de chiquita brans o de la United fruit compañía – por lo que es básico asegurar que las mismas ostenten un programa de preservación de una cultura de la legalidad, y de advertir a nivel interno y a las autoridades operaciones sospechosas o inusuales que permitan iniciar los correctivos necesarios para la corrección del derecho afectado en la actividad empresarial.

La respuesta del estado ante el incumplimiento normativo, que es propio de cualquier actividad ejercida, incluso cuando se trata de empresas públicas, debe ser atendida con el ánimo de aplicar sanciones adecuadas para que se corrija el deber incumplido, teniendo en cuenta que, al tratarse de una persona colectiva, la responsabilidad en cabeza del representante legal, miembros de junta directiva, contador y revisor fiscal, es apocada, pues los rangos de imputación no pueden dirigirse con el mismo criterio que en delitos ejercidos por personas naturales, siendo lo óptimo que la responsabilidad se traslade a la persona jurídica, la cual afectada en lo que se pretende alcanzar al salir del cauce legal de las actividades como es los recursos económicos, se le imponen programas de cumplimiento normativo mediante los cuales evite la realización de actividades que sigan comprometiendo su responsabilidad.

Al ubicar la responsabilidad en los administradores de la persona jurídica, se motiva la impunidad de la persona jurídica, mientras que si se impone a la persona jurídica, las personas que asumieron la comisión de las conductas, responderían mediante la misma persona jurídica por la conducta por ellos realizadas. Es decir, poco vale que la libertad de las personas naturales sea la que responda por una actividad de incumplimiento normativo que lleva a la criminalidad, cuando la misma tuvo ocasión de forma colectiva en la intimidad de las relaciones laborales de la persona jurídica y para su favorecimiento y finalmente la de los inversionistas, que son quienes se verán afectados o beneficiados por el incumplimiento normativo.

CAPÍTULO III:

MARCO NORMATIVO DEL COMPLIANCE PROGRAMS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Darwin Anthony Quintero Herrera ⁷

Javier Mauricio Vera Gutierrez ⁸

Para precisar el marco normativo del Compliance en nuestro ordenamiento jurídico, se hace necesario abordar el tema desde varios puntos de vista y por supuesto, desde diversas jurisdicciones, en las que se encuentran algunos acercamientos a lo que se conoce como programas de cumplimiento, todos, en el marco de la lucha contra la corrupción empresarial, pero, en aras de establecer de manera general el marco, algunas referencias nos llevan, necesariamente, al ámbito público.

En todos, se encuentran algunos puntos de convergencia, si se tiene en cuenta que buscan de la mejor manera y enfocados a los aspectos de su conocimiento, evidenciar los riesgos en que se puede incurrir en el ejercicio de cada materia en específico. Todos, claro, tratan de imponer medidas coercitivas en materia de prevención, lo que supone un esfuerzo legislativo para abordar el tema e implementar mecanismos de protección en contra de este flagelo.

Recordemos, que, en atención a la colaboración armónica de las entidades del Estado, todos, estamos llamados a una intervención estructurada para prevenir en la mayor medida posible la ejecución de actos ilícitos o que impliquen el no cumplimiento de los estándares legales de cada materia.

⁷ Abogado. Magister en Derecho de la Universidad Gran Colombia. Estudiante del cumplimiento normativo en lo público y lo privado.

⁸ Abogado. Magister en Derecho de la Universidad Gran Colombia. Servidor público en la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Debemos tener en cuenta que, identificando estas herramientas insertas en diferentes campos del derecho, se pueden llegar a visualizar algunas formas de defensa frente a la corrupción, sin olvidar, que se requiere, de manera eficaz de la participación de las entidades responsables de controlar las actividades tanto privadas como públicas en atención a principios de optimización.

Al respecto, y para evidenciar la importancia de la armonización de las herramientas, traemos a colación lo manifestado por Robert (1985) al desarrollar su obra sobre la teoría de los derechos fundamentales, en la que mencionó que:

(...) los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas (p. 86).

En todo sentido, no solo se debe acudir a la intervención del derecho penal como ultima ratio en la defensa de este mal, debemos tener en mente que el derecho y el estado, cuenta con diversas facultades que unidas, pueden generar un mayor y mejor impacto preventivo. Es así como a través de esta investigación, en lo que refiere a este capítulo, veremos la necesidad de la implementación de un compliance programas en materia penal, que a la par de establecer mecanismos de prevención eficaces y sin suplantar las diversas facultades de otras entidades del estado, reconozca, como necesaria, la intervención armónica y se construya un modelo que requiera de la mediación de diversos entes capaces de hacerle frente cuando así se requiera.

De lo que se trata, visto de esta manera, es, como se mencionó anteriormente, de dejar como última medida la intervención del derecho penal como esa barrera infranqueable en la lucha contra la corrupción. Pueden y de hecho existen herramientas en otras ramas que reconocen como posible la comisión de hechos que atentan contra el buen funcionamiento institucional, por lo que, la consolidación de un compliance programs en materia penal, debe no solo atender esta rama sino llamar a la intervención a estas otras tantas herramientas necesarias, que existen por algo en el amplio panorama legislativo nacional.

No obstante, y pesar de esta gran diversidad de normas, pareciera que el problema de falta de cumplimiento no es del orden legal, sino intervencionista,

cultural y por supuesto de dirección, en vista de la poca o nula participación de las entidades de control en articular con otras ramas, la forma en que se debe hacer frente al asunto. La percepción es cada día más baja y la respuesta, equivocada, por su realidad, es la de acudir única y exclusivamente a la intervención penal como mecanismo necesario en esta lucha, olvidando que en la estructura del Estado y a partir de la Constitución de 1991 se consolidaron diversas herramientas que deben ayudar a enfrentarla. Algunas, poco conocidas y otras con fallas en su implementación e intervención.

Por ende y en aras de abordar aquellos mecanismos importantes que deben estructurar un adecuado compliance en vista de la diversidad de materia de implementación, es que debemos conocer los más importantes a efectos de exigir de las entidades responsables, su cumplimiento y en lo posible evitar acudir al derecho penal como único mecanismo en esta prevención en lo que refiere a las personas jurídicas.

Su mayor relevancia, radica también, en el conocimiento que tengamos de exigencia y cumplimiento de las normas que regulan normalmente la actividad empresarial y por supuesto estatal, para entender cómo o de qué manera un compliance programs en materia penal, puede consolidar de manera real la lucha contra la corrupción generando un eficaz impacto preventivo.

La esencia del compliance, según una definición contenida en las ponencias del Observatorio de Derecho Penal Económico celebrado el 24 de abril de 2015 en el marco de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense de la Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, «Requisitos de los modelos de organización y gestión para la prevención del delito en el seno de la persona jurídica tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015», Diario La Ley, nº 8596, 2015, citado por Gutiérrez (2015), es:

Concretar el concepto de eficacia no es sencillo, pues nos alejamos de términos jurídico-penales. En un esfuerzo por trazar sus contornos, se ha apuntado que el principio de eficacia está integrado por una suerte de obligación de la alta dirección de revisar el modelo de prevención para cerciorarse de su correcta ejecución, de la aplicación de las políticas de cumplimiento (p. 13)

Por supuesto que nuestro enfoque no puede salirse del ámbito privado, sin embargo, no podemos hablar de un marco normativo (por necesaria remisión), sin conocer algunas en materia pública que regulan precisamente

esas relaciones entre el Estado y particulares, que contienen un hilo muy delgado por la evidente corrupción que de hecho existe en este tipo de relaciones y que ponen en evidencia la falta de cumplimiento y lo endeble del sistema coercitivo que existe y que requiere una mejor intervención. Por ende, nuestro análisis en este aspecto mira con gran positivismo las diversas maneras en que el legislador ha abordado el asunto, seguros que un adecuado compliance programs en materia penal se constituye en una herramienta eficaz en la lucha contra la corrupción.

Aspectos estos, de suma importancia, los que nos obligan a conocer, de manera directa, las herramientas con las que contamos todos los miembros de este maravilloso país llamado Colombia, conscientes que en la medida que cambiemos culturalmente la percepción frente a la corrupción, nos haremos más fuertes y proclives a su prevención.

De esta manera, se abordará el estudio desde la óptica del derecho aduanero, administrativo, civil, comercial, disciplinario, familia, fiscal, laboral, privado y por supuesto penal, en el que también se hará referencia a regulación expresa existente anticorrupción, analizando de manera conjunta y necesaria las normas constitucionales de las que se basó el legislador en su momento para expedir la regulación en cada materia.

3.1. Consideraciones relevantes en materia Constitucional aplicables a las diversas Ramas.

La Constitución Política de Colombia, contiene en su estructura, una serie de normas que históricamente han reconocido la lucha contra la corrupción, todas, de acuerdo con la intención del Constituyente, orientadas a atacar en diversos aspectos la posible comisión de delitos.

Desde su preámbulo, se reconoce a la justicia y a la igualdad como principios obligatorios de un Estado Social de Derecho, en los que deben fundarse todo tipo de relaciones al interior de este. Por supuesto, que existe en ella, el reconocimiento de los tratados internacionales, que en esta materia, en la lucha contra la corrupción, juegan un papel muy importante, ya que consolida tanto la intención estatal como internacional en tratar de atacar los perjuicios que estos hechos puedan ocasionar y lo que es más relevante, buscan estructurar los mecanismos de prevención necesarios para tal fin.

El artículo 93 de la Constitución Política (1991), precisamente reconoce esas valiosas herramientas con las que puede contar nuestra nación, y de las que hace parte activa el estado Colombiano como integrante de diversos convenios, incluyendo de manera directa a la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional, que por supuesto aporta un grano más en esta intención.

Diversas etapas de la Constitución abordan tanto a las entidades encargadas de realizar el control, como aquellas en las que recae el impartir justicia, y muchas otras que reconocen y establecer de manera general la estructura del Estado. En lo que nos importa, vale la pena mencionar los siguientes:

Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo (Const. P., art. 228, 1991).

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (Const. P., art. 250, 1991).

Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y

subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley (Const. P., art. 267, 1991).

Por supuesto, que, en el desarrollo Constitucional, se introdujeron diversos artículos que señalan en el funcionamiento del Estado, los organismos encargados en la vigilancia y control de la actividad empresarial como lo es el artículo 150, que reconoce a las Superintendencias como parte de la Rama Ejecutiva y cuyo desarrollo intervino la Ley 489 de 1998.

Es claro que, dicho control del Estado no puede depender de otra estructura que no encuentre su sustento en la Constitución, de ser así, se estaría en un desconocimiento de la Carta Política que se impone como la brújula en los destinos del Estado. Es importante resaltar, que además de las citas anteriores, casi que toda la constitución contiene en sus apartes la descripción de elementos que sustentan la lucha contra la corrupción, el solo hecho, por ejemplo, de imponer como lo hace el artículo 230, la obligatoriedad de la aplicación de la ley a los jueces de la República aporta un principio inquebrantable en la actividad judicial.

Recordemos, que nuestra investigación, independientemente del abordaje sobre la necesidad de un criminal compliance en materia privada, debe reconocer y evidenciar por necesario nexo, las normas que regulan en este sentido la actividad pública, ya que los actos, muchos en los que se puede evidenciar la actividad criminal de las empresas, incluye la relación con el Estado.

Es relevante, en esta intención de recopilar normas Constitucionales orientadas al efecto preventivo que queremos mostrar, traer un aparte del análisis realizado por Sánchez (2018), en su tesis de grado titulado los programas de cumplimiento o compliance program en Colombia: ¿una amenaza para la plena garantía de los derechos constitucionales?, en el que reconoce que:

(...) los programas de cumplimiento constituyen una herramienta idónea de prevención de posibles amenazas o vulneraciones a derechos constitucionales, es necesario tener como punto de partida que el empresario, como agente activo en una economía de mercado, racionaliza sus comportamientos en términos económicos o de la utilidad derivada de sus acciones, no solo de índole netamente económica como se ha manejado tradicionalmente sino proporcionado una visión de incremento de los activos

intangibles que acompañan su actividad; esto es, good will o buen nombre, reputación empresarial, confianza y credibilidad para los consumidores, responsabilidad social de la empresa, prácticas de buen gobierno corporativo, etc. y, todas aquellas ventajas competitivas dirigidas a la prevalencia del interés general que se adecuan armónicamente a una verdadera cultura de cumplimiento (p. 12).

Así las cosas y entrando en materia, se procede a abordar, de manera independiente, las diversas ramas en las que es posible encontrar normativas que pretendan o apunten a la prevención delictiva desde la óptica de su estricta función.

3.2. Legislación Aduanera.

Su regulación es de la mayor importancia, porque al estar orientada a la relación que existe entre quienes intervienen en el ingreso, permanencia y salida de mercancías, es grande el riesgo en la comisión de delitos, debido, primero, a los altos flujos comerciales que se registran y segundo, a las exigencias en el pago de impuestos y documentación que se requiere en cada trámite.

Ello implica, que sea frecuente que se evidencien casos en los que saltándose los procedimientos establecidos, se permita tanto el ingreso como salida de mercancías, en lo que conocemos como contrabando. Ante esta realidad, Colombia, ha establecido una serie de normas que han pretendido hacer lucha contra múltiples formas de actividad ilícita, las cuales contienen procedimientos y mecanismos de identificación de estas.

En Colombia se pueden ejemplificar diversos programas de cumplimiento normativo que se han elaborado como el programa de cumplimiento normativo de la empresa Suzuki en Colombia (2023), de Bancoldex (s.f) como una empresa pública de derecho privado, de la secretaria jurídica y de movilidad y de la alcaldía Bogotá, entre otros.

No obstante, como lo veremos, parecieran escasos los intentos para atacar de manera eficaz los numerosos casos que se presentan en sitios que por su geografía son paso necesario en el ingreso y salida de todo tipo de productos como lo es Buenaventura, recordemos el caso de Omar Ambuila, extrabajador de la DIAN en este puerto y quien presuntamente permitió el ingreso de mercancías sin el lleno de requisitos legales.

La labor, que necesariamente debe estar articulada por diversas entidades del Estado, muestra su gran debilidad en algunas de estas, en las que se debe soportar gran parte de los controles necesarios en situaciones como las expuestas, ya que, al ser trámites netamente administrativos, los casos de corrupción dejan entrever la poca intervención en el establecimiento de medidas preventivas armonizadas con los diversos actores, que por supuesto deben incluir tanto a los particulares como al Estado en sus entes de vigilancia y control.

Como muestra de esa labor, se identificaron 3 normas reguladoras de la materia, en las que se sintetiza la intención estatal de flexibilizar trámites para sumar agilidad, pero orientadas a enfrentar situaciones como la narrada anteriormente.

Así por ejemplo, la Ley 1609 de 2013, establece las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas.

Esta norma, que es bastante corta en su contenido, es la base de todo el sistema aduanero en materia de regulación, en ella, se establecen con claridad los parámetros a seguir, tanto en lo referente a objetivos, principios generales, criterios generales y lo que es más importante, reconoce de manera directa y clara la lucha contra la corrupción, el contrabando y el lavado de activos.

La Ley 1609 de 2013, en su artículo 6, establece:

El Gobierno Nacional en un tiempo no mayor a ciento ochenta (180) días calendario de estar en vigencia la presente Ley, estructurará y pondrá en marcha un Sistema Objetivo por Modelos Sistematizados Estadísticos para detectar los riesgos, paralelo a la estructuración de los Mapas de Riesgo en todos los sectores de su competencia.

Los funcionarios públicos y los usuarios aduaneros propenderán por prevenir, evitar y atacar de manera frontal y decidida la corrupción, el contrabando y el lavado de activos, así como toda conducta que vaya en contra del leal y correcto desempeño de las funciones aduaneras... ().

En términos generales, esta ley reconoce la necesidad de generar mecanismos preventivos ante la actividad delictual, imprime de hecho una

obligatoriedad del Estado de asumir la carga en la identificación de sistemas de alerta y riesgo en la acción aduanera. Es decir, surge, desde aquí y como lo veremos, una amplia y obligatoria exigencia en la adecuación normativa que permita atacar la corrupción no solo el ámbito privado sino en el público, incluyendo en esta pretensión a organismos internacionales como la Oficina de las Naciones Unidas contra el Delito (UNODC) en concordancia con los tratados, acuerdos y convenios suscritos por Colombia.

En materia Aduanera, el Decreto 390 de 2016, establece su regulación. La importancia de este tipo de normas radica, no solo en su estructura, sino en la intención primaria de interactuar y reconocer aspectos relevantes de otras leyes que por su contexto guardan relación directa con el fin para la que fue creada.

Desde su inicio, este Decreto asume una importante labor al vincular tanto al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como al Código General del Proceso, en el establecimiento de principios que deben regir, por exigencia y necesidad, la actividad de cada una.

Así, el artículo 2º, nos introduce en uno de los aspectos más importantes en esta lucha, y es la de reconocer abiertamente tanto beneficios como prohibiciones en el desarrollo de la regulación aduanera. Como aspecto relevante, se reconoce el principio de tipicidad (o legalidad) como instrumento necesario en la estructuración de las sanciones a que haya lugar como consecuencia de la infracción de la ley. Ello, que pareciera un aspecto simple, constituye de hecho, un logro en el acercamiento con otras normas de otras ramas. Además, en el literal i, del mismo artículo, y como exigencia de aplicabilidad, reconoce el principio de prevalencia de lo sustancial contenido en la misma norma.

En lo referente a los mecanismos de control establecidos en la presente ley, el Título XIV Capítulo I, artículo 486, dispone “Control aduanero. El control aduanero comprende una serie de medidas aplicables con el fin de asegurar el cumplimiento de la normativa de competencia de la Administración Aduanera”. A partir de aquí, la norma empieza a reglamentar y dimensionar las herramientas tendientes a luchar contra la corrupción, de hecho, a partir del artículo 492 se reconoce la gestión de riesgo en cumplimiento a lo establecido en la Ley marco 1609 de 2013.

En este sistema de gestión de riesgo, se incluye la necesaria articulación con otras entidades de control aduanero y de comercio exterior, como la Policía Nacional, Invima, ICA, Migración Colombia, entre otros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 493 de la mencionada Ley.

Uno de los aspectos más importantes reconocidos en esta Ley, es el reconocimiento de la Cooperación de organismos nacionales e internacionales a efectos de garantizar el cumplimiento de la ley aduanera. Para ello, desarrolló, a partir de la sección II, artículo 496, la necesidad, en caso de requerirse, la búsqueda de colaboración armónica con instrumentos que permitan el intercambio de información tendiente a la identificación de riesgos y su posible materialización. Es importante señalar, que existe relación directa entre la labor y actividad reconocida en la legislación aduanera con el Estatuto Tributario, ya que uno y otro contienen elementos de identificación mercantil y sus consecuencias en materia económica.

De hecho, el artículo 501 que establece las facultades de fiscalización, reconoce en el numeral 6 que:

La competencia para ordenar el registro y aseguramiento de que trata el presente numeral corresponde al Director de Gestión de Fiscalización, al Subdirector de Fiscalización Aduanera o al Director Seccional de Impuestos o Aduanas o quienes hagan sus veces. Para el efecto, dichos funcionarios podrán actuar con el apoyo de la Policía Fiscal y Aduanera, la Policía Nacional, las oficinas de Rentas Departamentales, u otras entidades públicas cuya intervención se considere necesaria. Esta competencia es indelegable (Dec. 390, art. 501, 2016)

Es decir, el desarrollo legal aduanero, permite la armonización de las entidades del Estado que vigilan y controlan no solo la actividad empresarial en esta materia, sino que, permite acudir a la intervención necesaria de aquellas de quien se requiera su participación. Ello, implica que no existan barreras, sino procedimientos que deben cumplirse con estricto apego a las normas reguladoras de la actividad, las cuales incluyen hasta la imposición de medidas cautelares por parte de la autoridad competente.

A partir de este punto, el Decreto 390 de 2016, reconoce un régimen sancionatorio bastante fuerte, que incluye sanciones de todo tipo, que van desde multas hasta la incautación y decomiso de la mercancía reportada,

incluso, puede llegar a determinarse por parte de la autoridad la interrupción y cancelación de la autorización como operador económico autorizado, de acuerdo con el trámite establecido en el Capítulo V artículos 592 y ss.

Llama la atención, que, al tratarse de una labor administrativa netamente aduanera, aquí, se incluye como mecanismo de protección, una serie de disposiciones en favor de la propiedad intelectual, lo que a todas luces es bastante importante, si se tiene en cuenta que es un derecho (el intelectual) bastante golpeado en nuestro país (Título XVIII, Capítulo I, artículos 611 y ss)

Para consolidar su desarrollo, el Decreto 1165 de 2019, reconoce algunas disposiciones relativas al régimen de aduanas en concordancia con la Ley 1609 de 2013.

Como consecuencia de las exigencias de ésta última, y a efectos de consolidar su aplicación y reglamentar algunos aspectos relevantes en materia aduanera, se promulgó el presente Decreto, el cual contiene, a manera de confirmación, el mismo catálogo de principios reconocidos en otras regulaciones.

La reglamentación de las medidas de control, se identifican a partir del Capítulo 3, artículos 542 y ss y Capítulo 7 artículos 563 y ss. Allí, se recogen aquellas a las que puede acudir la autoridad aduanera a efectos de llevar a cabo los procedimientos ante la posible comisión de un delito o como mecanismo preventivo de acuerdo con el sistema de riesgos existente.

Sin embargo, a diferencia de la Ley 1609 de 2013, este Decreto, contiene un Título completo de Controles Aduaneros que en su procedimiento incluye la posible intervención de diversos entes de control del Estado, como lo reconoció en su momento la norma citada. Todas estas normas, establecen la posibilidad de articular adecuadamente los esfuerzos tendientes al cumplimiento de la normatividad vigente aduanera.

En términos generales, no contiene diferencias sustanciales en materia anticorrupción, en sí, el desarrollo contenido hace referencia a los procedimientos aduaneros y a la consolidación de políticas internas y externas en esta materia. La importancia de la regulación, consideramos, es el hecho de contener detallados procedimientos administrativos necesarios para el ingreso y salida de mercancías, lo que implica que no pudiese (sería el ideal) acudirse

a la inexistencia de procedimientos aduaneros como argumento de falta de responsabilidad ante el incumplimiento normativo.

Recordemos que todo el sistema aduanero se sustenta en el principio de legalidad y no permite la analogía como figura permisiva en la imposición de medidas sancionatorias por violación de reglamentos. Este hecho revela lo robusto del sistema y la intención evidente del Estado en la implementación y promulgación de normas y mecanismos destinados a la consolidación de herramientas preventivas del delito.

Lo hasta aquí expuesto, es evidencia de un catálogo bastante amplio de regulaciones necesarias en el ámbito aduanero y la permisividad de acudir a las demás entidades del estado para lograr su fin esencial. Para ello, no olvidemos que acude, en su estructura, por ejemplo, al Código General del Proceso.

3.3. Legislación Administrativa (Comercial).

La función del Estado representa, sin lugar a dudas, la actividad más importante al interior de la Nación. De ella depende que diversos organismos, particulares y privados, desarrollen sus objetivos en atención a las normas establecidas para tal fin. Se constituye también, en una de las labores más delicadas, sin se tiene en cuenta que a partir de allí se cumple con el fin esencial de éste y se percibe como viable el cumplimiento de los estándares constitucionales. Su importancia, requiere necesariamente del establecimiento de normas que regulen, precisamente, esta labor que permitan articular con las demás entidades la lucha contra la corrupción. Es evidente, que de aquí surge una gran cantidad de hechos delictivos y por ello, se requiere de la mejor intervención a efectos de buscar mecanismos adecuados de prevención.

Frente a este panorama, la Ley 1778 de 2016, estableció normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. Esta Ley constituye tal vez el avance más importante y por supuesto el acercamiento más claro que existe en la legislación a lo que se conoce como la responsabilidad de la persona jurídica. Sin embargo, lastimosamente, en su contenido se deja claro que ésta solo procede de manera administrativa, a pesar de contener en su redacción aspectos netamente penales, como lo es el soborno. Sin embargo, es evidente el avance que se puede extraer de ella como punto de partida en el reconocimiento de tan importante tema.

Ahora bien, en vista de ser, como lo manifestamos, un acercamiento real a la firme intención de reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica y de la necesidad de implementar un compliance programs como herramienta preventiva, es importante hacer un análisis profundo en esta ley.

La primera impresión frente a la necesidad de un compliance se recibe con la simple lectura del artículo 2, el cual establece:

Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas. Las personas jurídicas que por medio de uno o varios:

- (i) empleados,
- (ii) contratistas,
- (iii) administradores, o
- (iv) asociados,

propios o de cualquier persona jurídica subordinada:

- (i) den,
- (ii) ofrezcan, o
- (iii) prometan, a un servidor público extranjero, directa o indirectamente:

- (i) sumas de dinero,
- (ii) cualquier objeto de valor pecuniario u
- (iii) otro beneficio o utilidad,

a cambio de que el servidor público extranjero;

- (i) realice,
- (ii) omita,

(iii) o retarde,

cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional.

Dichas personas serán sancionadas administrativamente en los términos establecidos por esta ley (L. 1778, art. 2, 2016).

Nótese, que a pesar de reconocer como posible la comisión de delitos al contener en su redacción verbos rectores registrados en materia penal como “den, ofrezcan o prometan, sumas de dinero” (ver artículo 407 del Código Penal, Cohecho por dar u ofrecer) la responsabilidad se enmarca en sanciones de tipo administrativo, que por obvias razones, sin tener en cuenta la gravedad del asunto, no responden a la necesidad de una réplica mucho más estricta por el impacto de la acción. Recordemos que no solo está en juego el buen nombre corporativo, sino de un estado que queda al desnudo por el señalamiento a que puede someterse por estas acciones.

Por supuesto que, al contener elementos penales en su redacción, se podría esperar que la respuesta fuese más orientada a la estructura misma de la norma, sin que sea necesario perder de vista la actuación administrativa a que haya lugar, ni suplantando la función investigadora de la Superintendencia de Sociedades, quien es, según el artículo 3º, la competente para adelantarla.

Como hecho importante resalta el contenido del artículo 4º, que establece:

El inicio, impulso y finalización de la investigación administrativa que se adelante respecto de una persona jurídica por las acciones u omisiones enunciadas conforme a lo previsto en el artículo 2º de la presente ley, no dependerá ni estará condicionado o supeditado a la iniciación de otro proceso, cualquiera sea su naturaleza, ni a la decisión que haya de adaptarse en el mismo (L. 1778, art. 4, 2016).

Ello, porque reconoce necesario, en el fondo, la obligatoria investigación de los hechos que pueden generar consecuencias en otras ramas. Es, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más llamativos si se tiene en cuenta que pone en evidencia como posible la actividad delictiva de la persona jurídica. Claro, se hace mención necesaria a la actividad de miembros corporativos, no obstante,

su intervención deja al descubierto la percepción del Estado en ese tipo de actividad criminal.

El artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, reconoce una serie de sanciones que van desde multas hasta inhabilidades y la publicación de extractos en medios de amplia circulación a manera de afectar el buen nombre empresarial como efecto directo a la actividad desplegada.

Uno de los fines del compliance Programs, es precisamente hacer una adecuada ponderación entre acción y sanción, ello, como fin necesario en el establecimiento de medidas que no afecten de manera desmedida la actividad empresarial, en el entendido que deben existir en la empresa, mecanismos de prevención que sirvan de sustento en la graduación de la sanción. De esta manera, se evita no solo perjudicar en extrema medida a quienes hayan participado en la acción criminal y por obvias razones a quienes hagan parte de la corporación pero que no concurren en la actividad sancionable.

Costa (2015), en su tesis doctoral, titulada la organización de empresas y responsabilidad penal corporativa, al referirse a la forma de participación de los integrantes de una Corporación en actividades delictivas como un modelo de transferencia de responsabilidad, dispuso:

También denominado “Vicarial u objetivo”, se basa en la atribución a la persona jurídica de la responsabilidad nacida de la acción de uno de sus dependientes. Es decir, se transfiere la responsabilidad de la persona que realiza la acción constitutiva de delito a la persona jurídica (p. 118).

Es claro, que la responsabilidad, como está reconocida en la norma, se transfiere a la entidad a través de las sanciones que se mencionaron anteriormente, evidencia de ello, es que las multas e inhabilidades directamente se refieren a la persona jurídica, remitiendo la aplicación normativa a lo expresamente contenido en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 la que analizaremos más adelante.

De la lectura de la norma, surgen algunas evidencias en la intención de estructurar un compliance programs, porque en ella se establecen, a través del artículo 19, beneficios por colaboración que incluyen entre otros:

... la exoneración total o parcial de la sanción. En todo caso, cualquiera sea la modalidad de exoneración, la Superintendencia deberá tener en cuenta los siguientes criterios para conceder dichos beneficios... (L. 1778, art. 19, 2016).

A pesar de no reconocerse en la Ley y una vez conocemos de las bondades que puede traer consigo el establecimiento de un compliance programs, podemos reconocer aspectos importantes de la estructura que debe contener un adecuado programa de cumplimiento. Es evidente que la intención del Gobierno es la de consolidar en algún momento mecanismos que le permitan intervenir de manera eficaz las actividades empresariales a efectos de prevenir actos de corrupción.

Muestra de ello, y como evidencia más que directa de la estructura que debe contener un compliance programs, es que en su contenido, la Ley 1778 de 2016 artículo 19, también establece un canal de denuncias, porque uno de los aspectos a tener en cuenta en los beneficios por colaboración es la “calidad y utilidad de la información suministrada a la Superintendencia para el esclarecimiento de los hechos, para la represión de las conductas y para determinar la modalidad, duración y efectos de la conducta ilegal, así como la identidad de los responsables...”. Es decir, no cabe duda que son aspectos concordantes a tener en cuenta en la real intención del Estado en encontrar un camino eficaz en la prevención de delitos. Lamentablemente y a pesar de contener disposiciones en la intervención penal organizacional, la que, únicamente en lo referente al soborno transnacional, es reconocida en la Ley 1778 de 2016, deja por supuesto, porque no es su campo, muchos vacíos en su estructura, pero que, como se ha manifestado, es un punto de partida importante en la lucha contra la actividad criminal.

Sin embargo, la norma citada no es la única que ha permitido reconocer mecanismos de prevención, de hecho, la Ley 80 de 1993, expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Esta norma contiene diversos aspectos en la intención preventiva, desde la imposición de derechos y deberes de los contratistas, régimen de inhabilidades e incompatibilidades y una serie de disposiciones que imponen como requisito necesario en la intención de contratar con el Estado, el cumplimiento de reglas tendientes a generar el mayor beneficio estatal. Por supuesto que al ser una norma marco, su principal razón es la de ser sustento

a otras que desarrollen su contenido en materia específica como ocurrió con la Ley 1778 de 2016.

Sin embargo, a partir del artículo 17 B, se presentan las primeras evidencias de la colaboración armónica entre organismos del Estado. Allí, se consagra directamente los efectos de las sentencias judiciales por actos de corrupción. Un aporte importante, frente a los principios rectores de la actividad de la contratación estatal, fue el reconocer la transparencia como principio rector de esta actividad. De hecho su desarrollo en la Ley es bastante amplio y abarca una parte importante en su contenido, que en concordancia con otros, allí también reconocidos, aportan una adecuada estructura anticorrupción.

Un mecanismo, que puede servir de efecto correctivo, es la inclusión de un régimen de nulidades, que, por obvias razones, brinda herramientas ante la posible evidencia de circunstancias que afecten la correcta contratación estatal y que implique la afectación patrimonial de quienes allí intervengan. De hecho y en concordancia con el artículo 90 de la Constitución, reconoce la responsabilidad en que puedan incurrir las entidades que por acción u omisión ocasionen perjuicios a los contratistas, estableciendo para ello una serie de sanciones ancladas con algunas de tipo disciplinario. Incluso, a manera de armonización de esta lucha contra la corrupción, establece la participación de la Fiscalía General de la Nación como ente encargado de investigar algunas acciones, lo que imprime un aspecto importante, ya que es, de las normas analizadas, la única que impone dicha colaboración incluyendo en ella a los demás órganos de control (artículos 64 y 65 de la Ley 80 de 1993).

Llama la atención, y en el entendido que todos los integrantes del Estado, estamos obligados a vigilar la actividad estatal, en el artículo 66, se establece todo un sistema de participación ciudadana orientada a velar por hechos que con ocasión a la acción u omisión de servidores públicos puedan ocasionar perjuicios, reconociendo, incluso, la implementación de sistemas y mecanismos de estímulos para dicha vigilancia.

Es sin lugar a dudas una Ley que sustenta la lucha contra la corrupción. En todo su contenido se evidencia la intención del Estado en establecer mecanismos adecuados de prevención.

Con posterioridad, y tal vez, como respuesta a la necesidad de desarrollar nuevos mecanismos preventivos, se expidió la Ley 1150 de 2007, que introdujo medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993.

En el marco del desarrollo normativo y en la intención de adelantar y establecer procedimientos preventivos contra la corrupción, la Ley 1150 de 2007, reconoce una serie de acciones en este sentido. Desde el Título I, se instaure como fin primordial, la eficiencia y transparencia en que se debe regir la contratación estatal. De igual forma, se establecen una serie de garantías para los contratistas, a efectos de minimizar el riesgo por factores que afecten los procesos y que puedan implicar perjuicios en el buen desarrollo de los contratos suscritos.

Sin embargo, no contiene en sí aspectos relevantes o concretos, más de allá de algunos principios, en la consolidación de mecanismos preventivos. Por ello, su análisis luce un poco simple por su mismo contenido y por la no identificación de normas orientadas al estudio pretendido.

Son diversas las formas en que el Estado ha intentado imponer o reconocer diversos mecanismos que permitan articular de la mejor manera esta constante lucha. Precisamente, para ello, la Ley 2014 de 2019, regula las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción.

En concordancia con lo establecido por la Ley 1778 de 2016 en su artículo 17B, esta norma, regula precisamente las sanciones de quienes hayan sido sancionados por corrupción. En su estructura, y de acuerdo con este desarrollo, existe un catálogo bastante amplio de inhabilidades para contratar y algunas acciones orientadas al cumplimiento de las medidas restrictivas generadas con la sentencia, por lo que no es una norma que pueda interpretarse de manera autónoma sino en conjunto con las sanciones impuestas para cada caso.

Sin embargo, a criterio propio, no requiere un mayor análisis por lo reducido de su contenido y por lo explícito de su contexto.

Finalmente, y en esta legislación, la Ley 850 de 2003, reglamentó la función de las veedurías ciudadanas. Esta Ley se encarga de reglamentar

como se menciona, las veedurías como mecanismo en el que los ciudadanos o algunas organizaciones sociales, puedan ejercer vigilancia sobre la gestión que despliegan las entidades del Estado, en el evento de que generen responsabilidades por acción o por omisión. A partir de su estructura, se evidencia un apoyo de diversas entidades como lo son la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior, el Departamento Administrativo de la Función Pública, todos en aras de garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Además de lo anterior, y a efectos de citarla simplemente, la Ley 136 de 1994, también reconoce un arsenal de herramientas relacionadas con la transparencia, prevención de la corrupción y sanción de conductas desplegadas por los concejales y que puedan considerarse como delictivas. Todas, en evidencia de la gran intención del Estado en atender y entender las diversas formas en que se puede incurrir en la comisión de delitos.

3.4. Legislación Civil.

En el sector privado, existen algunos acercamientos importantes en el establecimiento de herramientas que permiten luchar contra la corrupción, algunas de ellas, guardan estricta relación con la actividad del Estado en materia administrativa, pero que, incluyen aspectos relevantes a este sector. Así las cosas y teniendo en cuenta que existe esta estrecha relación con la Ley 1778 de 2016, únicamente se hará mención del Decreto 92 de 2017.

3.4.1. Decreto 92 de 2017, por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

Su objeto, es la de “reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad” (Dec. 92, art. 1, 2017). De su descripción se evidencia la intención que los procesos de contratación se adelanten con entidades que brinden seguridad al momento de realizar una labor designada por el Estado. Ello, puede brindar algún tipo de tranquilidad si se tiene en cuenta que la idoneidad en la ejecución de los contratos debe ser demostrada a través de la experiencia que para tal fin tenga la entidad. Claro, esta norma, solo regula algunos tipos de contratación, las cuales, por su naturaleza, y en

atención a lo establecido en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, contiene una serie de restricciones propias de esta forma de contratar. Sin embargo, se une a los demás esfuerzos legislativos en este fin.

3.5. legislación Disciplinaria.

Parte importante de entender y buscar una lucha adecuada contra la corrupción, es la de implementar normas que asuman como posible que los servidores públicos son también susceptibles, por supuesto, de cometer delitos. Ello implica que se requiera, como en efecto sucede, de la implementación de herramientas que precisamente estudien y sancionen a quien falte a su deber como servidor. Para cumplir con esa labor, se creó la Ley 734 de 2002, que expidió el Código Disciplinario Único.

Todo el contenido de la Ley 734, está orientado al establecimiento de medidas y procedimientos en el que se debe sustentar la acción disciplinaria. Allí, se incluyen principios, deberes y derechos de los servidores públicos, así como sanciones, términos, competencias, graduación de las sanciones y en fin todo lo concerniente a este procedimiento en sus diferentes ámbitos. Así mismo, se incluyen todos los aspectos fundantes de la actividad del servidor en concordancia con los fines esenciales del Estado y la actividad desarrollada en ese sentido.

La Ley 734 de 2002, es la carta de navegación de todos los que de alguna manera tienen vinculación con las diversas entidades estatales. De aquí, se desarrollan una serie de consideraciones relativas al cumplimiento de las exigencias legales y por supuesto las Constitucionales, que imponen, de manera general a todos los servidores como garantes de la actividad del Estado, el cumplimiento so pena de ser sancionados, no solo disciplinariamente sino penalmente.

Es una norma bastante extensa, pero que dado su ámbito de aplicación, exige al más mínimo detalle, reconocer de manera pormenorizada todos los aspectos que representan la relación entre quienes se vinculan a alguna de las ramas del poder. Por ello, su estudio, no puede simplemente llevarse a cabo en unas cortas líneas, además, porque para el propósito investigativo de esta tesis, constituiría la adecuación de un capítulo que se dedicara al análisis de programas de cumplimiento en el sector público.

Por esta razón y a pesar de que existen, como se ha mencionado, nexos evidentes entre la actividad delictiva empresarial y la estatal, no es escenario, debido a la orientación del trabajo de investigación, el realizar dicho abordaje. Así las cosas, y en vista de que este aparte, está relacionado únicamente con el área disciplinaria, se hará la simple mención de aquellas normas que imponen el ejercicio de control de algunas actividades de organismos del estado y sus servidores, como evidencia de la existencia de la diversidad normativa en este sentido. Así las cosas, la Ley 87 de 1993, establece normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones, la Directiva Presidencial 01 – 18 de febrero de 2015, impone como necesario el reporte a la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República de posibles actos de corrupción o irregularidades, el Decreto 1826 de 1994, reglamentó parcialmente la Ley 87 de 1993, el Decreto 1537 de 2001, reglamentó parcialmente la Ley 87 de 1993 en cuanto a elementos técnicos y administrativos que fortalezcan el sistema de control interno de las entidades y organismos del Estado, la Ley 1952 de 2019, expidió el código general disciplinario, derogando la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario (Entra en vigencia el 1º de julio de 2021)

Todas estas normas regulan y reconocen de una u otra forma herramientas de prevención del delito. Todas están llamadas a esa necesaria articulación entre entidades del Estado en lograr una barrera que entienda la necesidad de mirar el asunto desde diversas ópticas. De hecho, su intención evidente es la de fortalecer, en muchos casos, esa necesidad de hacerle frente a este flagelo que tantos perjuicios ocasiona. No solo se requiere de normas externas, se requiere, de un robusto sistema interno que permita cambios culturales al interior de las entidades que representan al estado y que permee de la mejor manera la psiquis de quienes asumen la función pública.

Por supuesto que hacen parte de una legislación que está dirigida únicamente a los servidores públicos, pero todas en conjunto, constituyen un punto de partida en el establecimiento de dispositivos que fortalezcan esta lucha.

3.6. legislación en Familia.

La familia como núcleo esencial de la sociedad, es sin lugar a dudas, el punto de partida de cualquier intención, en el establecimiento de medidas que

permitan generar cultura desde etapas tempranas de la niñez, en la necesidad de cumplir con las normas. Es allí en donde, los padres, deben enseñar a sus hijos la importancia de cumplir con las exigencias que el Estado ha impuesto para una adecuada convivencia. Los niños y niñas son el insumo necesario en el cambio cultural que nos pueda llevar a consolidar una sociedad más sana en materia delictiva.

No obstante, existen muchos vacíos en este sentido y las normas existentes se han limitado a reconocer derechos y sanciones dirigidas a los menores infractores. Sin embargo, el tema no puede quedar, porque debemos entender que los cambios se deben buscar de manera paulatina y a través de la educación. Tenemos una oportunidad de lujo para avanzar en la cultura de la prevención. Ante este panorama, como acercamiento a esta necesidad, se implementó la Ley 1098 de 2006, que expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Este Código, como todos aquellos establecidos para el desarrollo de los fines esenciales del Estado, contiene diversos aspectos relacionados con la lucha contra la corrupción. Especialmente, porque en él, se introducen unos de la mayor relevancia, en razón a que los menores, por interés superior, son sujetos que requieren de una especial protección y por supuesto de la intervención decida de todas las entidades del Estado a efectos de garantizar su efectivo amparo.

En efecto, y en atención a esa especial protección, es que se introdujo en su contenido, un extenso capítulo relacionado con la responsabilidad penal de adolescentes. En lo concerniente al tema en estudio, el artículo 42 y siguientes, reconoce las obligaciones especiales de las instituciones educativas, las cuales están orientadas al cumplimiento normativo y por ende, a la evitación de perjuicios que atenten contra la integridad de los menores. Todas estas obligaciones, implican de hecho diseñar y desarrollar programas de prevención, claro, orientadas al cumplimiento normativo, pero en últimas reflejan la intención de evitar la consumación de hechos delictivos o que afecten a los menores.

Es claro, que el incumplimiento legal, por ejemplo, en las entidades encargadas de brindar alimentos a los menores, puede contener y de hecho contienen, múltiples opciones en las que se configuran delitos, precisamente por la falta de control en dichas políticas. La norma, es expresa en brindar o

establecer los mecanismos necesarios para su evitación y allí también juega un papel importante los particulares, quienes a través de empresas consolidan el delito.

El maltrato, en toda su extensión, también debe ser considerado como un acto de corrupción, teniendo en cuenta que este hecho viola de manera directa la Constitución y la ley y por esa razón debe ser evitada a toda costa.

Incluso la Ley 1098 de 2006, reconoce medidas en materia de restablecimiento de derechos, que imponen estrictas obligaciones a efectos de garantizar la protección de los menores. De hecho, contiene sanciones ante el evidente incumplimiento y esto no es más que la manifestación palpable de normas anticorrupción en materia de familia.

Para comprender los alcances de esta norma en los aspectos estudiados en la tesis, basta con leer el artículo 74, el cual establece:

Ni el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ni las instituciones autorizadas por este para desarrollar el programa de adopción, podrán cobrar directa o indirectamente retribución alguna por la entrega de un niño, niña o adolescente para ser adoptado. En ningún caso podrá darse recompensa a los padres por la entrega que hagan de sus hijos para ser dados en adopción ni ejercer sobre ellos presión alguna para obtener su consentimiento. Tampoco podrán recibir donaciones de familias adoptantes previamente a la adopción.

Quedan absolutamente prohibidas las donaciones de personas naturales o instituciones extranjeras a las instituciones colombianas como retribución por la entrega de niños, niñas o adolescentes en adopción.

Parágrafo. Sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar, el incumplimiento de esta disposición acarreará la destitución del funcionario infractor, o la cancelación de la autorización para adelantar el programa de adopción si el hecho se hubiere cometido por una institución autorizada (L. 1098, art, 74, 2006).

De allí se desprende sin lugar a dudas, la posibilidad de una actividad criminal, porque de hecho reconoce como viable el pago en los programas de adopción. Su prohibición está expresamente ligada a la necesidad de

implementar medidas que prevengan este tipo de acciones. Es decir, la Ley 1098 constituye un catálogo importante en este sentido.

Para sustentar este fin, la norma aporta, además, una serie de deberes (artículos 81 y ss) de las entidades encargadas de velar por los derechos de los menores, que implican, por supuesto, la exigencia de no incurrir en su incumplimiento como lo establece el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia y a su vez de no generar en ellos un perjuicio irremediable que deba ser reparado por el Estado. Incluso, para el cumplimiento de las obligaciones aquí contenidas, requiere la misma ley, de la intervención activa de algunas entidades del estado como por ejemplo la Policía Nacional.

Es claro, entonces, que la Ley 1098 de 2006, es un compendio encaminado a la protección de derechos de los menores y por ende, un complemento en la intención de lucha contra la corrupción, por lo menos en lo referente a estos sujetos, el cual guarda una estrecha relación con el Decreto 987 de 2012 que modificó la estructura del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que también estableció una oficina de control interno a efectos de velar por el correcto funcionamiento de todas sus dependencias.

3.7. Legislación Fiscal.

Los fondos del estado son responsabilidad de todos los que hacemos parte de este país. Por supuesto que existen entidades encargadas de regular su administración. Y para ayudar en la detección de circunstancias que afecten la correcta destinación de estos dineros, se pensó en la Ley 610 de 2000, que instituyó el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

Es de la mayor importancia esta regulación, ya que su orientación se encuentra estrechamente relacionada a la actividad estatal de control y vigilancia por parte de las Contralorías cuando se detecte el detrimento de fondos o el mal manejo de los bienes que le hayan sido encomendados por la ley. Dicha intervención, reconoce un canal de denuncias o quejas (Resolución Orgánica 05049 de 9 de marzo de 2000 de la Contraloría General de la República) que pueden ser presentadas por cualquier persona u organización ciudadana. Es decir, que guarda relación directa con los fines reconocidos en la Constitución por el constituyente primario.

En su desarrollo, la Ley 610 de 2000, a pesar de ser relativamente corta, reconoce la posibilidad de incurrir en responsabilidad fiscal la acción dolosa o gravemente culpable de quien maneje o administre recursos del estado indebidamente. Es entonces, un mecanismo indispensable con que cuenta el Estado para evitar o perseguir incluso con bienes propios a quienes actúen en detrimento del interés fiscal. Su reglamentación y reforzamiento estuvo en manos de la Ley 403 de 2020 que introdujo algunas modificaciones en el procedimiento de responsabilidad fiscal. Sin embargo, es pertinente aclarar que la actividad aquí reconocida es administrativa, a pesar de que las sanciones impuestas son pecuniarias, son independientes de la investigación penal si a ello hubiere lugar.

No obstante, su importancia, debe evidenciarse que no contiene en sí misma ni en su ley complementaria una exigencia en materia de colaboración ante posible existencia de diversas infracciones que impliquen la investigación en otros frentes como el penal, más adelante veremos que la articulación de los entes estatales no solo debe darse por principio Constitucional, sino que su implementación debe ser reconocida en la ley que regule el tema en específico. Aun así, es una norma bastante fuerte en la intención de sancionar a quienes infringen la ley fiscal y que toca tal vez uno de los aspectos que más le duele a la sociedad en general, el bolsillo.

3.8. Legislación Laboral.

Existen, en materia laboral, diversas normas que pretenden evitar al máximo situaciones que impliquen abusos, que garanticen ambientes laborales adecuados, y que de manera general no atenten contra la dignidad laboral. Sin embargo, durante los últimos años y a pesar de contarse con normas como la Ley 1429 de 2010 y la 1618 de 2013 de inclusión, no se ha consolidado de manera efectiva su cumplimiento. Es más, se ha vinculado diversos sectores en esta lucha con resultados positivos en materia de legislación, pero que, de igual manera, aún no consolidan los efectos esperados.

Ante este panorama, el análisis de normas en materia laboral que luchan contra esta forma de corrupción, se enfocará en dos leyes, la primera, ha servido para hacer visibles secretos a voces de situaciones a las que son sometidas a diario muchos empleados en Colombia y que representan un amplio panorama de la realidad, escondidas tal vez por el miedo a la denuncia y ante la falta de canales adecuados que lo permitan hacer sin consecuencias

adversas para quien decida poner en conocimiento la situación y la segunda, que a pesar de generar un revuelo inmenso en diversos aspectos, pretende generar inclusión en personas con algún tipo de discapacidad, pero que por su contenido, ha recibido bastantes críticas por la igualdad aparente que encierra su promulgación.

Vale la pena mencionar que el Libro Segundo Título III Capítulo VIII del Código Penal, reconoce algunas conductas que atentan contra el derecho al trabajo y que sirven de sustento a la lucha contra diversos flagelos a los que son sometidos los empleados en Colombia. Sin embargo, únicamente se abordarán los puntos mencionados.

Para conocer un poco de como en esta legislación se ha abordado el tema de la lucha contra la corrupción, en sus diversas formas, la Ley 1010 de 2006, adoptó medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.

Grandes sorpresas surgen cuando se conoce esta Ley, la primera es que no es una norma reciente, sino que por el contrario tienes más de 15 años y aun así su importancia se ha hecho visible hace tan solo unos pocos. Su contenido es bastante importante porque reconoce diversas formas de maltrato, muestra de ello es el artículo 1º de la Ley 1010 de 2006, que establece:

Objeto de la ley y bienes protegidos por ella. La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

Son bienes jurídicos protegidos por la presente ley: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa.

Posteriormente, la misma norma nos define las modalidades en que se puede incurrir en situaciones de acoso y las conductas que lo constituyen, de las que se puede extraer que incluso, de acuerdo con la descripción, pueden generar consecuencias penales. Miremos para ello, el artículo 7º literal

a) que establece “los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias”. En él, se hace una descripción directa de una consecuencia concomitante con otra rama y en la que seguramente tendría que intervenir el derecho penal dependiendo de la gravedad del asunto. Es, en términos generales, una norma fácil de entender por su corto contenido. No obstante, existe para nuestro análisis, un hecho bastante grave en la estructura de la norma que puede atentar contra la intención de poner en conocimiento conductas que encajen como de acoso laboral y es que en el artículo 14, se estableció:

Temeridad de la queja de acoso laboral. <aparte tachado INEXEQUIBLE>
Cuando, a juicio del Ministerio Público o del juez laboral competente, la queja de acoso laboral carezca de todo fundamento fáctico o razonable, se impondrá a quien la formuló una sanción de multa entre medio y tres salarios mínimos legales mensuales.

Igual sanción se impondrá a quien formule más de una denuncia o queja de acoso laboral con base en los mismos hechos.

Los dineros recaudados por tales multas se destinarán a la entidad pública a que pertenece la autoridad que la impuso.

Recordemos que este tipo de conductas regularmente son cometidas por personas que ostentan una condición de superioridad y que además se realizan en ambientes privados en los que difícilmente se podría contar con evidencia de ello. Lo que podría hacer pensar que existe una alta probabilidad de no poder demostrar de manera real que se incurrió en una de ellas. Por lo que, antes de generar una herramienta de protección para quien sufre este tipo de vejámenes, puede convertirse en un arma de doble filo con consecuencias económicas para quien se atrevió a poner en conocimiento la situación y quien por su condición de inferioridad no puede demostrar el hecho. Lastimosamente, la estructura de la norma luce un poco más garantista para el denunciado que para el denunciante, sin embargo, ello puede obedecer a la protección que merecen los sujetos activos de la acción frente a situaciones falsas. Sin embargo, debe ser reconocida como un logro en la lucha contra fenómenos que como estos también representan corrupción y que atentan contra la obligación de tener ambientes dignos de trabajo, seguramente, el tiempo brindará mejores herramientas en el establecimiento de mecanismos probatorios que permitan identificar con certeza cuando una de estas conductas se cometa.

Posteriormente y para hacerle frente a circunstancias que puedan generar actos de corrupción, la Ley 1996 de 2019, estableció el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad.

A pesar de ser una norma en la que en su descripción no se menciona nada acerca de inclusión laboral de manera directa. Si se reconoce en su contenido una serie de derechos que implican el poder ejercer acciones jurídicas en igualdad de condiciones. Ello, si constituye un avance en la lucha contra la discriminación como forma de corrupción. El artículo 6 de la Ley 1996 de 2019, reconoce de entrada la presunción de capacidad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, imponiendo desde aquí la posibilidad de acudir al mundo laboral sin que sea posible acto de discriminación alguno.

Más adelante y como sustento de esta presunción, a partir del Capítulo II, se desarrolla todo en cuanto a mecanismos para el ejercicio de esa capacidad. Es claro, que al ser una presunción legal admite prueba en contrario, pero que, de manera general, reconoce como viable la inclusión laboral de quienes tienen alguna discapacidad. La importancia de esta norma que aún no entra en vigencia es, de acuerdo con su objeto, la de reconocer garantías del derecho a la capacidad legal de este tipo de personas y por supuesto, evitar al máximo actos de discriminación. Ello supone, para algunos, el reconocimiento de derechos en igualdad de condiciones, para otros, la desprotección de una población que requiere de atención especial. No obstante, por ahora, se muestra como una herramienta que tendrá, en nuestro sentir, que ser modificada a efectos de no generar impactos no esperados que antes de proteger dejen desprovista a este sector social.

La mención de esta norma, como la de acoso laboral, tienen en sí, una doble connotación, por un lado, reconocen principios de igualdad y por el otro, invitan al no maltrato y a garantizar condiciones dignas para quienes por diversas circunstancias ostentan condiciones de inferioridad que los haga susceptibles de vulneración. Son, pues, herramientas que se suman a la larga lista de aquellas que intentan de la mejor manera reducir los impactos negativos de la corrupción, vista ésta desde las diversas vertientes analizadas hasta aquí.

3.9. Legislación Penal.

El catálogo de normas que contiene la legislación penal es bastante amplio y claro que en ellas se tiene como fin primordial la prevención del delito. Todas, obedecen a una estructura que intenta en la mayor medida posible hacer frente a tan lamentable flagelo. Por ende, y en aras de no incurrir en repeticiones, se hará mención a aquellas que acompañan esta jurisdicción y que son sustento de lo que se pretende demostrar con este trabajo de tesis y es la inclusión o el reconocimiento, mejor, de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Los soportes normativos encontrados a lo largo del Código Penal, por ejemplo, han sido base para diversos proyectos de ley, que han intentado, infructuosamente, su inclusión.

La parte sustancial de la lucha contra la corrupción, por obvias razones, debe partir del Código Penal y del de Procedimiento Penal, no obstante, más adelante, abordaremos de mejor manera aquellas que directamente se han establecido con este fin. En materia penal, podemos reconocer, además de las anteriores codificaciones, a la Ley 1142 de 2007, en un intento por “adoptar medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”. Es, sin duda, la consolidación de mecanismos importantes en la lucha contra la corrupción, pero que, necesitan del acompañamiento de diversos sectores, como lo veremos, como un fin común y no como una medida independiente solo en materia penal.

Los actores llamados a esta lucha no solo son aquellos que reconoce el Código Penal o su Procedimiento. Somos todos los encargados de articular de manera adecuada los esfuerzos en cabeza de la Nación. Así, es posible, que algún día se logre la consolidación de políticas criminales que reconozcan realidades sociales y que permitan el reconocimiento de nuevas formas delictivas, como en efecto sucedió con la Ley 1778 de 2016 en materia administrativa.

La labor del derecho penal no puede estar solo encaminada a la aplicación de sanciones como respuesta directa a la criminalidad. Se deben tener, en mayor medida, mecanismos preventivos adecuados que formen culturalmente en la evitación del delito. Desde allí, se puede construir sociedad, si efectivamente nos vinculamos a ese fin. De lo contrario, es posible que la intención se quede simplemente en eso y crear normas sin resultados eficaces. Por ende, en el aparte final de este capítulo se hace mención y se presenta

un pequeño análisis de las normas que, por su estructura, contenido y fin, se crearon a efectos de luchar contra este flagelo.

3.10. Legislación anticorrupción.

En este punto, se hace evidente la intención de esta legislación en el desarrollo de este trabajo, ya que está dirigida con extrema exactitud a la intención de establecer mecanismos que permitan identificar situaciones que lleven consigo la posibilidad de cometer delitos. Esta legislación impone mecanismos claros de prevención, a la par que se constituye de manera directa en una herramienta imprescindible en el establecimiento de políticas que de articularse de manera adecuada, generaran un beneficio en la reducción de hechos delictivos. El establecimiento de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, se constituyó en el primer referente que consolida la intervención y posible sanción ante hechos delictivos en diversas ramas, sobre las cuales ya hemos hablado, como lo son administrativa, disciplinaria, fiscal y penal. De hecho, en su contenido también hace referencia tanto a la corrupción pública y privada, es decir, aporta bases no solo para el establecimiento de un compliance programs en ambos sectores. Su desarrollo, además de los Decretos 4632 de 2011 y 958 de 2016, ha estado enmarcado por la modificación de algunos artículos del Código Penal y de la Ley 1778 de 2016 sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

Es decir, ha vinculado de manera clara, todas las vertientes en donde pueda considerarse que existe riesgo de corrupción. Recordemos que esta lucha debe basarse en la colaboración armónica como fin del estado, más no del derecho penal. Incluso toca aspectos relevantes contenidos en la Ley 734 de 2002, lo que hasta ahora constituye el primer gran avance en esa construcción de mecanismos globales locales en busca de prevenir acciones delictivas en diversos ámbitos. Incluso la Ley 1774 de 2011 va más allá, con la creación de comisiones regionales de moralización encargadas de generar sistemas de información y prevención local de acuerdo con las necesidades, brindando de igual forma herramientas a la ciudadanía a quien vincula como actor importante en esta lucha, a través de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción (artículos 62 y ss)

De los aspectos más importantes a tener en cuenta en esta Ley, es la necesidad de implementar políticas institucionales y pedagógicas, que elaboren mapas de riesgo que permitan identificar estrategias de prevención

y crear, a partir de allí, medidas concretas que mitiguen los riesgos. Dentro de las medidas pedagógicas, nos resulta importante evidenciar que el artículo 79 de la Ley 1474 de 2011, estableció:

Pedagogía de las competencias ciudadanas. Los establecimientos educativos de educación básica y media incluirán en su Proyecto Educativo Institucional, según lo consideren pertinente, estrategias para el desarrollo de competencias ciudadanas para la convivencia pacífica, la participación y la responsabilidad democrática, y la identidad y valoración de la diferencia, lo cual deberá verse reflejado en actividades destinadas a todos los miembros de la comunidad educativa. Específicamente, desde el ámbito de participación se orientará hacia la construcción de una cultura de la legalidad y del cuidado de los bienes comunes.

Parágrafo. El ministerio de educación nacional y las secretarías de educación promoverán programas de formación docente para el desarrollo de las competencias ciudadanas.

En términos generales, este pequeño artículo reconoce la importancia de educar en prevención desde las bases escolares a efectos de generar modificaciones generacionales que identifiquen claramente la necesidad de un cambio social. Es de suma importancia reconocer la necesidad educativa, porque desde allí y a partir de un giro cultural es que se puede lograr importantes progresos en materia delictiva. Por supuesto, que estas medidas deben estar articuladas a políticas sociales que identifiquen factores de riesgo en los menores, que les permita a la par acceder a medios de progreso relacionados con educación superior y oportunidades laborales. Es entendible, que los cambios no se generan de la noche a la mañana, no obstante, el primer paso, es, como lo reconoció esta ley, crear los mecanismos de prevención.

Desconocemos el impacto y aplicación de este tipo de medidas educativas en los planteles nacionales, y seguramente este hecho será objeto de un pronunciamiento y análisis posterior, porque de seguro aportará en la adecuada construcción de sistemas de prevención como los compliance programs. No olvidemos que esta ley abordó como necesaria, el reconocimiento de los impactos de la corrupción en todos los niveles estatales, descendiendo a cada una de las ramas en las que se pueda hacer frente.

Además de este estatuto tan importante, se ha legislado en la conformación de otros, que abordan temáticas relacionadas con el mismo fin. Es el caso de la Ley 1762 de 2015 – Ley Anticontrabando, que está directamente ligada con la normatividad aduanera y fiscal. Es decir, con ella, se llenaron algunos vacíos contenidos en las normas autónomas antes mencionadas y reconoce por ejemplo la necesidad de la colaboración internacional (Artículo 44), dependiendo de la identificación de países considerados de alto riesgo de los que pueda provenir la mercancía. Son estos algunos ejemplos, que han ido reconociendo como necesaria la implementación de políticas anticorrupción en todos los ámbitos.

La importancia de la implementación de este tipo de estatutos radica en la adecuación cada vez más estricta, relacionada con la armonización de esfuerzos en la intención consolidar en algún momento las mejores herramientas tanto educativas como preventivas contra la corrupción. El camino aún es bastante largo, porque a pesar de existir mucha legislación al respecto, no se ha logrado el camino adecuado para que estas logren efectivamente un impacto en la reducción de actividades delictivas, tal vez por la falta de compromiso de algunos actores.

Es, el reconocimiento y análisis de todas estas normas, un esfuerzo en la identificación de bases que pueden servir a futuro en la construcción de un eficaz compliance programs que reconozca todos los efectos y todos los ámbitos que deben vincularse en esta carrera que requiere de una mejor dirección. No se desconoce la voluntad tanto del legislador como del Estado, pero si debe reforzarse la efectividad de las medidas. En estos términos mostramos el marco normativo del compliance programs en la legislación colombiana.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Abordado el tema del marco jurídico del compliance programs en la legislación colombiana y una vez identificadas algunas fortalezas y debilidades en las estructuras normativas, damos paso a enunciar algunas conclusiones al respecto de la siguiente manera:

- Para que al compliance programs se le pueda adjudicar los beneficios ofrecidos por las legislaciones, le corresponde evidenciar que no es puro cosmético o papel, que cuenta con las medidas y la debida supervisión necesarias, para poder realizar, de manera directa, oportuna y de forma confidencial, la detección y evitación, de aquellas conductas potencialmente ilícitas, provenientes de cualesquiera comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico vigente, como de las normas internas establecidas por la empresa, mediante la puesta en marcha, de todos sus mecanismos establecidos para ejecutar la subsanación del mismo, proporcionando garantías a los afectados, de que no ocurrirá nuevamente en el futuro, y así continuar manteniendo la confianza depositada en la empresa, como consecuencia de haber implementado una correcta cultura ética de cumplimiento de las normas.

- Ahora bien, para fortalecer este régimen de disciplina que se autoimpone la empresa, deberá implementar, en su ejecución, el whistleblowing o canal de denuncia, con una visión muy amplia, que le permita vincular, al mayor número de personas, en la práctica transparentes del desarrollo de sus actividades, en donde se pueda comunicar sin dilaciones indebidas, aquellas conductas delictivas, sin que exista miedo a represalias, y que le permita a su vez blindar a la empresa, irradiando como consecuencia inmediata, la legitimidad del cual debe estar revestida.

- Este canal de denuncia está llamado a ofrecer una serie de controles, que le permitirá preventivamente protegerse de aquellas prácticas fraudulentas, que en el futuro le consentirá impactar favorablemente, en los sistemas financieros aplicable a cada uno de los mercados, en la cual fluctúan las personas jurídicas. Esto es como una especie de garantía, que adquieren las empresas, una vez que deciden acoplarse a estas exigencias ética, impactando positivamente en las relaciones mercantiles que se instauran, ya que, a través de ellas, permitirá repeler, mediante la aplicación firme de principios, cualquier tipo de conductas, que intente desestabilizar, esta nueva construcción cultural transparente, libre de practica de aquellas conductas ilícitas, que son rogadas por la sociedad en la cual funcionan.

- La creación de estos mecanismos, requieren del compromiso, no solo empresarial, sino de los estados, ya que su finalidad, también debe estar orientada a la protección de los derechos de la sociedad. ¿Por qué?, por qué la responsabilidad empresarial debe estar ligada con el desarrollo del país, amarrada con las políticas estatales de progresión y en ese orden de ideas los efectos negativos de malas prácticas societarias impactan directamente en los mercados haciendo evidentes las falencias de los países que no asumen con compromiso la lucha pretendida.

- La responsabilidad no solo debe recaer en las empresas cuando se hace evidente el cambio de su objeto social, los estados, en los casos en que no crea los mecanismos adecuados también se hacen responsables de los perjuicios que la comisión de delitos pueda crear, la omisión es en la misma medida una forma de participación de la labor criminal, todos estamos llamados a la prevención, pero la dirección debe provenir de quien regenta esa condición.

- Se pretende que a través del establecimiento de los compliance programs se demuestre y sea evidente la intención de la empresa en tratar al máximo de prevenir actividades delictivas en su interior. Claro, esto requiere no solo del compromiso personal, sino de un compromiso económico que los estados deben estar en la posibilidad de reconocer con el establecimiento de beneficios ante la comisión de un delito. Es decir, busca generar incentivos de prevención, incentivos que muestren la necesidad de ponderar el adecuado cumplimiento de la labor empresarial con aquel que esta desviado.

- La normativa nacional contiene una serie de disposiciones importantes en la lucha contra la corrupción, de hecho, estas, como lo vimos, se encuentran

establecidas en diversas ramas y no solo en materia penal. Es una estructura bastante robusta si se tiene en cuenta que, por lo menos, representan una intención clara del estado en responder ante los crecientes casos que hacen evidente este flagelo.

- Se ha hecho evidente la falta de eficacia de otras herramientas en la lucha contra la delincuencia empresarial, y nuestra experiencia como ciudadanos nos ha dado mucho más que instrumentos, porque hemos sido espectadores directos de la realidad de la corrupción en nuestro país, ya no son casos aislados, ahora, son cotidianos y Colombia que tanto empeño ha puesto en erradicar otros problemas, ha sido impávido frente al establecimiento de estas nuevas necesidades.

- Uno de los hallazgos más importantes, el cual debería ser muy reforzado, está en el hecho de incluir como obligatoria la educación a temprana edad, que puede llegar a constituir una importante herramienta en la construcción escolar de referentes de responsabilidad y cumplimiento normativo. Es decir, se hace necesario robustecer, a manera de cambio cultural, los lineamientos en que se sustenta la educación para, a partir de allí, buscar cambios generacionales de prevención.

- Las diversas estructuras normativas, reconocen en sí, la clara identificación de puntos que requieren de la atención decidida del Estado en la construcción de mecanismos de lucha. Estos se encuentran, en algunos casos, orientados a la colaboración armónica entre diferentes entidades, sin embargo, luce un poco desdibujada la labor, si tenemos en cuenta que faltan herramientas que articulen adecuadamente las formas de concreción de los diversos instrumentos de ataque a este flagelo llamado corrupción.

- Las exigencias sociales frente a la lucha contra la corrupción requieren del establecimiento de políticas que entiendan la realidad y condiciones en que se desarrolla el crimen. Este un hecho que debe superarse a través de la implementación de programas de cumplimiento que reconozcan como necesaria e ineludible la participación de todos los organismos del estado y que por supuesto, desde la alta dirección se realicen adecuados ajustes y se empiece por reconocer la gran responsabilidad, en materia de ejemplo, que de ellos depende.

- No puede, dejarse en manos del particular la modificación cultural, entendida esta como necesaria, con miras a cambios estructurales que representen a futuro verdaderas herramientas en la consolidación de criterios de cumplimiento normativo que redunden en la disminución de la criminalidad, no por coacción de los organismos estatales, sino por simples, profundos y arraigados valores sociales y pensamientos éticos que impidan creer como posible la comisión de un delito. Por supuesto que es un camino extenso, pero puede ser a futuro un gran paso en la consolidación y erradicación de hechos delictivos.

- Se cree necesario, que las entidades del estado no deben pensar y actuar de manera independiente como si se tratara de una guerra de egos, en la que el que gane recibe un premio independiente como muestra del cumplimiento de sus funciones. Aquí la labor, debe, necesariamente reconocer que estamos en la misma línea y con los mismos fines, impuestos, a partir del reconocimiento de un estado social de derecho. Estos fines, están amarrados no solo al cumplimiento de unas metas, sino a la adecuación de la estructura estatal, de ser necesario, a efectos de consolidar adecuadamente esta lucha.

- La lucha contra la corrupción no solo depende de la creación de normas que reconozcan su necesidad. No se trata de llenar al sistema normativo de herramientas sin contar con el adecuado procedimiento técnico que permita su implementación y que a la par le brinde la posibilidad de vincular de manera obligatoria la actividad de estas entidades desde diversos puntos de vista, atendiendo las diferentes jurisdicciones en que se requiera su intervención decidida. Seguramente, el cambio de criterios de interpretación de los mecanismos de lucha, generaran grandes impactos, incluso algunos negativos, ya que la ejecución de estos requiere de una participación a todos los niveles estatales y es allí en donde realmente se medirá la intención de la alta dirección en generar cambios positivos.

- Una de las preocupaciones más grandes que requiere de la mejor atención, necesaria en la construcción de mecanismos preventivos, se encuentra en los llamados ladrones de cuello blanco, en razón al impacto que este tipo de delincuencia representa en la sociedad. El hecho aquí consolida la identificación estratificada de la criminalidad y hace evidente que todos estamos expuestos a ser sujetos activos en la comisión de delitos. Ello, implica que se acaben con paradigmas criminales y se reconozca como necesaria la intervención del Estado en atacar de manera decidida este flagelo, la pregunta

es, ¿estarán dispuestas las cabezas que dirigen las riendas de la nación, en enfrentarlo de manera real? Pues, de no ser así, cualquier política o norma que pretenda hacer frente a la corrupción se tornara en un saludo a la bandera.

- Ahora, lo importante, después de estas conclusiones, es la de iniciar un camino en la implementación de los mecanismos necesarios para implementar un cumplimiento normativo eficaz al interior de las empresas para autocontrolarse. El paso debe darse.

Lista de referencias

- Aguilera, R (2018). Compliance Penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y el Compliance Program. [Tesis Doctoral, Universidad de Córdoba, España]. Repositorio Institucional. <http://helvia.uco.es:8080/handle/10396/16714>
- Andretta, C (2014). Criminal Compliance. Revista Científica y Tecnológica UPSE, 2(2), 1-17. <https://doi.org/10.26423/rctu.v2i2.46>
- Armentia, P (2015). Canal de denuncias (Plan de acción e implantación del Compliance Program). En C. Saiz, P. Armentia, J. Calderón, F. Carbayo, G. D'Antonio, A. Díez, Á. Ecija, M. Escudero, J. Gómez, C. González, J. Heitor, M. Hernández, P. Hernández, M. López, D. Otero, J. Pinillos, L. Posado, A. Pumarino, J. Puyol, F. Ramírez, G. Rodríguez, M. Rojas, E. Saracíbar, y H. Velásquez (Ed). *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa* (1ra ed., pp. 610-641). Thomson Reuters.
- Arocena, G (2017). Acerca del Denominado “Criminal Compliance”. Revista Crítica Penal y Poder. 13, 128-145. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6264088>
- Bacigalupo, E (2012). Compliance y derecho penal. Hammurabi.
- Ballester, J (2019). Corrupción, seguridad y desarrollo: Una visión panorámica desde el Compliance. Perspectiva española. Revista Derecho & Sociedad, 52 (1), 97-115. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21215/20919>
- Ballesteros, J (2019). Delincuencia Empresarial, Derechos Humanos y Seguridad Humana: Reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa. En N. Sanz, M. Gorjón, A. Nieto, y otros (Ed.), *Los Derechos Humanos 70 Años Después de la Declaración Universal* (1ra ed., 253-286). Tirant lo Blanch.
- Ballester, J (2020). Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas

- y privadas. La perspectiva española. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (85), 41-78. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.002>
- Baratta, A (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. 1era. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.
- Bascuñán, A (1974). *Manual de técnica de la investigación jurídica*: Editorial Jurídica de Chile.
- Berdugo, I (2019). El soborno internacional: Normas, obstáculos y propuestas. *Derecho y Sociedades. Asociación Civil*. 52, 165 a 181. <file:///C:/Users/24-r1011a/Downloads/21219-Texto%20del%20art%C3%ADculo-84438-1-10-20191014.pdf>
- Bernate, F (2018). El Compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 10 (20), 31-49. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6857108.pdf>
- Blasco, B., y Pérez, I (2001). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código penal español. H. Pozo (Ed). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Una perspectiva comparada* (1ra ed., pp.1-16). Tirantonline. <https://tinyurl.com/y85xa2v8>
- Cadavid, A (2014). Responsabilidad penal de personas jurídicas. Una mirada desde el derecho colombiano. Ontiveros, M (Ed). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro* (pp.1-14). Recuperado de <https://tinyurl.com/ya67nm2q>.
- Caro, D (2018). Imputación objetiva y Compliance Penal. *Revista General de Derecho*, 30. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6876482>
- Carbonell, J (2009). Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En J. Carbonell, J. González, E. Orts, y M. Cuerda (Eds.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (1ra Ed., pp. 307-328). Tirant

Online. <https://www-tirantonline-com.ezproxy.usal.es/tol/documento/show/1568028#texto>

Carvajal, A (2005). Elementos de Investigación Social Aplicada, Colombia. Escuela Latino Americana de Cooperación y Desarrollo. Cuadernos de Cooperación. <http://E:/M%C3%89TODOS%20DE%20INVESTIGACI%C3%93N/Manual%20de%20Investigaci%C3%B3n%20Social.pdf>

Castillejo, R (2015). La actual regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas. La Ley Digital, La Ley Mercantil. 18(5945), 1-23. <https://bit.ly/2Q8MICj>

Constitución política de Colombia [Const. P.] (1991). Colombia. Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr003.html#115

Corte Constitucional [C.C.], octubre 21, 2003, M.P: A. Beltrán. Sentencia 962/03. Colombia. Obtenido el 23 de junio de 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-962-03.htm>

Corte Constitucional [C.C.], marzo 8, 2006, M.P: J. Córdoba. Sentencia 172/06. Colombia. Obtenido el 08 de marzo de 2006. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-172-06.htm>

Corte Constitucional [C.C.], noviembre 14, 2012, M.P: J. Pretelt. Sentencia 944/12. Colombia. Obtenido el 15 de mayo de 2006. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-944-12.htm>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], abril, 1993, M.P: J. Valencia. Sentencia 7138. Obtenido el 20 de enero de 1993. Colombia. [file:///C:/Users/24-r101la/Downloads/format%20\(14\).html](file:///C:/Users/24-r101la/Downloads/format%20(14).html)

Costa, P (2015). Organización de empresas y responsabilidad penal corporativa (Tesis doctoral, Universitat Politècnica de Catalunya). Recuperado de <https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/95957/TPCS1de1.pdf>.

De Blas, A (2018). ¿Societas delinquere potest o non potest?. *Nuevo Derecho Creare Scientia in Ius*, 1(1), 1-17. <https://www.nuevodercho.cl/societas-delinquere-potest-o-non-potest/>

Decreto 390/16, marzo 7, 2016. Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. <https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/procesos-de-apoyo/gestion-juridica/decretos/decreto-390-de-2016.aspx>.

Decreto 958/16, junio 16, 2016. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20958%20DEL%2015%20DE%20JUNIO%20DE%202016.pdf>.

Decreto 987/12, mayo 14, 2012. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_0987_2012.htm.

Decreto 1165/19, julio 2, 2019. Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. https://www.analdex.org/wp-content/uploads/2019/07/DECRETO-1165-DEL-2-DE-JULIO-DE-2019_compressed-1-comprimido.pdf.

Decreto 1537/01, julio 26, 2001. Departamento Administrativo de la Función Pública (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3555_documento.pdf.

Decreto 1686/17, octubre 17, 2017. Presidencia de la República (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201686%20DEL%2017%20DE%20OCTUBRE%20DE%202017.pdf>.

Decreto 1826/94, agosto 3, 1994. Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. https://www.anm.gov.co/sites/default/files/decreto_1826_de_1994.pdf.

Decreto 4632/11, diciembre 9, 2011. Ministerio del Interior (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4_col_dec4632.pdf.

- Directiva Presidencial 1, febrero 18, 2015. Presidencia de la República (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=65297.
- De la Fuente, F (2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En D. Fernández, C. Mallada (Eds.), *Grandes Tratados. Delincuencia Económica* (1era. Ed., pp. 1-40). <https://tinyurl.com/y433y2fs>
- Demetrio, E (2018). Vulneración de Derechos Humanos por empresas multinacionales: ¿De un Derecho penal económico transnacional a un Derecho penal internacional económico?. En E. Demetrio, y M. Nieto (Ed.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch.
- Durkheim, É (1982). *Las reglas del método sociológico*. Buenos Aires: Hispamerica Ediciones.
- Echeverría, E (2018). «Whistleblowing» o canales de denuncia: La garganta profunda de las empresas. *Diario La Ley*, 9342(15656), 1-23. <https://bit.ly/38M9ZAw>
- Escrinhuela, J (2019). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Tesis doctoral, Universidad Católica de Murcia). Repositorio Institucional UCAM. <http://hdl.handle.net/10952/4013>.
- Espín, R (2017). *El Canal de Denuncias Internas en la Actividad Empresarial como Instrumento del Compliance*. [Tesis Doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona]. Repositorio Institucional. https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2017/hdl_10803_458436/roes1de1.pdf
- Frago Amada, Juan Antonio, Jimena Alguacil Cesari, María Aránguez Olmo, Enrique Aznar Pallarés, Francisco Bonatti Bonet, Alain Casanovas Ysla, José Luis Colom Planas, y otros (2018). *Actualidad Compliance 2018*. España: Aranzadi, S.A.U.
- Fernández, E (2019). El Criminal Compliance Program como modelo de prevención: de la teoría a su aplicación en la práctica. *Revista la Ley Penal*, 138(8410), 1-18. <https://bit.ly/38JU99q>

- Fruitós, H (2017). UNE 19601 Un referente en compliance. 1(1), 1-12. <https://tinyurl.com/y777drle>
- Galán, A (2017). Orígenes y fundamentos del cuestionamiento del viejo principio *societas delinquere nec punire potest*. A. Galán (Ed.), Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015 (1ra ed., pp.1-16). Tirantonline. <https://www-tirantonline-com.ezproxy.usal.es/tol/documento/descargar>
- García, A (2017). Prevenir la corrupción en la gestión de federaciones y clubes de fútbol: la eficacia de las prácticas de buen gobierno y del compliance penal. Revista Internacional Transparencia e Integridad. 4(1), 1-13. <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/08/5.-Alicia-García-Herrera.pdf>
- García, B (2015). Whistleblowing y canales institucionales de denuncia. En M. Nieto, J. Lascuraín, I. Blanco, P. Pérez, y B. García (Eds), Manual de cumplimiento penal en la empresa (1ra ed., pp. 206 – 230). Tirant lo Blanch.
- García, G (2019). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Algunas cuestiones sobre el compliance y la protección de datos. Revista la Ley Mercantil, 55(3168), 1-43. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6834293>
- García, P (2012). Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista de Estudios de la Justicia. 16, 55 – 74. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29493>
- García, P (2018). Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa. Gaceta Penal y Procesal Penal. 109, 179 – 197. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6442702>
- González, P (2014). Evolución dogmática y legislativa del *societas delinquere non potest*. González, P (Ed). La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP (pp.1-36). <https://www-tirantonline-com.ezproxy.usal.es/tol/documento/descargar>

- González, M., y Martínez, C (2007). Condiciones para la eficacia de los códigos internos de responsabilidad social de la empresa. *Revista vasca de Economía*, 65 (2), 128-149. <https://ideas.repec.org/a/ekz/ekonoz/2007206.html>.
- Goñi, J (2015). Nuevo Código Penal, plan de prevención de delitos y sus implicaciones laborales. *Revista La Ley Digital, Trabajo y Derecho*. 5(3342), 1-30. <https://bit.ly/3cVnPDP>
- Günther, J (1995). *Derecho penal. Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, España: Marcial Pons.
- Gutiérrez, E (2015). Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. la “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015. *Revista General de Derecho Penal* (24) 24-51. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10045/59207>.
- Haidé, C. y Fruitós, R (2017). UNE 19601 Un referente en compliance. *Revista Aranzadi Digital*, 1(1), 1-12. <https://tinyurl.com/y5aaswbo>
- Henao, L. & Castro, C (2020). *Compliance: Prevención de la Corrupción Pública y Privada* (ed.) Tirant lo Blanch. <https://editorial.tirant.com/co/libro/9788413559483>
- Hermoso, J (2018). *Legal Compliance: El manual de prevención de riesgos penales*. [Trabajo Fin de Máster/Master Amaierako Lana, Universidad Pública de Navarra]. Repositorio basado en DSpace de la Universidad Pública de Navarra. <https://hdl.handle.net/2454/27435>
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P (1997). *Metodología de la Investigación*. Juárez, México: McGRAW - Hill Interamericana de México, S.A.
- Kent, Carl, Sidak; (1981). The deterrent effect of antitrust enforcement, en *Journal of Political Economy*. Vol. 89. <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/260979>

- Leo-Castela, J (2019): Compliance y modelos de organización y gestión del riesgo penal en América latina. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 5(1), 1-9. <https://tinyurl.com/y5g7xl7o>
- Leo, J., Rodríguez, F, y Sánchez, J (2020). Evolución de la responsabilidad social y legal corporativa: hacia un índice de compliance en la OCDE. Sánchez, J, y Carrillo, A.(Ed). *Corrupción: Compliance, Represión y Recuperación de Activos* (pp.1-34). <https://tinyurl.com/yboj8kqk>
- Ley 80/93, octubre 28, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.094 (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html.
- Ley 87/93, noviembre 29, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.120 (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0087_1993.html.
- Ley 305/20, noviembre 26, 2019. Diario Oficial de la Unión Europea [D.O.U.E]: 1937 (Estrasburgo). Obtenido el 23 de octubre de 2019. <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>
- Ley 403/20, marzo 16, 2020. Diario Oficial. [D.O.]: 51.258 (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0403_2020.html#T%C3%8DTULO%20I.
- Ley 489/98, diciembre 29, 1998. Diario Oficial. [D.O.]: 43464 (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2121. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html.
- Ley 599/00, julio 24, 2000. Diario Oficial. [D.O.]: 44.097 (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.
- Ley 610/00, agosto 15, 2000. Diario Oficial. [D.O.]: 44.133 (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0610_2000.html#1.

- Ley 734/02, febrero 5, 2002. Diario Oficial. [D.O.]: 44.708 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html#LIBRO%20I.
- Ley Orgánica 1 / 2015, marzo, 30, 2015. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. [BOE]: 77 (España). Obtenida el 15 de junio de 2020. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>
- Ley 800/03, marzo 13, 2003. Diario Oficial. [D.O.]: 45131 (Colombia).
Obtenido el 18 de mayo de 2020. <https://tinyurl.com/y4rxz7pv>
- Ley 970/05, julio 13, 2005. Diario Oficial. [D.O.]: 45970 (Colombia). Obtenido el 28 de mayo de 2020. <https://tinyurl.com/y5jb3k3j>
- Ley 850/03, noviembre 18, 2003. Diario Oficial. [D.O.]: 45.376 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0850_2003.html.
- Ley 906/04, agosto 31, 2004. Diario Oficial. [D.O.]: 45.658 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html.
- Ley 136/94, junio 2, 1994. Diario Oficial. [D.O.]: 41.377 (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0136_1994.html.
- Ley 1010/06, enero 23, 2006. Diario Oficial. [D.O.]: 46.160 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html.
- Ley 1098/06, noviembre 8, 2006. Diario Oficial. [D.O.]: 46.446 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html#LIBRO%20I.
- Ley 1142/07, junio 28, 2007. Diario Oficial. [D.O.]: 46.673 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1142_2007.html.

- Ley 1150/07, julio 16, 2007. Diario Oficial. [D.O.]: 46.691 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html.
- Ley 1573/12, agosto 2, 2012. Diario Oficial. [D.O.]: 48510 (Colombia).
Obtenido el 25 de mayo de 2020. <https://tinyurl.com/y64u6xr7>.
- Ley 1609/13, enero 28, 2013. Diario Oficial. [D.O.]: 48.661 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1609_2013.html.
- Ley 1762/15, julio 6, 2015. Diario Oficial. [D.O.]: 49.565 (Colombia). Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1762_2015.html.
- Ley 1774/16, enero 6, 2016. Diario Oficial. [D.O.]: 49.747 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1774_2016.html.
- Ley 1778/16, febrero 2, 2016. Diario Oficial. [D.O.]: 49.774 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1778_2016.html.
- Ley 1828/17, enero 23, 2017. Diario Oficial. [D.O.]: 50.125 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1828_2017.html.
- Ley 1952/19, enero 28, 2019. Diario Oficial. [D.O.]: 50.850 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1952_2019.html.
- Ley 1996/19, agosto 26, 2019. Diario Oficial. [D.O.]: 51.057 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1996_2019.html.
- Ley 2014/19, diciembre 30, 2019. Diario Oficial. [D.O.]: 51.182 (Colombia).
Obtenido el 21 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2014_2019.html.

- Lousada, J (2019). Sistemas de denuncias internas (Whistleblowing) y derechos fundamentales en el trabajo. *La Ley digital, Trabajo y Derecho*, 52 (4426), 1-18. <https://tinyurl.com/yxtye987>
- Madrid, C., y Gómez, J (2019). Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Colombiano. 49(1), 1-29. <https://tinyurl.com/y4cj8cltr>.
- Manirabona, A., and Diniz, E (2016). Towards efficiency in attributing criminal liability to corporations: canadian and brazilian regimes compared. 27(1), 331-359. <https://doi.org/10.1007/s10609-016-9285-4>
- Martínez, V (2016). Análisis histórico de la responsabilidad penal corporativa. [Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. Repositorio de Datos de Investigación UAM. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/675115>
- Mendoza, J (2018). Legal Compliance: El Manual de Prevención de Riesgos Penales. [Tesis de Master, Universidad Pública de Navarra]. Repositorio Institucional. <https://tinyurl.com/y4k68zm2>
- Merton, R (1986). Social Structure and Anomie. En *CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y CRÍTICA DEL DERECHO PENAL: Introducción a la sociología jurídico-penal*, de ALESSANDRO BARATTA, 64. Argentina: Siglo XXI Editores Argentina S.A.
- Mir Puig, Santiago, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín, Juan Carlos Hortal Ibarra, y Vicente Valiente Ivañez (2018). Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programa de prevención, detención y reacción penal. Argentina: IBdeF Montevideo - Buenos Aires.
- Morales, M (2018). Los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en el delito corporativo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 19 (1), 327-368. <https://search-proquest-com.ezproxy.usal.es/criminaljusticeperiodicals/docview/2310262068/fulltextPDF/3E16B92CACBB4D40PQ/1?accountid=17252>

- Neira Pena, Ana María (2016). La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. *Política criminal*, 11(22), 467-520. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>
- Norma Española 19600/15, abril, 15, 2015. Sistemas de gestión de compliance. Asociación Española de Normalización y Certificación (España). Obtenida el 15 de enero de 2020. <https://tinyurl.com/y9etqhps>
- Norma Española 19601/17, mayo, 17, 2017. Asociación Española de Normalización (España). Obtenida el 30 de enero de 2020. https://portal-aenormas-aenor-com.ezproxy.usal.es/aenor/Suscripciones/Personal/desc_gen.asp?producto=019601NUNE100&IdiomaPdf=ES
- Norma Española 19602/19, febrero, 27, 2019. Asociación Española de Normalización (España). Obtenida el 18 de enero de 2020. https://portal-aenormas-aenor-com.ezproxy.usal.es/aenor/Suscripciones/Personal/desc_gen.asp?producto=019602NUNE100&IdiomaPdf=ES
- Norma Española UNE-ISO:31000/18, marzo, 28, 2018. Asociación Española de Normalización (España). Obtenida el 23 de enero de 2020. <https://tinyurl.com/y5racdd8>
- Nieto, A (2013). Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*, 8120 (3283), 1-25. <https://bit.ly/3aSO6kj>
- Nieto, A (2013). La privatización de la lucha contra la corrupción. En A. Zapatero y A. Nieto (Ed.) *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance* (1era ed., pp. 191-210). Tirant Lo Blanch.
- Ontiveros, M (2015). ¿Para qué sirve el Compliance en materia Penal?. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 4032, 139 - 154. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/14.pdf>
- Ontiveros, M (2019). Delincuencia organizada Corporativa: Su prevención mediante el Criminal Compliance. *Revista Do Ministerio Público do Estado de Goiás*. 27, 33 - 58. https://issuu.com/esmpgo/docs/2artigoontiveros_layout_1

- Organización para la Economía Cooperación y Desarrollo OECD (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264202436-es>
- Puñal, L (2018). Whistleblowing y Transparencia en el Sector Privado de Alemania. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 27, 203-219. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6543301>
- Ramírez, P. 2018. Responsabilidad Penal Corporativa y Compliance. Un nuevo marco regulatorio de ética, gobernanza y control de los riesgos de las empresas. *Revista paradigma*. 27, 47 a 80. <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1346>
- Rayón, M (2018). Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. LI(1), 197-22. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6332784.pdf>
- Robert, A (1985). Teoría de los derechos fundamentales. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390>.
- Ruiz, S (2020). El compliance penal como deber específico de contención de riesgos delictivos para las personas jurídicas: criterios de atribución de responsabilidad penal a los administradores de sociedades mercantiles por infracción del deber de control. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 57(1), 1-41. <https://tinyurl.com/y2dn9bux>
- Sánchez, J (2012). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En G. Hernández (Eds.), *Cuadernos del Tomás* (4ta Ed., pp. 121-156). e-Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4018439.pdf>
- Sánchez, J. y Fernández, R (2013). Criminalidad de empresa y compliance prevención y reacciones corporativas. <https://www.atelierlibros.es/static/pdf/8415690184.pdf>.
- Sánchez, S (2015). Los programas de cumplimiento o compliance programs en Colombia: ¿una amenaza para la plena garantía de los derechos constitucionales? [Tesis de grado, Universidad Externado de

- Colombia]. Repositorio Institucional. <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/1638>
- Sieber, U (2013). Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En L. Arroyo, y A. Nieto (Eds.), *El Derecho Penal Económico en la Era del Compliance* (pp. 45-75). Editorial Tirant lo Blanch.
- Spagnolo, Qoc, Bigoni, Fridolfsson (2011). Trust, Salience and Deterrence: Evidence from an Antitrust Experiment, en IFN Working Paper. n.º 859. <http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp859.pdf>.
- Tapia, A (2019). Protección de los denunciantes («whistleblowers») de infracciones de la regulación de los servicios financieros en la Unión Europea. Análisis panorámico de la Directiva (UE) 2019/1937. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 25 (15564), 1-11. <https://bit.ly/38Qf4b1>
- Tribunal Supremo [T.S], Sala de lo Penal, febrero 19, 2016. M.P: J. Maza, Sentencia 154-2016. España. Obtenido el 19 de febrero de 2016. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>
- Urbina, Í., y Chiesa, G (2019). Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE.UU. Gómez, J., y Madrid, C (Ed). *Tratado Sobre Compliance Penal* (1ra ed., pp.1-30). <https://tinyurl.com/y8jxhanj>
- Vallés, R (2006). ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 3, 1-19. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2030885>
- Villacorta, M (2018). Incógnitas E Incertidumbres En El Diseño De Los Programas De ‘Compliance’. *Revista De Derecho Penal Contemporáneo*, 63(1), 27-62. https://ugc.elogim.com:2424/visor/rpenal/rpenal_bf1c060026f0dd14fbbba9a64a95e95553anf9
- Villegas, M (2016). “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”. Editorial Pamplona, España: Thomson Reuters/Aranzadi.

- Villegas, M (2015). Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América. [Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. Repositorio de la Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>
- Zugaldía, J (2013). La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Tirant lo Blanch.
- Zúñiga, Gorjón, Fernández, Díaz (2012). Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos. Salamanca, España: Ratio Legis Librería Jurídica.
- Zúñiga, L (2012). Responsabilidad penal de las empresas Experiencias adquiridas y desafíos futuros. En N. Queloz, M. Niggli, y C. Riedo (Ed.), *Droit pénal et diversités culturelles*. Schulthess Editions romandes Genève – Zurich – Bâle.
- Zúñiga, L (2013). Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal. Lima, Perú: Juristas Editores.
- Zúñiga, L (2018). Corrupción y la categoría “Delito de cuello blanco”: Cuando los delitos se cometen en contextos normalizados. *Revista Ius Et Veritas*. 57, 162 - 169. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20745>



Se terminó de editar este libro Digital en Marzo de
2026 en los talleres de Editorial Jotamar S.A.S.
Tunja, Boyacá, Colombia.

La presente investigación aborda principios básicos que permiten entender desde el origen, evolución y consolidación, no solo del concepto de compliance programs, sino de sus diversas necesidades y estructuras.

Así mismo, se realiza el estudio de herramientas que permiten llegar a comprender su necesaria implementación. Sin embargo, no solo requiere del entendimiento y análisis a fondo de estos nuevos programas, en la lucha contra la corrupción, sino que se pretende, como se muestra a lo largo de todo este trabajo, la vinculación y compromiso de todos los que hacemos parte de este gran conglomerado llamado Colombia, al igual que, de la colaboración armónica de los diversos actores, mediante el fortalecimiento de políticas y construcción normativa requeridas, que permitan colocar en funcionamiento tan importante sistema preventivo.

De igual forma, la labor institucional debe estar encaminada a la consolidación de estas nuevas herramientas, que permitan desempeñar de la mejor manera la actividad empresarial y a la vez estructurar instrumentos de prevención y regulación. Los caminos están abiertos y del análisis de la legislación interna, se muestra como claro que ya se han aperturado las primeras puertas que nos llevarán a acudir, a los compliance programs como elemento indispensable en la lucha contra la corrupción. Finalmente, se deja al descubierto los pilares ineludibles para emprender este nuevo camino, que está arrojando resultados muy positivos al momento de establecer la responsabilidad jurídica empresarial.

