

EL COMPLIANCE Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA

Compliance and criminal liability of legal persons in Colombia

Francisco Bernate Ochoa³².

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2018

Sumario: 1. Introducción; 2. Compliance. Concepto, modelos y su relación con la sistemática del delito: Compliance. Concepto y modelos; 3. Compliance y estructura del delito; 4. Regulación colombiana en punto del compliance; 5. Normas internacionales; 6. Normas nacionales: Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; 7. Segundo Estatuto Anticorrupción, 8. Ley anti soborno transnacional y nacional; 9. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Colombia. Un modelo de autorresponsabilidad; 10. Conclusiones; 11. Referencias Bibliográficas.

³² Profesor titular del Área de Derecho Penal de la Universidad del Rosario. <https://orcid.org/0000-0003-1619-3188>. E-mail: fberate@gmail.com

COMO SE CITA ESTE ARTÍCULO (APA 6)

BERNATE Ochoa, Francisco (2018). El Compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Vol. X N^o. 20, pág. 31-49

RESUMEN

Transcurridos ya varios años desde la adopción de una nueva carta política, hay diferentes aspectos que hacen necesario plantear nuevos espacios de intervención del derecho penal en aras de tutelar el orden económico y social, en procura de permitir el que las autoridades cumplan su cometido de garantizar la vida, honra y bienes de los ciudadanos (constitución política, 1991, art. 2), así como la justa distribución de la riqueza entre todos quienes habitan el territorio nacional como manera de permitir el desarrollo de todos los individuos en el marco del estado social de derecho (constitución política, 1991, art. 334).

Palabras Claves

Compliance, responsabilidad penal, persona jurídica, delito.

ABSTRACT

Many years after the adoption of the new constitutional charter, different issues rise the necessity of extend the possibilities for criminal law of safeguarding the economic and social order, so that institutions can comply with their purpose of protecting citizens' life, honor and assets (constitutional charter , 1991, article 2), as well as ensuring an equal distribution of wealth among those who live inside national boundaries in order everybody to improve his/her own personal wellness in the welfare state system (constitutional charter , 1991, article 334).

Key Worlds

Compliance, criminal liability, legal person, crime.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la adopción del modelo intervencionista de Estado, la organización estatal pasó de ser un mero observador de los procesos económicos intentando participar de los mismos en la menor medida posible, a un Estado activo dentro de los mismos, principalmente por la vía de la supervisión y regulación, la reserva de ciertos procesos que solamente podrían ser desarrollados por el ente estatal y posteriormente, tomando un papel activo en ellos, como un agente más de la actividad económica y financiera, interactuando con los particulares en la distribución, comercialización y producción de bienes o servicios.

Así, tras la férrea época de la regeneración que se presentó en nuestro país a finales del Siglo XIX, a partir de la segunda década del Siglo XX el modelo económico colombiano cambió, al crearse un modelo intervencionista, en el que el Estado, por la vía de nuevas entidades como el Banco de la República o las Superintendencias regulaba directamente la actividad económica y establecía monopolios rentísticos respecto de la producción y comercialización de bienes y servicios. (Ley N° 25, 1923)

Bajo este modelo, aparecen las primeras formas de delito económico en nuestro medio³³, mismas que pretenden tutelar el proceso de intervención estatal en la economía, lo que se conoce como orden económico en sentido estricto, como sucede, por ejemplo con el ejercicio ilícito de monopolio de arbitrio rentístico (Constitución Política, 1991, art 336.6). Entre otros.

La Constitución de 1991 establece un modelo económico intermedio, entre el estímulo a la iniciativa privada y la intervención estatal. Así, dentro del ordenamiento constitucional colombiano encontramos que el modelo se encuentra basado en la economía de mercado (Constitución Política, 1991, art. 333.2), en la que se tutela la propiedad privada como un derecho fundamental de todos los colombianos, asignándole una función social y ecológica (Constitución Política, 1991, art. 58), se fomentan las agremiaciones particulares por la vía de la libertad de asociación (Constitución Política, 1991, art. 38), y se establece la libre competencia (Constitución Política, 1991, arts. 88 y 333.2), de manera que estos tres valores fundamentales, libertad de empresa, libre competencia y propiedad privada, constituyen los cimientos sobre los cuales se construye el modelo económico colombiano. A su vez, el Estado cuenta con la dirección de la economía (Constitución Política, 1991, art. 334) en procura de “conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Por lo anterior, el Estado interviene de manera activa en los procesos económicos, por la vía de la inspección vigilancia y control en

³³ Así, en el CP colombiano de 1936, aparecen los *Delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio* tales como la destrucción de materias primas (Art. 276), la alteración de productos agrícolas o industriales (Art 277) la difusión de noticias falsas (Art. 279) la revelación de secretos industriales (art. 280), entre otras.

cabeza del ejecutivo (Constitución Política, 1991, art. 189), la creación de monopolios de arbitrio rentístico (Constitución Política, 1991, art. 336) y su participación activa como agente económico en diferentes escenarios. De especial interés resulta el que las actividades financiera, bursátil y aseguradora tengan un carácter de interés público (Constitución Política, 1991, art. 150).

En este escenario se encuentra plenamente justificada la aparición del orden económico como bien jurídico penal, ya no desde lo estricto, sino una visión amplia del mismo, en la que lo que se tutela es el proceso de producción, distribución o transformación de bienes y servicios, siempre que haya una afectación patrimonial, como sucede, por ejemplo, con el delito de administración desleal, un clásico delito económico en sentido amplio.

Los nuevos escenarios que han de generar un nuevo dimensionamiento del papel que ha de cumplir el Derecho Penal Económico dentro de nuestro Estado, son los siguientes:

- Lo primero, es la sofisticación de las actividades financieras y bursátiles, espacios en los que la capacidad regulatoria del Estado ha tenido que ceder, para permitir que sean los propios agentes del mercado los que fijen las reglas que de manera imperativa han de observarse al interior de estos sectores que se consideran tienen un interés público especial.
- Lo segundo, es la demostrada incapacidad del Estado para vigilar e inspeccionar de manera efectiva la actividad económica, especialmente en los ámbitos societarios, financieros y bursátiles. La tutela de los accionistas, asociados e inversionistas supone una actuación pronta y efectiva por parte del Estado, misma que muy pocas veces se ha presentado dadas las dificultades técnicas, logísticas y de capacidad real para llevar a cabo una inspección o vigilancia efectiva.
- Lo tercero es la decidida incursión de Colombia en los escenarios económicos internacionales, hecho que ha supuesto la necesaria adopción de instrumentos y tratados que exigen la implementación de procesos no solamente reactivos frente a fenómenos como la corrupción pública y privada, o el lavado de activos, sino también preventivos de este tipo de sucesos.

Lo cuarto, es el establecimiento en el derecho colombiano de mecanismos de responsabilidad de administradores y directivos, así como de tutela a los inversionistas y asociados minoritarios, en escenarios como el *corporate governance*, o las políticas de transparencia en la información frente a todos los asociados (Ley N°.222, 1995; Ley N° 446,1996; Ley N° 1228, 2008; Decreto N°2552010).

Estos cuatro elementos han supuesto un importante cambio en la normatividad económica, comercial y administrativa entre nosotros, pues en estos escenarios se han implementado obligaciones en cabeza de los administradores de sociedades relacionadas con la implementación de mecanismos de prevención de hechos delictivos, mismos que, de no implementarse dan lugar a consecuencias de tipo económico como multas, o administrativas, como la remoción de administradores, por ejemplo.

El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho tiene el carácter de *última ratio*, lo que significa que solamente será legítimo acudir al mismo ante la defraudación de expectativas normativas que supongan un cuestionamiento racional del modelo establecido en aras de reforzar la confianza en el mismo, siempre que no exista otro mecanismo idóneo en procura de estabilizar la confianza en las normas.

Como consecuencia de ello, la adopción de consecuencias penales por la no implementación de mecanismos de prevención de hechos delictivos al interior de las sociedades es un suceso relativamente reciente entre nosotros, que se presenta desde finales del siglo pasado y que, a medida que avanza el tiempo y se consolidan los procesos económicos y financieros, se va robusteciendo.

En el presente escrito, mostramos dos categorías, como son, primero, lo que significa el *Compliance*, sus desarrollos al interior del derecho penal como ciencia y en la legislación en nuestro país, como una manera de describir el fenómeno y plantear las complejidades y dificultades que su implementación entre nosotros ha atravesado y puede atravesar a futuro. Se trata de un trabajo descriptivo, en el que la tesis a defender es la de que el mantenimiento del orden económico y social, como imperativo constitucional en procura del cumplimiento de los fines del Estado, en tiempos de suma complejidad en el orden financiero y económico ha supuesto nuevos escenarios de aplicación del derecho penal, que ahora no solamente tiene un carácter reactivo frente a hechos consumados sino también un rol preventivo de hechos en espacios especialmente sensibles para el orden económico. Estos nuevos escenarios son percibidos por el sistema penal como una irritación, misma que genera un movimiento intrasistémico para adaptarse a esta necesidad del entorno, modificando algunas de sus estructuras, y generando cambios en sus propios cimientos.

En segundo lugar, de una forma propositiva, nos referimos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Colombiano, señalando que, en nuestro criterio, a partir de la adopción normativa de los programas de cumplimiento normativo, existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas, misma que, en atención al modelo constitucional, debe ser

respetuosa del principio de culpabilidad, por lo que se trata de un sistema de autorresponsabilidad.

2. *Compliance*. Concepto, modelos y su relación con la sistemática del delito: *Compliance*.

Concepto y modelos

Compliance, en su estricto sentido literal significa cumplimiento. En materia jurídico penal, y para los efectos del presente escrito, entendemos por *Compliance* el cumplimiento de la normatividad administrativa, financiera, y comercial específica por parte de un agente económico en procura de prevenir la comisión de hechos delictivos con ocasión de su participación en los procesos económicos. La cuestión nuclear para los efectos de la discusión penal es el establecimiento de consecuencias penales por la no implementación de mecanismos de prevención de hechos delictivos, misma que ha generado en el derecho comparado, en un primer escenario, consecuencias punitivas para los encargados de su implementación, y, en un segundo momento, la justificación teórica ideal para la responsabilidad penal de los entes colectivos.

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).

Así, mientras el primer modelo busca la formación en el respeto a la legalidad y los valores, el segundo apostaría más por medidas de control como el acceso a los correos electrónicos, el acceso a la internet, la video vigilancia, entre otros.

La adopción de uno u otro modelo, determinará la manera en que se ejecutarán estos programas de control, en aspectos como los canales de denuncia (*whistleblowing*), pues mientras los modelos orientados a los valores fortalecen la confidencialidad, aquellos orientados hacia el control acudirán al anonimato del denunciante. En efecto, mientras en los modelos orientados en la cultura de la legalidad permiten que quien realiza una denuncia lo haga con el pleno entendimiento de las consecuencias de su acto, y se muestran respetuosos de las garantías de quien resulta señalado, los modelos del control buscan obtener la mayor cantidad de información de sus funcionarios permitiendo que respecto de ellos se hagan quejas anónimas, sin que se construya la cultura de la responsabilidad de quien realiza este tipo de denuncias.

En punto del diseño de políticas disciplinarias, los sistemas orientados al fomento de la cultura de la legalidad conciben las sanciones como la *última ratio*, mismas que se imponen tras un proceso con plenas garantías, dando segundas oportunidades al trasgresor. En los sistemas orientados al control, las sanciones tienden a ser más fuertes, niegan segundas oportunidades al funcionario y se reducen las garantías dentro de los procedimientos internos.

Consideramos que el sistema correcto es aquel que entiende la función del *compliance* como un elemento más de la ética empresarial, de manera que a través del establecimiento de normas de comportamiento en punto de los intereses que se han de proteger para mantener a salvo el patrimonio corporativo, se busca que los miembros de la Compañía interioricen los valores éticos y los principios legales, de manera que ajusten su comportamiento a los mismos, no por el temor de una sanción, sino por una real convicción respecto a lo que ha de ser su diaria actuación. Así mismo, el modelo del *stakeholder democracy* entendemos es el correcto por cuanto establece un procedimiento que se compadece con la dignidad de la persona permitiendo su desarrollo personal al interior del ente económico.

3. Compliance y estructura del delito

En cuanto a la situación teórica del derecho penal respecto del *Compliance*, encontramos que la evolución de la moderna teoría del delito permite la adopción de este tipo de medidas sin mayores dificultades, como pasamos a argumentar.

La visión tradicional del derecho penal edifica todas las categorías a partir de elementos ontológicos, de manera que aspectos como la autoría, el concepto de conducta, tipicidad o antijuridicidad cuentan con elementos usualmente tomados de otras ciencias. Por el contrario, la moderna visión del derecho penal, parte de entender el problema del delito no desde la óptica ontológica, sino a partir de conceptos valorativos, tomados no desde fuera del sistema del derecho penal, sino desde su interior.

Así, el derecho como parte del sistema jurídico es un elemento que refuerza la tutela de expectativas normativas, mismas que han sido defraudadas por una persona, a través de la comisión de un delito, no entendido como la producción de un determinado resultado, sino desde el plano comunicativo como la defraudación de aquello que se esperaba que realizara en una situación determinada. En este nuevo escenario, el individuo es portador de una serie de expectativas, mismas cuya observancia resulta necesaria para el desarrollo de la sociedad, y es su defraudación lo que constituye en suceso ante el cual reacciona el sistema normativo, y el sistema jurídico penal de manera específica si la defraudación tiene el carácter normativo de un delito.

Dentro de la moderna sistemática del derecho penal, la persona es vista entonces como portador de una serie de expectativas, unas que serán comunes a todos los ciudadanos, y otras que se adquieren en virtud de un rol específico que desempeña dentro de la organización social su portador. Las primeras, se relacionan con los denominados deberes de competencia por organización, y las segundas, con los deberes de competencia por institución. Así las cosas, el delito es la inobservancia de un determinado deber, cuyo contenido habrá de determinarse según el rol que ostenta quien lo ha cometido y lo que de él se esperaba en una situación determinada.

De una parte, todo ciudadano tiene unos deberes por el solo hecho de participar en la interacción social, hecho del que recibe beneficios, como el poderse movilizar en libertad, las garantías ciudadanas, la posibilidad de acceder a los diferentes canales de comunicación entre personas, entre otros. Estos beneficios suponen unos correlativos deberes, como lo son el de configurar su propio mundo de manera que no afecte la esfera de actuación ajena, emprender deberes de salvamento cuando ha afectado otra esfera de actuación, y neutralizar aquellos eventos en los que por un acto suyo particular ha puesto en peligro a otra persona. Estos son los denominados deberes de competencia por organización. Si el individuo se beneficia de vivir en una sociedad, está obligado a tomar todas las medidas para evitar que de su actuación resulten afectadas otras personas en su libertad de actuar, de manera que todo se resume al viejo apotegma de no dañar a otro.

Así pues, que encontramos dentro del deber de competencia por organización tres deberes específicos, a saber:

- *Deberes de aseguramiento en el tráfico.* Se relacionan con la propia configuración del mundo de manera en la actuación de la persona no resulten lesionadas otras esferas de actuación.
- *Deberes de salvamento.* Cuando se ha producido un evento lesivo para un tercero, es deber del individuo desplegar lo necesario para evitar que este peligro se incremente.
- *Deberes derivados de la injerencia.* Cuando se ha puesto en peligro a otra persona, el deber es evitar que ese peligro se materialice en la lesión de sus derechos.

Pero el ordenamiento jurídico no solamente impone prohibiciones dirigidas a la totalidad de los ciudadanos, sino que en algunos eventos establece deberes específicos en determinadas personas, mismos que no se limitan a la observancia del deber general de no dañar a otro, sino que van más allá, al generar obligaciones específicas en cabeza de quienes ostentan un rol del cual depende un tercero, como lo hace respecto de los padres de familia, los médicos que asumen el tratamiento de un paciente, entre otros, quienes no solamente han de observar el deber genérico de no dañar a otro, sino que habrán de adoptar todas las medidas necesarias para

mantener indemne esa institución. Estos son los denominados *deberes por institución*, cuyo contenido no es solamente negativo (no dañar a otro) sino también positivo, (evitar la lesión de quien depende de mí).

Creemos que este sustento teórico del moderno derecho penal nos permite comprender y asimilar el modelo del *Compliance*, y explicarlo de manera satisfactoria.

Así las cosas, quien interviene en el sistema jurídico tienen el deber de configurar su propio mundo de manera que no cause daño a otros en su interacción. En materia de derecho penal económico, encontramos entonces que el agente en el circuito económico ha de configurarse internamente de una manera tal que no incurra en conductas consideradas como delictivas, y, adicionalmente, en ciertos escenarios del orden económico ha de tomar medidas efectivas a fin de evitar que sea empleado por terceros para la comisión en ciertos escenarios en los que no basta con la propia organización sino que han de tomarse medidas activas.

En tanto que gracias al modelo del *compliance* ha sido posible obtener una respuesta satisfactoria para la responsabilidad de los entes colectivos, encontramos diversas posibilidades teóricas, entre las que podemos mencionar aquella que entiende el defecto en la organización como una complicidad en el hecho del agente, y la que entiende que este es un problema de culpabilidad, pues cuando el agente se ha estructurado internamente de manera que permita la prevención del fraude se muestra como fiel al derecho. La realidad es que este asunto configura el injusto en este tipo de responsabilidad, pues forma parte de las expectativas de conducta de quien interactúa en el tráfico económico el que se configure de una manera tal que su estructura no facilite la comisión de delitos, de suerte que, si no existe esa forma de organización interna, se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, mismo que se realiza en el resultado cuando un tercero se aprovecha de este déficit de organización.

Si se observan los delitos que se relacionan con el *compliance* (Constitución Política, 1991, arts. 325; 325A y 325B), encontramos que se trata –como todos los delitos económicos- de infracciones de peligro, y, en muchos casos de mera actividad, por la vía de la omisión propia, de manera que, en este tipo de reatos, el injusto se verifica con la sola creación del riesgo, consistente en una indebida configuración del propio ámbito de actuación, o lo que es lo mismo, la infracción de deberes específicos de aseguramiento en el tráfico.

4. Regulación colombiana en punto del *compliance*

En este apartado, nos ocupamos de la regulación colombiana en lo que tiene que ver con el *compliance*, incluyendo normas nacionales e internacionales al respecto, para posteriormente realizar algunos comentarios a la misma.

5. Normas internacionales

Encontramos dos normas puntuales que establecen este tipo de obligaciones, ambas aplicables en Colombia.

- Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y soborno en las transacciones comerciales internacionales (1997). Ley 970 de 2005. Establece el deber de contar con códigos de conducta en el sector privado.
- Convención Interamericana Contra la Corrupción. Ley 412 de 1997.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Ley 800 de 2003.
- Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores en transacciones comerciales internacionales de (1997). Ley 1573 de 2012. Establece el deber de contar con códigos de conducta en el sector privado.

6. Normas nacionales: Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

El primer antecedente de una norma específica de *compliance* con efectos penales, aparece en la legislación sobre lavado de activos, específicamente en los artículos 102 y siguientes del EOSF, que señala

Las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas. (Office of Foreign Assets Control, art 102)

Esta norma se refuerza con el delito de omisión de control, contenido en el artículo 325 de nuestro actual Código Penal, que establece

El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley N° 1357, 2009, art 324)

De manera que, las primeras formas de *compliance* entre nosotros aparecen en el ámbito de los delitos económicos, puntualmente en lo que tiene que ver con el lavado de activos. En este

escenario, es obligación de las entidades financieras o cooperativas disponer los mecanismos contenidos en los artículos 102 y siguientes del EOSF para prevenir estos delitos.

7. Segundo Estatuto Anticorrupción

Donde más se desarrolló el tema del *compliance* entre nosotros, fue con la reciente Ley 1471 de 2011, conocido como Estatuto Anticorrupción. Allí, encontramos dos apartados de interés para la presente exposición.

En primer lugar, se establece un régimen específico de prevención de la corrupción en el sector de la salud. En este escenario, encontramos una obligación a todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud de adoptar modelos de *compliance*, acompañada de una sanción penal por su inobservancia.

Al respecto, el artículo 11 de esta normatividad indica que,

Las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que se generen fraudes en el sistema de seguridad social en salud [...] esas instituciones en cuanto les sean aplicables adoptarán mecanismos y reglas de conducta que deberán observar sus representantes legales, directores, administradores y funcionarios. (Ley N°1474, 2011)

Posteriormente, encontramos el refuerzo penal de esta disposición cuando se crea el delito de omisión de control en el sector de la salud:

Empleado o director de una entidad vigilada por la Superintendencia de Salud, que con el fin de ocultar o encubrir un acto de corrupción, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud. (Ley N° 1474, 2011)

Hasta este punto, encontramos normas específicas de *compliance* en dos escenarios, que son el lavado de activos y la corrupción en el sector salud. Estas dos normas, se caracterizan no solamente por establecer un deber de conformidad con el ordenamiento jurídico, sino por cuanto las mismas trazan los lineamientos básicos que deben incluirse en las reglamentaciones internas de las entidades obligadas. Recientemente, se expidió una normatividad específica sobre cumplimiento normativo para los asuntos de soborno transnacional y nacional, sobre la que nos ocupamos a continuación.

8. Ley anti soborno transnacional y nacional

La Ley 1778 de 2016, establece disposiciones de cumplimiento normativo en materia de soborno transnacional y nacional. Dispone esta legislación:

Artículo 23. Programas de ética empresarial. La Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia la adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y de mecanismos de prevención de las conductas señaladas en el artículo 2º de la presente ley.

La Superintendencia determinará las personas jurídicas sujetas a este régimen, teniendo en cuenta criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social. (Ley N°1774, 2016)

Esta misma normatividad establece (art. 2º) la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y las sanciones contra los entes colectivos (art. 5º) y en desarrollo de la misma, la Superintendencia de Sociedades expidió, mediante la Circular Externa 100-000003 del 26 de Julio de 2016, el Sistema de Gestión de Riesgos, por medio de la cual se expide la “Guía destinada a poner en marcha programas de cumplimiento para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2º de la Ley 1778 de 2016”.

9. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Colombia. Un modelo de autorresponsabilidad

El gran aporte de los sistemas de cumplimiento normativo es la posibilidad de estructurar un modelo autónomo de responsabilidad de los entes colectivos, superando las tradicionales dificultades teóricas y dogmáticas para aceptarla. La cuestión a resolver, en este último apartado, es si en Colombia existe o no la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pregunta que, en nuestro criterio, debe responderse de forma afirmativa.

Al respecto, encontramos que el artículo 34 de la Ley 1774 de 2011, Estatuto Anticorrupción indica que

Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente. (Ley N°1774, 2011)

Las medidas a que hace referencia este artículo se relacionan con la suspensión de la personería jurídica o el cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público (Código Procedimiento Penal, 2004, art. 91), consecuencias de tipo administrativo que se imponen dentro del proceso penal.

La primera pregunta que ha de evacuarse en este punto, es si Colombia acoge un modelo mixto en materia de responsabilidad penal de los entes colectivos, en el que se imponen consecuencias administrativas dentro del proceso penal, lo cual, permitiría (i) señalar que en Colombia no existe, como tal, una responsabilidad penal de las personas jurídicas, y (ii) permitir que estas consecuencias se impongan de manera objetiva.

En nuestro criterio, las precitadas disposiciones internacionales y nacionales que establecen el deber de contar con sistemas de cumplimiento normativo, permiten afirmar que en Colombia si existe una responsabilidad penal de las personas jurídicas, misma que es, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional, autónoma respecto de aquella de las personas naturales que la conforman (Corte Constitucional, C-320, 1998). De manera que, en nuestro criterio en la actualidad si es posible afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando se establecen consecuencias sancionatorias para aquellos eventos en que el ente colectivo ha sido destinado, total o parcialmente, para la comisión de delitos o, cuando la sociedad se haya podido beneficiar de un acto de corrupción.

La segunda cuestión, derivada de la anterior, es determinar si cuando nuestra legislación establece que se podrán imponer sanciones a las personas jurídicas cuando se han destinado total o parcialmente a la comisión de delitos, o cuando se hayan podido beneficiar de un acto de corrupción, se establece un régimen de responsabilidad objetiva –por la vía de la responsabilidad vicarial- o uno respetuoso del principio de culpabilidad –modelo de autorresponsabilidad-. Si hemos señalado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas existe en Colombia, apenas natural resulta afirmar un modelo de autorresponsabilidad respetuoso del principio de culpabilidad.

La precitada disposición que establece las sanciones para los entes colectivos dentro del proceso penal, permite dos lecturas, a saber, una primera, que podría indicarnos que estas sanciones se imponen por el solo hecho de que un representante legal o administrador cometa un delito contra la Administración Pública o el patrimonio público procurando un beneficio para la sociedad, de manera que estamos frente a un modelo vicarial y de responsabilidad objetiva (Corte Constitucional, C-699, 2015). Sin embargo, esto supondría una responsabilidad objetiva para el ente colectivo, misma que está proscrita en materia penal (Corte Constitucional, 1991, art. 12), por lo que, en una segunda lectura, este principio tutelar del Derecho Penal en Colombia también debe aplicarse a los entes colectivos, de manera que no sería viable un modelo de responsabilidad vicarial entre nosotros, siendo necesario afirmar un sistema de autorresponsabilidad.

Al respecto, encontramos que, en nuestro criterio, para que estas medidas puedan aplicarse es necesario establecer que la persona jurídica ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado,

puntualmente, que ha defraudado su deber de aseguramiento en el tráfico, en el evento en que una deficiente organización societaria permitió la comisión del delito por parte de su representante legal. Por el contrario, cuando se establezca que existe un correcto aseguramiento en el tráfico en el ente societario, el delito cometido por el representante es un hecho individual, que no tiene por qué generarle consecuencias a la persona jurídica, ajena a la situación y que tomó todas las medidas necesarias para evitar el suceso.

En otras palabras, no puede generarse responsabilidad alguna, ya sea penal o administrativa para quien se ha mantenido dentro del riesgo permitido, configurando de manera correcta su propio ámbito de acción.

Por otra parte, el radio de acción de la disposición es relativamente específico, en tanto que reduce la posibilidad de aplicar esta sanción a quienes cometan delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público. En cuanto a las empresas que podrían cometer delitos contra la administración pública, encontramos aquellas que administran recursos parafiscales (art. 338 CN y 20 CP), aquellas que cumplen funciones públicas de manera permanente o transitoria (art. 20 CP), y aquellas que intervienen en los contratos estatales en condición de interventores, contratistas o asesores, mismos que, para efectos penales se tienen como servidores públicos (Arts. 53 y ss L. 80/1993) (Corte Constitucional, C-593, 1998).

En cuanto a las sociedades que puedan afectar el patrimonio público, el espectro es mucho más amplio, abarcando prácticamente a todas las sociedades comerciales, en tanto que casi todas, por los actos que realizan ostentan la condición de agentes retenedores o autorretenedores (arts. 20 y 402, CP art. 368 ET).

De manera que, de conformidad con la normatividad vigente en nuestro país, el deber de establecer un *compliance* es aplicable no solamente cuando la Ley señala la obligación de manera específica asignando consecuencias penales, como sucede en el caso de quienes están vigilados por la Superintendencia Nacional de Salud, o por la Superintendencia Financiera, evento en el que la inobservancia de estos deberes de aseguramiento en el tráfico genera ya un delito para sus representantes legales, sino para toda sociedad comercial, evento en el que las consecuencias son administrativas, pero, se toman dentro de un proceso penal.

Como lo señaló en su momento la Corte Constitucional, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas supone la existencia de un procedimiento propio (Corte Constitucional, C-843, 1999), asunto en el que encontramos lo siguiente. Primero, es claro que en el CPP se establece una medida cautelar para los entes colectivos *en cualquier momento de la actuación* cuando se ordena la suspensión de la personería jurídica y una sanción, que serían el carácter

definitivo de estas medidas al momento de la sentencia. En nuestro criterio, segundo, las medidas cautelares para las personas jurídicas habrán de atender los mismos criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad que para las personas naturales, y, tercero, se hace necesario que la persona jurídica pueda ejercer sus derechos fundamentales (Corte Constitucional, C-462, 1997), a la defensa, al debido proceso y a la culpabilidad, o responsabilidad por el hecho propio, de manera que habrá de estar debidamente representada dentro de la actuación, y no es viable, tercero, por todo lo expuesto, sancionarla o imponerle una medida cautelar sin agotarle su derecho al debido proceso.

10. CONCLUSIONES

El orden económico contenido en nuestra Constitución Nacional establece, de una parte, la libertad económica de los particulares quienes tendrán derecho a la libertad de empresa, libre competencia y propiedad privada. Esta libertad económica para los particulares, se complementa, a efectos de integrar el orden económico y social, con una intervención del Estado en la economía, en procura de obtener la realización de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho.

El desarrollo económico, marcado por la proliferación de iniciativas particulares, y la sofisticación de las estructuras financieras ha supuesto una dificultad real para el Estado de vigilar y controlar todos los procesos económicos. Frente a esta situación, se han delegado competencias normativas, inicialmente reservadas para el ente estatal, en cabeza de particulares, a quienes, en cumplimiento de lo establecido por instrumentos internacionales, se les ha generado la obligación de configurarse internamente de manera tal que los entes colectivos y los diferentes agentes económicos no sean instrumentalizados para la comisión de delitos que afecten ese orden económico, como sucede con el lavado de activos o la corrupción.

En este escenario surge el *compliance*, entendido como conformidad, como cumplimiento de las disposiciones administrativas, comerciales, etc., para prevenir que los agentes económicos sean empleados para la comisión de delitos. Inicialmente, la inobservancia del *compliance* genera consecuencias exclusivamente administrativas, mismas que pronto fueron reforzadas con la creación de normas penales para quienes no configuren de manera correcta su organización para prevenir la comisión de delitos.

Las normas penales que sirven de refuerzo al *compliance* se presentan como delitos de omisión propia, en el que el contenido del injusto se relaciona con la no aplicación de mecanismos administrativos preestablecidos normativamente para prevenir ciertos hechos delictivos. Dentro de la teoría del delito, esto se explica cómo típicos deberes de aseguramiento en el tráfico, en los que el contenido de la imputación a la conducta se relaciona con la no configuración del propio

radio de actuación a fin de evitar que terceros –en este caso el orden económico- no resulte afectado.

Así las cosas, dentro de nuestro sistema legal, la obligación de quienes interactúan en el tráfico económico, es la de contar con una propia configuración que evite la afectación del orden económico. El incumplimiento de este deber, genera consecuencias penales en tratándose de entidades vigiladas por las Superintendencias Financiera y de Salud.

Sin embargo, creemos que nuestra legislación, como se encuentra plantea serias dificultades desde lo estrictamente teórico, y esta situación genera una merma en los derechos fundamentales de los entes colectivos. En efecto, como pudo apreciarse, la responsabilidad penal por los delitos de *compliance* suele recaer en representantes legales, administradores, funcionarios encargados, etc., cuando quien ha incumplido sus deberes de aseguramiento en el tráfico es la persona jurídica, el ente colectivo. En efecto, nótese que mientras las disposiciones que crean deberes de *compliance* con efectos penales imponen las cargas a las personas jurídicas, las consecuencias punitivas de la inobservancia de las mismas recaen sobre sus representantes legales, que son personas diferentes. En otras palabras, mientras quien incumple con la normatividad es la persona jurídica, quien termina respondiendo penalmente es el representante legal, un ente jurídico diferente, que no es el destinatario de la imposición normativa.

Esta situación genera un desconocimiento de pilares fundamentales del derecho penal moderno, y de garantías muy caras a los ciudadanos, como lo son el principio de culpabilidad, y el del debido proceso. Por una parte, se desconoce el principio de culpabilidad en tanto que el ciudadano –representante legal, directivo, administrador, funcionario- asume la responsabilidad por el hecho de un tercero, en tanto que es la persona jurídica la obligada a configurarse normativamente de la forma establecida por la ley, pero es el ciudadano en cuya cabeza se radican las consecuencias por el incumplimiento de esta normatividad.

Lo propio sucede con el principio del debido proceso, en tanto que, de la manera en que está configurada la situación normativa la persona jurídica que no se ha configurado normativamente como se espera, cuenta con menos mecanismos de defensa que la persona natural, en tanto que, de conformidad con el diseño de nuestra normatividad procedimental penal vigente, la decisión sobre su responsabilidad, y las consecuencias administrativas que de ello se desprenden se toman en una audiencia preliminar, no mediante una sentencia de fondo en la que se ha dado todo el debate, sino con una discusión apenas preliminar.

Por lo anterior, consideramos que lo correcto es afirmar que en Colombia existe la responsabilidad penal de los entes colectivos, donde rige un modelo de autorresponsabilidad.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (1991) Corte Constitucional de Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

CONGRESO DE COLOMBIA. (1923) Ley 25: Orgánica del Banco de la República. Recuperado de: <https://www.lexbase.co/lexdocs/indice/1923/I0025de1923>

CONGRESO DE COLOMBIA. (1995) Ley 222: Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html

CONGRESO DE COLOMBIA. (1998) Ley 446: Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Recuperado de: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3992>

CONGRESO DE COLOMBIA. (2008). Ley 1228: Por la cual se determinan las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional, se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras y se dictan otras disposiciones. Recuperado de:

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. (2019). Decreto 2555: Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Regulacion/Mercado_de_Valores/Decreto_s?com.tibco.ps.pagesvc.action=updateRenderState&rp.currentDocumentID=6c7006ee_129f5dc27c4_7e17c0a84c5b&rp.revisionNumber=5&rp.attachmentPropertyName=Attachment&com.tibco.ps.pagesvc.targetPage=1f9a1c33_132040fa022_78750a0a600b&com.tibco.ps.pagesvc.mode=resource&rp.redirectPage=1f9a1c33_132040fa022_-787e0a0a600b

<https://www.treasury.gov/about/organizational-structure/offices/Pages/Office-of-Foreign-Assets-Control.aspx>

CONGRESO DE COLOMBIA (2011). Ley 1474: Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=64468>

CONGRESO DE LA REPUBLICA (2004). Ley 906: Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Recuperado de:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html