

El *compliance* eficaz como causa de irresponsabilidad de las personas jurídicas. La urgente necesidad en Colombia de castigar penalmente a las empresas

~Hoover Wadith Ruiz Rengifo~

Candidato a Doctor Universidad de Burgos, España. Presidente y Director Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Derecho Penal de empresa ASCOLDPEM. Socio FICP¹.

Palabras claves.- Compliance, debido control, defecto de organización, Derecho preventivo, Estado Garantía, Estado Colaborador, responsabilidad penal, empresas, nuevo mundo, compliance officer, Códigos de conducta, cultura corporativa, riesgos penales, intervención máxima.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de las personas jurídica es un tema poco discutido en nuestro país. Algunos países como España (2010 y 2015) y Chile (2009), lo tienen establecido en sus leyes penales.

Con la reforma de 2015 en España, surge el protagonismo de la competencia de los programas de cumplimiento o *compliance programs* o Modelos de Prevención de Delitos (MDP), cuya implementación en la empresa es lo que se entiende por un <<debido control>>.

Dichos programas serán tenidos en cuenta de forma central en el Proyecto de Ley No. 159 de 31/10/2014, ahora Ley 1778 de 2016 que regula en Colombia una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas para prevenir el delito de soborno transnacional.

Los programas de cumplimiento constituyen el fundamento central de una verdadera autonomía de la responsabilidad de las empresas, basados en el debido control, y que se recomienda sea penal.

Es bueno entender que un MDP es **eficaz** cuando está sustentado en un profundo conocimiento de la Ley penal en el sentido del art. 31 bis del Código penal español. Un

¹Candidato a Doctor Universidad de Burgos, España. Abogado. *Defense Corporate*. Maestrante George Washington University en Washington DC, Estados Unidos. Estancias de investigación en el Max Planck Institut de la ciudad alemana de Friburgo de Brigovia, y en el Antonio Cicu de la Universidad de Bolonia de Italia. También en la Universidad de Módena & Reggio Emilia, Italia. Múltiples cursos de post grados en la Universidad de Salamanca, y Universidad de Castilla la Mancha, España. Presidente y Director Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Derecho Penal de empresa ASCOLDPEM. Autor de varias obras.

compliance penal reduce el riesgo de comisión de delitos. Todo programa de cumplimiento queda reducido a un modelo de prevención de delitos.

El MDP es el instrumento jurídico penal que garantiza la defensa de la empresa y sus administradores en el evento de un proceso penal en contra de cualquier miembro de la empresa. El MDP sirve de prueba y de defensa para la empresa. Los MDP, constituyen el paso obligado en nuestro tiempo, de un Derecho procesal penal tradicional represivo, a un Derecho procesal penal preventivo (anticipado), o si se quiere un **Derecho Pre-procesal de defensa preventiva**.

El **Estado de Garantía**, produce un Derecho penal pre procesal de defensa preventiva. Un cambio de paradigma.

La bibliografía anterior al reclamo de su admisión es inabarcable como hemos referenciado en otro trabajo (2006)². El rompimiento del principio *societas delinquere non potest* ha sido superado en países como España y Chile, por mencionar estos dos países. Es cosa del pasado. Ahora es *societas delinquere potest*.

La puesta en marcha es sin duda, la elaboración de una teoría propia de las agrupaciones. Un nuevo sujeto del Derecho penal ha nacido: las personas jurídicas. La admisión de una punición de los entes, reclama una nueva configuración, unas nuevas reglas.

A las empresas se le reconoce la autonomía porque tienen derecho y capacidad para ordenar y gestionar, pero su competencia, depende de su autorregulación basada en los programas de cumplimiento.

Para lograr una verdadera y propia responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, se logra con la competencia que le da los programas de cumplimiento (su autorregulación). La competencia es determinante en la autonomía que se reclama en una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es la esencia para que exista autonomía.

²Puede verse una abultada bibliografía citada sobre el tema de admisión o no de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. La exigencia de un método en el debate actual de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Tiene un futuro la dogmática penal de las personas jurídicas? Editorial Gustavo Ibáñez, 2006.

La competencia de las empresas está definida por su propia autorregulación. Es la comprobación que no es un simple discurso dogmático. De tal suerte que la fuente de cualquier teoría o criterio penal de autor de las empresas, se encuentra en la autorregulación con los programas de cumplimiento.

I. La Ley 1778 de 2 de febrero de 2016, y el nacimiento de una nueva especialización.

Con la ley 1778 del 2 de febrero de 2016, se introduce la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en Colombia, por lo que se requiere una gran especialización en Colombia en materia de *Derecho preventivo corporativo*. La academia debe enseñar a nivel de pregrado o postgrado lo relacionado a un Derecho preventivo corporativo, o simplemente Derecho Corporativo. Se deben realizar a futuro cursos y postgrado sobre el *compliance officer* o *controller jurídico*, incluso amerita un Doctorado en esta materia. Es el **nacimiento de una nueva profesión en Colombia**, ya lo es en otras latitudes.

Este nuevo profesional será el encargado de supervisar el cumplimiento de los códigos de conducta voluntarios de las empresas como se entienden con la exigencia de la nueva Ley.

La voluntariedad de los códigos de conducta surge al señalar que la Superintendencia de Sociedades *promoverá* los programas de transparencia y ética empresarial (códigos de conducta).

Surge la discusión del perfil laboral del *oficial de cumplimiento*, quien será el encargado de ejecutar dicho programa de transparencia que en teoría traduce a lo que se conoce como *compliance programm*.

De ahí pues, que las características mínimas de este *oficial de cumplimiento* son: una doble formación como abogado y ciencias económicas o administración o dirección de empresa; ser creativo e imaginativo para hacer cumplir la norma en su compañía; una persona íntegra e independiente, versátil y resolutiva; alta capacidad de organización y comunicación y habilidades negociadoras; capacidad de análisis y rigor; debe contar con el apoyo de la alta Dirección; debe contar con una autoridad reconocida en la empresa para

que sea respetado el trabajo; tener un amplio conocimiento directo del conjunto del negocio de la empresa, conocimiento del idioma inglés.

Es una profesión sin antecedentes concretos en Colombia. **Una cultura corporativa se agita.** Los sectores que más demandarán esta **nueva profesión** serán las entidades bancarias, financieras, las aseguradoras, la industria farmacéutica, y empresas tecnológicas.

Una nueva generación de códigos éticos en las empresas, canales de denuncia, nuevos órganos que supervisan la actuación de comités y comisiones éticas, adaptación al Código penal colombiano para evitar casos de corrupción como soborno transnacional, etc.

El **Proyecto No. 159 del 31/10/2014**, ahora es la Ley 778 de 2016, **que adopta una responsabilidad administrativa de las empresas, exigirá que éstas diseñen un programa de cumplimiento.** Aparece en escena el *Controller jurídico* o *Compliance Officer*, responsable del cumplimiento del programa para prevenir el delito de *soborno transnacional*. Esta **nueva profesión**, podrá ser ejercida por una persona individual o por órganos colegiados, preferiblemente abogados. Será tema de debate la fe en los sistemas de *compliance* que son made in USA (frecuentes en los sistemas de *common law*, pero no en los europeos: no los hay ni en Francia, ni en Alemania, ni en Dinamarca y tampoco en Holanda).

La llamada culpabilidad por <<defecto de organización>> o de la responsabilidad por <<descontrol>> de las empresas, con plena vigencia en España desde de 2010 y mejor ahora en 2015 del Código penal español, también tiene aplicabilidad en el Derecho sancionador administrativo. La *desorganización* y el *descontrol* que se quiere prevenir con los sistemas de <<prevención de la responsabilidad>> constituyen la nueva concepción para controlar la criminalidad económica³ en Colombia.

Hay una sentida necesidad de dar una respuesta eficaz al avance vertiginoso y casi imparable de la criminalidad empresarial en el mundo de la criminalidad económica. A manera de *Derecho Comparado*, las recomendaciones de la OCDE en esta materia son una constante referencia, como lo es el informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de

³Cfr. SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, VV. AA. El Derecho penal Económico en la Era Compliance, coord. Arroyo, Gómez Colomer, Nieto, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 63-109.

diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento de España del Convenio contra la Corrupción de Agentes públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales internacionales, y de una armonización internacional del Derecho penal.

Para el caso de España con la reforma de 2015 y la circular 1/2016 de la Fiscalía General de la Nación, se intenta una mejora técnica—como dice la circular mencionada—en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para poner fin a las dudas interpretativas de la LO 5/2010 de 22 de junio que para algunos sectores se interpretaba como la introducción de un régimen de responsabilidad vicarial, que conforme a lo establecido en el segundo párrafo del art. 31 bis 1 se establece es una responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica.

Se advierte que desde la Ley 05 de 2010 hasta la LO 1/2015 no existe ninguna exigencia normativa internacional que obligara a España reformar el régimen adoptado desde 2010, pero desde nuestro punto de vista es oportuna la mejora técnica legislativas con la reforma de 2015, en tanto en cuanto, se incorpora una completa regulación de los “modelos de organización y gestión” que sin son eficaces permite exonerar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La mejora técnica legislativa pretendida con la reforma de 2015 en España, tiene como finalidad delimitar adecuadamente el contenido del “*debido control*”, porque su descontrol constituye el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. De esta manera, se adopta un modelo de autorresponsabilidad donde es la propia persona jurídica la que comete el delito, por su propia actuación, esto es, una responsabilidad directa debida a la “ausencia de medidas de control adecuadas para evitar la comisión de delitos”. Este modelo doctrinal es defendido por el Tribunal Supremo en sentencia 221/2016⁴. Se advierte que ya se había pronunciado el alto Tribunal en la sentencia 154/2016, de 29 de febrero, sin haber entrado a valorar las cuestiones del procedimiento penal contra las personas jurídicas.

⁴Vid, Diario Expansión, España, 19/04/2016

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no es un asunto de gustos o preferencias de escuelas (que ya no existen) en la Teoría del Delito, o de seguir ideas de pensador dogmático alguno, o de ideas importadas. Es una realidad de resolver un problema hipermoderno a través del Derecho penal, esta vez, mayormente preventivo. Asistimos a una nueva era del derecho Penal. Un post- derecho penal.

Un Post-funcionalismo, o como ya lo había dicho en otro escrito⁵, una postura en el derecho Penal más allá del funcionalismo, se constata.

Con razón señala QUINTERO OLIVARES⁶, que a pesar de no ser frecuentes los *compliance* en el Derecho Europeo, “es cierto que en algún caso concreto se ha ido abriendo paso la idea de que el desorden organizativo era el fundamento de la imposición de las *sanciones administrativas* a las empresas”.

II. El fundamento de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

El **defecto de organización** (atribuida originalmente al profesor Klaus TIEDEMAN), y el **descontrol**, constituyen la base para una declaración *directa* de responsabilidad administrativa empresarial, y para el caso de España (2010 y 2015) son el fundamento de una declaración **directa** de responsabilidad penal de las empresas.

El Proyecto de Ley No. 159 de 31/10/2014 colombiano, que ahora es la Ley 1778 de 2016 que regula una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, no expresa de forma explícita que el verdadero fundamento de tal responsabilidad sea el *descontrol*, pero la exigencia de que las empresas implementen un programa de transparencia y ética empresarial traduce de forma implícita este fundamento.

El tema crucial será encontrar las fuentes del <<**deber de controlar**>> que algunos teóricos de esta *cuestión* creen encontrarla en el Derecho de Sociedades, sin embargo, esto solo constituye un punto de partida.

⁵RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. Hacia dónde va el derecho penal. Un nuevo fundamento basado en el sentido común. La equitipicidad. 2ª edición. Ratio Legis, Salamanca, España, 2011, passim.

⁶QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en VV.AA. Comentario a la reforma penal de 2015. Aranzadi. Navarra, 2015, p. 81.

El verdadero contenido del deber está en los *compliance* aun cuando no existe unidad de criterio de éstos⁷. **Una tarea por desarrollar en Europa y en Colombia.**

Los códigos de conducta o programas de ética empresarial o Manuales de buenas prácticas o Modelos de Organización y funcionamiento, que promoverá la Superintendencia de Sociedades su adopción o de mecanismos internos anticorrupción por parte de las personas jurídicas para la creación de procedimientos, mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y prevención de las conductas señaladas en la ley 1778 de 2016 en Colombia recién aprobada a *pupitrazo*, que en suma es el soborno transnacional, **es aceptable su importancia**, pero la sola implantación no es la demostración de que se ha ejercido el <<debido control>>y por ello quede exonerada de responsabilidad administrativa la empresa, ni qué decir, si fuera penal, como hemos venido insistiendo, todavía de *lege ferenda* que la responsabilidad de las personas jurídicas sea penal, porque como se lee (*lege lata*) la responsabilidad de las personas jurídicas en Colombia, es administrativa.

Estos códigos los define la Organización Internacional de Empleados, Ginebra, 11 de septiembre de 1999, como “una declaración expresa de la política, los valores o los principios en que se inspira el comportamiento de una empresa en lo que atañe al desarrollo de sus recursos humanos, a su gestión medioambiental y a su interacción con los consumidores, los clientes, los gobiernos y las comunidades en las que desarrolla su actividad”. *Por lo menos se exige que estos códigos de conducta sean eficaces. Habrá que recurrir, en todo caso, a una diligencia debida, revisada y mejorada para una eficacia de los programas de cumplimiento.*

III. Casos actuales que muestran la necesidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia y el mundo.

En los últimos tiempos en Colombia ha causado sensación varias sanciones a los azucareros⁸ por la Superintendencia de Industria y Comercio, arroceras (Flor Huila y Arroz

⁷Vid, por todos, RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. La necesidad del contenido propio del deber de las personas jurídicas delineados por un más allá de la eficacia de los programas de cumplimiento. Hacia una diligencia debida, revisada y mejorada, en Actualidad penal No. 12. Instituto Pacífico, junio 2015, pp83-101.

⁸Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015. Radicación No. 10-57750, por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, “por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones”

Roa⁹), farmacéuticas¹⁰, el caso de Doña Gallina¹¹, el cartel de los pañales, de la seguridad, el cartel del lulo, el caso de la contaminación en Santa Marta de la Drumond, el caso calenturitas, Interbolsa, Reficar, entre otros. Del mismo nivel los escándalos de la FIFA y el caso Volkswagen, a nivel internacional, han puesto en alerta la responsabilidad de las empresas.

Para el caso colombiano, las exageradas sanciones pecuniarias, sin el respeto *debido* de un proceso, porque aquellas quedan en manos de un ente administrativo como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio que adelantó y culminó las investigaciones de estas empresas con una multa exagerada, y que por lo que se conoce de los casos, con muy pocas garantías.

La cuestión será diferente si se admite en Colombia una responsabilidad penal de las personas jurídicas, por razones de carga de la prueba, por caso, “cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”, como bien lo ha establecido el STS 514/2015, de 2 de septiembre.

De todos modos, anticipamos, que independientemente que el legislador señale a quién le corresponde la carga de la prueba, el Estado a través de la Fiscalía o la persona jurídica endilgada, lo cierto es que un sistema de *compliance* correctamente implementado beneficia a la empresa porque es difícil que no ha ejercido control o que hay ausencia de control, y porque su implementación posibilita la exoneración de responsabilidad e incluso evita una posible imputación de la persona jurídica en un proceso penal.

⁹Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015. Radicación No. 11-137432, por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, “por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se dictan órdenes e instrucciones”.

¹⁰La Superintendencia sancionó a seis (6) laboratorios farmacéuticos con más de \$ 1500 millones de pesos colombianos por vender medicamentos más caros de lo reglamentado por el gobierno nacional: Procaps, Sanofi, Menphis, Lafrancol, y Quideca.

¹¹Resolución No. 81944, de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) a través de la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, impone una multa a la sociedad Quala por 451 millones de pesos por publicidad engañosa de su caldo Doña Gallina 100% Gallina Criolla. La Federación Nacional de Avicultores de Colombia- Fenavi, señala que la afirmación que el "Caldo Doña Gallina criolla" está compuesto cien por cien de gallina criolla, **es falsa** y representa una violación de las normas de protección al consumidor y los reglamentos técnicos. .

Se echa de menos, un proceso debido para responsabilizar a las empresas penalmente, que a pesar de todo, es quizás, donde más garantías podemos encontrar para este nuevo ciudadano (las empresas) tan presente en nuestros tiempos.

La proyección del legislador colombiano (31/10/2014), y ahora ley 1778 de 2016, por una responsabilidad administrativa de las empresas de escaso debate en la cámara de representantes **no satisfice** la exigencia actual de un Derecho preventivo eficaz.

De forma comparada se señala que con la reforma de 2015 en España, se establece el protagonismo de la competencia de los programas de cumplimiento o *compliance programs* o Modelos de Prevención de Delitos (MDP), cuya implementación en la empresa es lo que se entiende por un <<debido control>>. En efecto, la LO 1 /2015 de España que introduce los MDP (Modelos de Prevención de Delitos), constituye el salto de un Derecho procesal penal tradicional que es represivo, a un Derecho procesal penal preventivo, anticipado, o si se quiere un **Derecho Pre-procesal de defensa preventiva**.

El MDP es el instrumento jurídico penal que garantiza la defensa de la empresa y sus administradores en el evento de un proceso penal en contra de cualquier miembro de la empresa. **Los MDP constituyen el embrión de la necesidad de un nuevo Derecho penal y procesal preventivo, por ahora para las empresas, y después deberá estar generalizado en el Derecho penal individual.** En esta tendencia es donde más se manifiesta el fin primordial del Derecho penal para solucionar problemas.

Es la nueva tendencia procesal penal de adaptación a nuestro tiempo. En corto, el nuevo **Estado de Garantía**, produce un Derecho penal pre procesal de defensa preventiva. Desde esta tendencia se configura el respeto a un proceso justo, mucho mejor que la vía administrativa adoptada en Colombia con la ley 1778 de 2016.

Para nadie es un secreto que un MDP es **eficaz** cuando está sustentado en un profundo conocimiento de la Ley penal (para el caso de España, en el sentido del art. 31 bis del Código penal español). Un *compliance* penal reduce el riesgo de comisión de delitos, y por ello se prevé que la empresa tenga un órgano de supervisión del modelo de prevención implantado o *compliance officer*. Por la vía administrativa esta prerrogativa defensiva de los entes, se desconoce.

Actualmente en Colombia, una vez conocidas, las exageradas multas a los gremios azucareros, del arroz, y farmacéutico, se reclama la necesidad de un debido proceso porque el ente administrativo de la Superintendencia de Industria y Comercio no garantiza un procedimiento eficaz que respete las garantías de la empresa.

De paso, cabe anotar que una de las barreras para respetar un debido proceso a las empresas en Colombia, obedece a la permanencia del principio *societas delinquere non potest*. Dicha permanencia traduce la desprotección de las empresas como sujetos de derecho penal.

Existe una enorme y casi uniforme idea que las empresas deben responder penalmente.

IV. El efecto Blatter y la tragedia del avión Lamia.

Existe preocupación actual por que los empresarios y empresas, quieran adoptar el **efecto Blatter** a raíz del escándalo de la FIFA de este año 2015, porque el señor Blatter señaló en un auditorio repleto “no podemos vigilar a cada uno todo el tiempo” para señalar que estaba ajeno a lo que hacían.

Ahora ocurre que el *efecto Blatter* está en cabeza de los Presidentes de empresa que no quieren que sus subordinados actúen a su antojo, sin ningún control.

El *efecto Blatter* es contrario a la finalidad operativa de un *Compliance*, o incluso de un Compliance Officer. Lo que denota el tema FIFA es que le falta un claro **control** desde afuera hacia la organización. Debe tener un programa de cumplimiento. Hay que delimitar el deber dirigido a la empresa para prevenir delitos con su misma actividad. Se requiere como mínimo un modelo de organización, gestión y control¹².

¹²Para la elaboración del programa de cumplimiento se puede recurrir a los siguientes documentos: 1. El modelo de la empresa Fullsix Italia, 2. El organismo especializado en control interno o *Committee of sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO), 3. La U. S. *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, 4. *La sarbanes-Oxley Act 2012, The Bribery Act 2010* (rige en el Reino Unido en marzo de 2011). 5. El modelo de *Corporate governance* cuyo origen en Estados Unidos pero impulsado por la OCDE que recoge aspectos relacionados con la prevención y la sanción de delitos, recogidos en códigos éticos y de conducta. 6. La responsabilidad social empresarial o RSE que en las últimas décadas ha tenido acogida, y consiste en un modelo de negocios fundado en valores corporativos, en la transparencia, accountability y anticorrupción, aplicables a todas las áreas de la empresa. 7. Decálogo de medidas de prevención en materia penal dirigido a las empresas elaborado por Transparencia Internacional España, decálogo que contiene “los principios de transparencia y prevención de la corrupción para las empresas”, elaborado por Silvina Bacigalupo en mayo de 2012: a. Código unificado de buen gobierno corporativo, b. Implementación de

Del mismo modo, el descontrol en el abastecimiento de combustible del avión **Lamia** que transportaba los jugadores del equipo de Brasil Chapecoenses y otras personas más, que se estrelló en el Departamento de Antioquia en Colombia, demuestra la falta de control de esta empresa de aviación boliviana.

A decir verdad, la inexistencia de un programa de Transparencia y Ética empresarial *compliance porgramm* y con ello de un *oficial de cumplimiento* que ejecute este programa, de esta empresa de aviación boliviana LAMIA, es la causa del desenlace de esta tragedia que enluta al mundo. De seguro, este dolor general por la muerte de más de 70 personas se hubiera evitado si la empresa LAMIA adopta un programa de cumplimiento eficaz.

Para esto se recomienda uno de los factores más importante en la identificación del control del entorno organizacional: la integridad y los valores éticos de la empresa. Un código de Conducta como pilar del cumplimiento normativo. Es lo que comúnmente se conoce como los códigos de ética de la empresa.

Es la exigencia en Colombia con la ley 1778 de 2016, en su momento art. 20 del Proyecto de 31 octubre de 2014 sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, que establece que la Superintendencia de Sociedades **promoverá** la adopción de *programas de transparencia y ética empresarial* o de mecanismos internos anticorrupción de las personas jurídicas para la creación de procedimientos, mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y prevención del soborno transnacional.

En definitiva, con la Ley No. 1778 de 2016, se obliga a las empresas implementar programas de ética empresarial. En un comunicado del 11/18/2016 por la Supersociedades se señala que el 31 de marzo de 2017¹³ vencerá el plazo para que las compañías definidas por la Súper Intendencias de Sociedades pongan en marcha programas de transparencia y

código ético, c. Implementación de programa de cumplimiento normativo, d. Canales de denuncia, e. Incentivos adecuados a los directivos y administradores, f. Información pública de las contrataciones con el sector público, g. Información pública de las políticas de responsabilidad social corporativa (RSC), h. Evitación de prácticas de favorecimiento y corrupción en el sector privado, i. Evitación de prácticas de corrupción de funcionarios extranjeros en las transacciones internacionales, j. Cumplimiento de las obligaciones fiscales, 8. Para el caso de Colombia, se recomienda el Modelo de “Modelo de Gestión del Riesgo de LA/FT en el sector real” de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC.

¹³Vid., Resolución Superintendencia de sociedades de fecha 25/07/2016 por el cual se establecen unos criterios de acuerdo con el inciso segundo del art. 23 de la ley 778 de 2016. Y la circular externa 100-000003-de fecha 26 /07/2016 que es la guía para poner en marcha programas de ética empresarial para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2 de la ley 1778 de 2016.

ética empresarial para prevenir el soborno transnacional, sobre todo los sectores farmacéutico, infraestructura y construcción, manufactura, minero energético y TIC, que son las de mayor riesgos de conducta de corrupción transfronterizas.

Una lectura rápida permite entender que el modelo de prevención que se establece en la ley 1778 de 2016 es **voluntario** porque el artículo dice que la Superintendencia de Sociedades promoverá la adopción de programas de transparencia y ética empresarial.

Tal parece que el legislador colombiano quiere evitar que la responsabilidad de las personas jurídicas sea penal porque esto implicará—como lo dice la exposición de motivos—un cambio de fundamentos en la parte general del Código penal.

Nuestro Derecho estampado en el Código Penal actual (también el de España) es antropocéntrico basado en que solo las personas físicas pueden delinquir, pero bien sea mediante ley separada o incorporada de forma directa en el Código penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, obliga a construir en España y lo sería para Colombia también, como se está haciendo, una nueva teoría del delito para las personas jurídicas.

La negativa que la responsabilidad de las empresas sea penal es una negación a la tendencia de nuestro tiempo, porque existe una ola de consenso que la responsabilidad de las personas jurídicas sea penal. Así lo regula casi toda Latinoamérica, como lo ha hecho casi toda Europa, y desde muy temprano Estados Unidos, con ciertos matices diferenciados.

Señala el Ex Vice Fiscal General de la Nación, Jorge Perdomo: “Somos muy escépticos de que en Colombia se introduzca ese tipo de responsabilidad penal, por varias razones. Por ejemplo, en el derecho penal de la persona individual se necesita que esta tenga consciencia o dolo, y la pregunta es si una empresa los tiene”.

Para el Ex Vice Fiscal General de Colombia, Jorge Perdomo, quien dice haber seguido de cerca el avance de la iniciativa, “ese proyecto de ley hay que revisarlo con mucho cuidado”, pues, a su juicio, “para combatir la corrupción en las empresas se debería mejor pensar en fortalecer las sanciones administrativas existentes”. Otro sector institucional (se lee en la página web de infolaft) señalan al proyecto de ley 159 que ahora es la Ley 1778 de 2016 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas como **una simple ley anti soborno**.

Expresa el Mandatario de los Colombianos, Juan Manuel Santos que es necesario redoblar esfuerzos en este campo, incluso responsabilizando penalmente a las personas jurídicas, porque se han detectado casos, que investiga la Fiscalía, en los que las empresas que contratan con el Estado malversan los recursos del erario que les asigna. Esto se presenta especialmente con las regalías¹⁴.

En este sentido, anotamos que la exigencia de un cumplimiento normativo ético y el control de la auditoría interna para prevenir el soborno transnacional, deja mal parado al legislador colombiano de querer atribuir una responsabilidad administrativa a la persona jurídica, cuando desde las *Organizational Guildens* de 2004, que ha sido uno de los primeros textos impulsores de los programas de cumplimiento en las empresas, lo que desde su implementación hace más difícil, en principio, que se lleven a cabo comportamientos delictivos en el seno de la empresa, se puede inferir que **comportamiento ético y prevención de riesgos penales están íntimamente vinculados**.

Las normas administrativas deben procurar adaptarse a la realidad del país que se va a operar. Nuestra cultura exige que la única manera eficaz de evolucionar el Estado de Derecho en la globalización sea con la imposición de los Convenios Internacionales como ayuda la gobernanza. En los últimos días se aboga por “corregir el ritmo” de la globalización para evitar el auge de las desigualdades (expresa Obama). Una globalización según los propios valores e ideas.

Desde nuestro contexto, resulta mejor una responsabilidad penal de las empresas. El colombiano traiciona a la administración, por lo general, distinto al alemán que tiene mayor fidelidad a esta. Al colombiano le gusta ir en ventaja, es más ni siquiera respetamos un fila para cualquier trámite administrativo público o privado. El Derecho administrativo funciona bien en Alemania, no en España ni en Colombia.

No obstante para el caso alemán con el escándalo de la Volkswagen y de antaño el caso Siemens hay que cuestionar la eficacia del Derecho administrativo sancionador. Existe una ausencia de una cultura de control de la empresa.

En sumillas, como lo ha dicho el Tribunal Supremo español, sentencia 221/2016, la responsabilidad penal de la persona jurídica es la exigencia del establecimiento y correcta

¹⁴www.eltiempo.com.co 8/06/2015

aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. Al menos en España desde la reforma de 2015, en los apartados 2 y 4 del artículo 31 bis del Código Penal se establece la estructura básica de los “modelos de cumplimiento” o *compliance*. Y si este modelo es eficaz exonera de responsabilidad penal a la persona jurídica.

En corto, se ha dicho que independientemente que el núcleo de la tipicidad del delito consista en la ausencia de unos controles y una cultura de cumplimiento en la empresa, lo que es indudable, y así se ha pronunciado tanto la Fiscalía como la jurisprudencia es que la existencia de un programa de prevención debidamente implementado y que incida en la toma de decisiones en el seno de la empresa constituye, por ley en España, una eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Existe claridad en el mundo del Derecho penal que el “siglo de oro” de la dogmática jurídico penal de raíces germánicas ha finalizado. Desde este matiz diferenciador cabe preguntarse acerca del futuro que aguarda a la ciencia del Derecho Penal en un mundo gobernado por fenómenos inimaginables en la época de Liszt y Beling.

La globalización, que ha cambiado las reglas de experiencia, y con mayor claridad nos la muestra *Manuel Castells* con la <<sociedad de la información>> que gesta un **nuevo mundo**, afecta los ámbitos más diversos de nuestras vidas, y de manera consabida en el control social por excelencia que es el Derecho penal¹⁵.

Definitivamente estas influencias globalizadoras no están lideradas por el mundo germánico, **ya no**, sino por la cada vez más poderosa perspectiva anglosajona, que como un pulpo abarca toda las consideraciones que se presentan. Con razón señala RUIZ RENGIFO¹⁶: “La excelsa dogmática alemana que ocupa un rol decisivo en la responsabilidad penal individual, pierde protagonismo al no regular la responsabilidad penal de la persona jurídica”.

¹⁵Vid, ampliamente sobre el Derecho penal como control social por excelencia, RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. Derecho penal y control social. Con referencia especial a la sociedad colombiana. En el libro *Serta in memoriam di Alexandri Baratta*. Ediciones universidad de Salamanca, 2005, p. 90.

¹⁶RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. La necesidad de un contenido propio del deber de las personas jurídicas delineados por un más allá de la eficacia de los programas de cumplimiento. *Revista Actualidad Penal*, Lima, Perú, pp.888-101. Cfr., también del mismo autor *Hacia dónde va el Derecho penal*. Editorial ratio legis, Salamanca, España, 2011, passim.

En poco tiempo, esta ciencia adquirirá una dimensión diferente, de tal forma que las soluciones guiadas, serán pragmáticas¹⁷, y la concepción de la eficacia podrán llegar a sustituir muchos conceptos aparentemente arraigados e inamovibles de nuestra dogmática jurídica. Con la aparición en Europa de nuevas propuestas de regulación legal, como el llamado “Corpus Juris”, se abre la puerta a una sustancial modificación de innumerables instituciones, como por ejemplo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nuevas soluciones en materia de autoría y participación, un renovado sistema de penas o reformas sustanciales en el proceso penal, puntualiza, Juan Carlos Ferré Olivé, cada vez que aborda el tema en la Universidad de Salamanca.

Pues bien, si dejamos que la administración traslade la responsabilidad a la administración, no funciona. Resulta mejor que intervenga el Derecho Penal en la responsabilidad empresarial. No es contextual una intervención mínima del Derecho penal, para esta *cuestión*, pero desde la perspectiva de un derecho pena preventivo.

La sanción administrativa no es tan eficaz. Todo obedece a que no tenemos *cultura de la prevención*, ni *cultura de la legalidad*.

La intervención mínima del Derecho penal para el caso de las empresas es un principio que debe ser repensado, porque su vigencia impera en razón de una responsabilidad individual dentro de los lineamientos de un Derecho sustancial y procesal penal represivo, no es el caso con las empresas o si se quiere también individual donde este Derecho debe ser prevalentemente preventivo.

En corto, un Derecho penal preventivo requiere de una intervención máxima para solucionar los problemas de los ciudadanos. **El principio de intervención mínima, tiene cabida en un Derecho penal sustancial y procesal penal represivo, no en un Derecho penal y sustancial penal preventivo.** La *última ratio* en materia de responsabilidad penal de empresas, cede el paso de forma pacífica a una *prima ratio*.

El paso del Derecho penal represivo al Derecho penal preventivo, es un hecho constatado en nuestro tiempo. El camino de responsabilidad administrativa de las empresas que escoge el legislador colombiano con el Proyecto de Ley 31 de octubre de 2014, ahora

¹⁷RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. Hacia dónde va el Derecho penal. Ediciones Ratio Legis. Salamanca, España. 2011, passim.

ley No. 1778 de 2016, aparece sin un análisis o estudio sobre si en Colombia existe *cultura de prevención, y/o cultura corporativa*. Había sido pertinente un estudio sobre el particular antes de presentar el Proyecto No. 159 del 31 de octubre de 2014 en debate, que no lo hubo como consta en las actas de aprobación de la que ahora es la Ley 1778 de 2016. La mejor opción es responsabilizar penalmente a las empresas¹⁸ en procura de prevención, detección y reacción de los riesgos penales.

V. La responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en contravía de un nuevo Estado gestado por la crisis o extinción del Estado social y democrático de Derecho.

El desgaste actual de la dogmática o si se quiere la crisis de la dogmática penal, administrativa, civil, hasta constitucional es precisamente que vive alejada de la realidad, no consulta la realidad, no consulta con los ciudadanos. Uno de los problemas básicos de la democracia es que los partidos políticos no solucionan los problemas del pueblo, en donde la ciudadanía debe participar. La esencia de la democracia es la participación.

El castigo penal de las personas jurídicas constituye un cambio de visión constitucional desde el Estado social y democrático de Derecho, al Estado Garante o Estado Colaborativo, porque el primero tiene aún vestigios arraigados liberal que se precia de seguir dogmas viejos de la Revolución Francesa, a pesar que fue un camino progresivo mayor que el Estado liberal puro.

Por eso en el mundo global se abre camino *tendencia* que los Derechos sociales son fundamentales, como en Alemania que cada vez hay que aumentar Derechos fundamentales para reforzar la Dignidad Humana. Un abandono del dogmatismo constitucional que se basa en clasificar Derechos fundamentales de primer orden y segundo orden, da paso a un **constitucionalismo más pragmático**, en donde los Derechos sociales sean fundamentales. Una constitución concreta y no tan abstracta.

La idea es superar una constitución muy iluminista, y de contera que atendamos a un Derecho penal menos iluminista donde la libertad no sea su único fin de garantía o

¹⁸Vid, ampliamente, RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith, en la entrevista completa que le hace el periódico Ámbito jurídico de Legis S. A., en Colombia, donde expresa “**Hay que consagrar la responsabilidad penal de las empresas**”, 1 de octubre de 2015. www.ambitojuridico.com

protección, sino que también otros como la propiedad, o la actividad empresarial. Ese Derecho penal tiene cabida en un <<Estado Garante>>, más allá del Estado Social y democrático de Derecho.

Asistimos, a un Derecho Penal en un Estado Garante que da para toda una tesis doctoral, y en la actualidad, la academia presta poca atención, salvo las puntualizaciones del profesor Silva Sánchez¹⁹ que refiere que las empresas gestan un nuevo modelo de Estado. En este nuevo modelo de Estado, la buena administración pública es un Derecho fundamental.

Pongamos atención que *el Derecho fundamental a la buena administración pública* y los Derechos que la componen tienen la protección administrativa y jurisdiccional de los Derechos humanos previstos en los ordenamientos jurídicos.

La apuesta no es solo un derecho para el ciudadano, sino con el ciudadano. Un Derecho penal no solo para el ciudadano (ahí ha estado el Derecho penal represivo), sino que se apuesta por un Derecho penal con el ciudadano (preventivo), no para la empresa, sino con la empresa. La OCDE acerca al ciudadano a la administración, en donde ejerce un papel protagónico el ciudadano. No se entiende que siendo una prerrogativa de la OCDE responsabilizar a las personas jurídicas en Colombia, se deje de lado la participación ciudadana en el Proyecto que adopta una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

Se denota en papel, al menos, que el factor determinante de la OCDE es la **confianza**, se gesta todo un Manual de Participación ciudadana sobre información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas.

El Derecho Penal cualitativo, preventivo, también es participativo (la mediación, la víctima, el preacuerdo, el principio de oportunidad, etc). Un Derecho penal pensado sistemáticamente, es resolver el problema de confrontación.

El Derecho penal es un idioma que debe ser explicado a la gente, lo cual es una forma de participación en una democracia, dentro de un Estado Garante. Una ley que

¹⁹SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob cit, p.

no consultó a la ciudadanía vulnera el Estado democrático, y esto alude también el control de legalidad.

Hemos pasado de un Derecho penal cuantitativo (cantidad de penas, castigo y castigo) a un Derecho penal cualitativo que encierra la finalidad de prevenir más que castigar. Un Derecho penal cualitativo, sabe cómo *cumple* el Derecho penal, a través de la prevención.

La responsabilidad penal de las empresas es un tema de la globalización porque en esta, las empresas se han <<deslocalizado>> (cambiar de país), y el dinero cruza fronteras, *forum shopping*, aunque la crisis del 2008 ha experimentado un cambio de retracción del comercio mundial.

Una legislación penal que debe ser simplificada desde la legislatura, delineado por los principios de necesidad y proporcionalidad. En efecto, la simplificación de la Ley (como lo plantea el libro blanco de gobernanza en Europa) ayuda a que el ciudadano pueda acceder, suprime el papeleo (la tendencia global en materia procesal de cero papel) puesto que traslada la responsabilidad al particular, mejora la calidad de la legislación, diseña leyes mejores para los consumidores, y mejores leyes para el mundo empresarial.

VI. La ética empresarial.

La ética empresarial, o ética de la empresa, o ética de los negocios, surge a partir de los años 80 y principios de los 90 como consecuencia de los escándalos económicos y financieros, y mayormente acentuados con la crisis económica mundial de 2008²⁰, en tanto en cuanto, las empresas y corporaciones violan la ley, engañan a los consumidores, (por eso varios países regulan penalmente la publicidad engañosa, por ejemplo), contaminan el medio ambiente, falsean su contabilidad como en el caso Parmalat²¹ en Italia con Tanzi, conocido como el caso Enron italiano.

²⁰Con razón dice Manuel Maza que unos mecanismos de control eficaces en el seno de las empresas, con el alcance preventivo que puede aportarles la amenaza legal de la pena, quizá se habrían evitado, o al menos reducido sensiblemente, los negativos fenómenos de la lacerante crisis económica y social, que tuvo su origen, en gran medida, en la gestión irresponsable y descontrolada de gran número de empresas, prácticamente sin límites en una libertad de actuación que se ha mostrado en ocasiones como más que temeraria. En José Manuel Maza, en MANUEL MAZA, José. Prevención de riesgos penales. El régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones sustantivas generales. www.kwformación.es

²¹Considerado como la <<grande truffa>> o la gran estafa. Una verdadera responsabilidad de grupo.

A partir de esa época, las empresas se aventuraron por consagrar códigos de ética en varios sectores: el medio ambiente, las normas de competencia leal, la legislación laboral, la protección a la intimidad, la propiedad intelectual, la lucha contra la discriminación en las empresas, la corrupción, etc.

El legislador colombiano con su proyecto de ley 159 del 321 de octubre de 2014, ahora ley 1778 de 2016, <<pero sin un debate serio>>, al mencionar la promoción de *ética empresarial*, se refiere a la adopción de un conjunto de principios de comportamientos éticos y de buena práctica empresarial, que obliga recoger tales principios de los documentos internacionales, como lo son: las mismas Líneas Directrices de la OCDE para empresas Multinacionales; el Pacto Mundial de Naciones Unidas (Global Compact); y lo previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En este orden de cosas, no podemos dejar de incluir, *un tema inadvertido en Colombia*, de los principios rectores de la ONU conocido mejor como los principios de *Ruggie* en proceso de implementación para algunos países, tras su aprobación por el Reino Unido, y en fase de implementación Noruega y España, que por cierto se introducen como un nuevo capítulo en la actualización en 2013 de las Directrices que desde el 25 de mayo de 2011 concibe la OCDE.

La nueva actualización de las Directrices de la OCDE²², quedaron así:

1. Un nuevo capítulo sobre Derechos humanos, acorde con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”.
2. Un enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la *debida diligencia* y con la gestión responsable de la cadena de suministro, que implica un avance significativo en comparación con las anteriores propuestas.
3. Cambios sustanciales en numerosos capítulos especializados, tales como Empleo y relaciones laborales; lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión; medio ambiente; intereses de los consumidores; divulgación de información y cuestiones tributarias.

²²OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

4. Una guía de procedimiento más clara y más estricta para fortalecer el papel que juegan los PNC (Punto Nacional de Contacto), mejorar su desempeño y fomentar la equivalencia funcional y ser imparciales, para ello se recomienda que sean independientes y contar con un organismo de supervisión: un defensor, una junta directiva para ofrecer asesoramiento sobre las quejas y su procedimiento, ya que cualquier persona, organización o empresa interesada puede presentar una solicitud de instancia específica ante el PNC cuando cuente con los elementos necesarios para señalar que una empresa multinacional está actuando en contra de los principios de la OCDE. Los PNC son oficinas gubernamentales con el objetivo de “incrementar la eficacia de las Directrices”, ajustadas a cada situación nacional, y pueden estar en un único organismo o ministerio como el de Economía o el Ministerio de Comercio. Los PNC fomentan el cumplimiento de las Directrices, divulgando información sobre ellas y sobre el mecanismo de resolución de conflictos y tramitando “instancias específicas” de violaciones de las Directrices.
5. Una agenda proactiva con el fin de ayudar a las empresas en el cumplimiento de sus responsabilidades a medida que surgen nuevos desafíos. La actualización de las Directrices fue llevada a cabo por los gobiernos.

Sobre la gestión empresarial, la OCDE fija sus Directrices, básicamente en la Parte I, como *las líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Recomendaciones para una conducta empresarial responsable en el contexto global:*

1. Conceptos y principios: señalan los aspectos del buen comportamiento empresarial.
2. Divulgación de información: difusión de las empresas multinacionales de información fiable de sus objetivos, actividades, estructura, situación financiera, y resultados, comunicación sobre políticas, auditorías internas, gestión de riesgos, etc.
3. Derechos humanos: este capítulo se inspira en el el Marco de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos para “**Proteger, Respetar y Remediar**”, esto es, los denominados principios de Ruggie. En El Congreso Internacional realizado en Sevilla, España, los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2012, el cual participamos, sobre la implementación de los principios rectores de la ONU sobre

empresas y derechos humanos en España, quedó claro que conforme a estos principios, en la práctica se dice que **toda empresa debe estar a prueba de Ruggie**.

4. Empleo y relaciones laborales: se refiere a aspectos como la no discriminación, la eliminación del trabajo forzado y del trabajo infantil, libertad de sindicación, respetar normas de empleo, garantizar la salud de los trabajadores, etc.
5. Medio ambiente: sistemas de gestión medioambiental adaptada a la multinacional, planes de emergencia, etc.
6. Lucha contra la corrupción: refiere a que las empresas multinacionales no deben ofrecer, prometer, conceder o solicitar pagos ilícitos u otras ventajas indebidas (creemos que se reprocha los pagos de facilitación), elaborar y adoptar mecanismos de control interno y programas o medidas de deber para prevenir y detectar el cohecho, etc.
7. Protección de los consumidores: que las empresas multinacionales respeten los derechos de los consumidores, luchar contra las prácticas comerciales engañosas (aquí estará la necesidad del delito de publicidad engañosa), etc
8. Ciencia y Tecnología: las multinacionales deben mejorar la tecnología local, adoptar prácticas que permitan la transferencia y difusión de las tecnologías y *know-how*, desarrollar relaciones con universidades locales, etc.
9. Competencia: promueve el respeto a las reglas de la competencia.
10. Cuestiones tributarias: comunicación en tiempo a las autoridades de información para el cálculo de sus impuestos, recomienda a las empresas multinacionales el respeto a la letra y espíritu de las leyes y regulaciones fiscales, etc.

Todos estos documentos, por ser voluntarios, pareciera que no son jurídicamente vinculantes, pero no adoptarlos es incurrir en irregularidades que tienen efecto adverso a las empresas.

El costo de los programas de cumplimiento en Colombia debe ser asumido por la empresa. El Estado Garante o Estado colaborador, se debe establecer que para que una empresa opere debe adoptar de forma **eficaz** un programa de cumplimiento. Igualmente exigible a las pequeñas empresas conocidas como Pymes o SAS. La asistencia en el

cumplimiento de la empresa es un *big brother*. Actualmente se discute el valor de las juntas directivas en las PYMES.

En corto, sea penal o administrativa la responsabilidad de las personas jurídicas, los programas de cumplimiento constituyen una exigencia para las empresas ineludible.

La necesidad del establecimiento de los programas de cumplimiento también en el ámbito administrativo es un hecho constatado. La apuesta por los programas de cumplimiento en el sector público, es una forma de transparencia, *fair play*. Con estos se frenaría o sería factor de prevención de contratación pública, en el tema urbanístico, subvenciones públicas, en la estructura de la función pública: nombramientos, la financiación de partidos políticos, y evitar la financiación ilegal de partidos políticos.

Los *compliance programm* son necesarios como estrategia de prevención de la corrupción, a pesar que hasta ahora pasa por ser un concepto vago e indeterminado a pesar de los esfuerzos por concretar en las legislaciones como Italia (2001) y España (2015).

Se echa de menos una regulación de éstos a nivel regional o global de forma unificada y la consabida transnacionalidad de nuestro tiempo.

La **autorregulación** empresarial debe estar conforme a la legalidad en sentido amplio: cumplimiento de obligaciones impuestas por la Ley, directrices internas de la empresa y código ético. A toda empresa en Colombia se le debe exigir la adopción de un programa de cumplimiento. Con el Proyecto 159 del 31/10/2014, ahora ley 1778 de 2016, el programa de cumplimiento será de todos modos un *compliance penal*.

La adopción de un *compliance penal* constituye un baremo importante en la lucha contra la corrupción en Colombia que sigue siendo un problema nacional cada vez mayor. Con razón señala Transparencia en Colombia²³ (2013-2014), que:

“En muchas de las entidades públicas del país sigue habiendo poca transparencia en la divulgación de la información básica sobre el proceso de gestión administrativa en trámites y sistemas de atención al ciudadano, así como falencias en la contratación y

²³Vid., www.elspectador.com.co 18/06/2015

gestión del talento humano, y en las medidas y en las políticas anticorrupción y de comportamientos éticos”.

Queda en manos del decisor (el Superintendente), para el caso de la Ley colombiana (1778/2016), quien debe establecer si la persona jurídica se encuentra en una situación que permita concluir que no contando con los programas de transparencia y ética empresarial *sí ha cumplido* con los deberes de dirección y supervisión con base a su estructura interna en sí misma considerada, o es **eficaz**, lo que haya adoptado como control para prevenir el soborno transnacional que es el *único* caso delictual de prevención del Proyecto colombiano 2014.

Desde ya sugerimos la necesidad que sean más delitos para prevenir, o desde el punto de vista penal que sean más delitos que pueda cometer la empresa. La **certificación** es una forma de valorar el grado de implementación de las diferentes herramientas de *Compliance* en la empresa, sobre todo en lo concerniente a la evaluación del riesgo penal o las tareas del oficial de cumplimiento o *Compliance Officer* a la formación que debe impartir en la empresa, también la eficacia del sistema y su comunicación por parte de la empresa. La certificación no solo es para el sistema *Compliance* sino que también para el *Compliance Officer*.²⁴

²⁴En Colombia el oficial de cumplimiento no es valorado como tal, y es mirado como un <<empleado>> más de la empresa. A través del concepto 20141120187091 del 15 de julio de 2014, la Superintendencia de Economía Solidaria responde la consulta planteada por una entidad cooperativa respecto a la certificación del empleado de cumplimiento en la implementación de mecanismos para la prevención y control del LA/FT, en el marco de la Circular Externa 6 de 2014. Inicialmente, la Supersolidaria recuerda en el citado concepto que para el caso de la Circular Externa 6 de 2014 las entidades cooperativas de primer y segundo nivel son las que deben designar un empleado de cumplimiento, mientras que en las de tercer nivel la función puede ser asumida por el representante legal. Respecto a la formación del empleado de cumplimiento, la Superintendencia señala que una de las posibilidades es tomar el curso *E-Learning* que ofrece la Unidad de Información y Análisis Financiero (Uiaf) por medio de su página web, al cual se puede acceder de forma gratuita por medio del siguiente enlace: <https://www.uiaf.gov.co/index.php?idcategoria=7479>. Manifiesta la Supersolidaria que todas las organizaciones cooperativas deben garantizar a la Superintendencia el cumplimiento adecuado de los controles de lavado de activos y financiación del terrorismo, para lo cual deben “considerar autónomamente la formación académica y/o técnica y experiencia que el empleado de cumplimiento, los directivos y demás responsables, acrediten”. Queda claro que no hay certificación obligada de ninguna entidad del empleado de cumplimiento. Queda al arbitrio la formación de este empleado. Sigue sin concreción la figura del oficial de cumplimiento, y no empleado de cumplimiento que tiene un alcance mayúsculo a tono con las recomendaciones internacionales. La circular 100-000005 de 2014 de la superintendencia de sociedades menciona al oficial de cumplimiento o “quien haga sus veces”, e incluso menciona que para la designación del oficial de cumplimiento no hay necesidad de crear un nuevo cargo. En consecuencia, Colombia pasa por no asignar un verdadero papel al oficial de cumplimiento de la manera que se conoce en el derecho comparado.

De todos modos, coincide con todo lo que anotamos en cuanto que los programas de cumplimiento contienen indicaciones específicas de cómo identificar los riesgos penales y las medidas de prevención y control que depende del tamaño de la empresa, por lo que a mayor riesgo penal detectado, la necesidad de implementación de medidas preventivas y periodicidad en su revisión, será mayor.

El *compliance program* constituye el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que de ser adecuado (eficaz) establece los parámetros que delimitan la ausencia de infracción de deber de cuidado en la autorregulación empresarial. La responsabilidad de las personas jurídicas, es el nuevo reto en el panorama de gobierno corporativo y gestión de las sociedades mercantiles y empresas. Señala *Bernardo del Rosal* que la intervención penal en este ámbito, que convierte en responsables directas a las personas jurídicas por los delitos de sus directivos y/ o empleados, solo puede legitimarse por ser una exigencia positiva a “los titulares de la empresa”, para que la administración y la organización de la misma estén orientados a las finalidades estatales de prevención y detección de delitos.

Los programas de cumplimiento, repetimos, constituyen el fundamento político Criminal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De forma pragmática es una ***privatización*** de la prevención de delitos en el ámbito de las empresas. Cada vez el Derecho penal queda en manos de los mismos particulares. Es la expresión de un Estado de Garantía que requiere de una colaboración público-privada, tanto en la creación de normas como en el de su aplicación. La autorregulación regulada por el Estado, también en materia penal. Un nuevo Derecho Penal que ya no es puramente público, sino público- privado. **Un Derecho Penal que tiene como fin respetar, proteger y remediar.**

Señala el profesor *Del Rosal*, que el cumplimiento normativo o regulatorio no es distinto al cumplimiento normativo penal porque todos ellos coinciden en: cumplir con las normas legales para evitar comportamientos irregulares o ilícitos que hagan que la empresa incurra en responsabilidades que le acarreen consecuencias indeseadas²⁵. Además si

²⁵DEL ROSAL, Bernando/GIMENES- ALVEAR, Fernando. Programa ejecutivo Compliance Officer (controller jurídico). En www.wkformacion.es

revisamos los programas de cumplimiento normativo general, casi todos, sirven también para prevenir delitos.

Para el caso de Colombia con el Proyecto de 2014, ahora Ley 1778 de 2016 que regula la responsabilidad administrativa, el programa de cumplimiento normativo o regulatorio general, también será para prevenir el *soborno transnacional*. **En suma, todo queda reducido a prevenir riesgos penales.** Es una constatación imparables. Es la explicación del protagonismo en el siglo XXI de la víctima. Al fin y al cabo el delito queda sometido al proceso penal que no es más que un diálogo. Éste es una necesidad actual de la humanidad. Una manifestación del fin primordial del siglo XXI y XXII del Derecho penal: solucionar problemas. Para el caso del legislador colombiano con el Proyecto 2014 deja abierto el debate sobre la adopción de un **programa de transparencia y Ética empresarial** que sea causal de exclusión de responsabilidad administrativa o una atenuante. Guarda silencio si a su vez se requiere comprobar su eficacia.

¿De qué modo el legislador colombiano cumple con las recomendaciones de la OCDE (*que es un verdadero hard law*), si deja el *Compliance* de forma voluntaria?. ¿Cómo podrá fomentar de modo **eficaz** la transparencia y el *buen gobierno corporativo* que se busca con la regulación de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, si el único modo de delimitar la ausencia de infracción de deber de cuidado es el *Compliance*, además que existe absoluta claridad que el fundamento de tal responsabilidad es el *compliance program*?. Se ha adoptado en Colombia con la Ley 1778 /2016 una responsabilidad administrativa de la persona jurídica que depende de un delito.

La responsabilidad de las personas jurídicas, no puede ser resuelto por el Derecho administrativo común, por lo que hay que re pensar en nuevas formulaciones. Se debe construir por necesidad el castigo a las empresas, que de ser administrativa como se establece en la Ley 1778/2016 en Colombia, es porque el Derecho común, ya sea comercial, civil, o administrativo, no funciona para ella.

No se aconseja recurrir al derecho civil, administrativo común, porque funcionaría para ciertos casos. Se requiere una nueva formulación que se adapte al nuevo sujeto de la persona jurídica, que sea flexible.

EL proyecto No. 159 del 31 de octubre de 2014 ahora ley 1778/2016 en Colombia que adopta una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, resulta una inconveniencia lógica que se haga desde los fundamentos del Derecho administrativo común, porque si se toman estas reglas, para qué hacer tanto, bastaría con establecer un capítulo más, y por lo que se ve no es así. Se recomienda unas propias reglas para la empresa y su responsabilidad.

VII. La *due diligence* y los programas de cumplimiento.

Para que el programa de cumplimiento sea considerado **eficaz** debe reunir los siguientes requisitos, basados en una verdadera gestión de riesgos empresariales: a) evaluar el riesgo, luego sigue el *Risk Management* que incluye: identificación del riesgo, evaluación cuantitativa y cualitativa del riesgo, priorización del riesgo y planificación de la respuesta al mismo, y monitoreo del riesgo b) la existencia de un código ético o comportamiento corporativo, c) modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para prevenir los delitos conforme a la actividad empresarial y del *numerus clausus* de delitos que ha escogido el legislador español. La *due diligence*. **Uno de los grandes retos será desarrollar unos sistemas de prevención acorde con los riesgos específicos de cada empresa que son muy diferentes en función del sector²⁶, pero se requiere una mejor *due diligence* o como dice la Superintendencia de Sociedades, una *due diligence avanzada*, de mayor cuidado, diligencia e investigación. Esta preocupación de la *Super* muestra la necesidad de determinar el alcance de la *Due Diligence*, que **hasta ahora es un** concepto indeterminado y eso lleva a problematizar el criterio de autor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque sigue indeterminado cualquier criterio que se deduzca de la *due diligence*²⁷, d) Informes periódicos sobre la eficacia del programa de cumplimiento. Seguimiento de las denuncias²⁸, procedimientos internos, como también hacerle**

²⁶CAVANNA, Javier Martín. *Guardianes de la integridad: una nueva profesión*. Febrero, 2015. En <http://www.compromisoempresarial.com/carrusel/2015/02/guardianes-de-la-integridad-una-nueva-profesion/#sthash.5IUOQN4.dpuf>

²⁷La circular 100-000005 de 25 junio de 2014 de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, va un poco más exigiendo una **debida diligencia avanzada**, como un mayor nivel de cuidado, diligencia e investigación, pero no dice cómo es ese mayor cuidado.

²⁸Se debe descartar el anónimo como forma de activar la jurisdicción interna de la empresa porque los informes anónimos plantean un problema con respeto al requisito esencial de la denuncia que es conocer la identidad de quien denuncia, porque en materia empresarial permitirá que para causar un daño entre empresas o particulares se hagan anónimos como forma de competencia desleal y sacar del mercado determinada empresa de la competencia. Sobre esta temática en materia de responsabilidad individual, RUIZ RENGIFO,

seguimientos a los procedimientos civiles, penales y administrativos de la persona jurídica, dependiendo de la vía de responsabilidad que el legislador haya escogido, e) establecer un sistema disciplinario, f) verificación periódica del programa de cumplimiento y de su eventual modificación, cuando haya ocurrido alguna infracción relevante que implique modificar el programa de cumplimiento normativo, o cuando la empresa cambie en su organización, estructura de control, o cambie de actividad desarrollada, g) comunicación periódica a todos los empleados incluyendo a los directivos sobre los procedimientos de prevención.

Como señala Murray Grainger, fundador de Impact on Integrity (IOI) y ex director de Ethics and Compliance Programme en Airbus, “**Los programas de papel no serán suficientes. Es preciso impulsar una comunicación integral en la empresa**, destacando los principales riesgos y concienciando acerca de cómo la integridad y las buenas prácticas crean un enorme valor para los diferentes grupos de interés”. No se agota en un código de conducta. Se exige que el programa de cumplimiento sea más allá del código de conducta. Que su contenido sea estimulado de forma permanente e integra. Un programa de cumplimiento por sí solo, su valor es limitado.

Unos pasos concretos para llevar a cabo este requisito es: 1. Marcar el **tono adecuado** para que todos los empleados comprendan los principios y normas clave del cumplimiento, 2. Hacer que todo el personal complete su **formación** en cumplimiento, 3. Puertas de despachos siempre abiertas para que haya **diálogo**, 4. **Informar** de las preocupaciones a la persona adecuada, 5. Animar a la gente a que informe sobre posibles **conflictos**, 6. Cumplir con el proceso de **aprobación de beneficios**, h) imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimiento al organismos encargado de vigilar el funcionamiento del modelo de prevención (*Whistle blowers*)²⁹.

¿Queda el interrogante en el litigio normal (ejercicio de la abogacía), en cuanto qué tan eficaz es un *compliance programm* que no pudo evitar la conducta criminal?. Hemos venido observando que les queda más fácil a los abogados entender la responsabilidad

Hoover Wadith. El anónimo como forma ilegal de activar la jurisdicción penal. Editorial Ibáñez. 1998, passim.

²⁹Vid. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y Otros. Los compliance programs en el Proyecto de Reforma del Código Penal:¿obligatorios bajo amenaza de delito la omisión de su implantación?. Clifford Chance, Client Briefing. Madrid. Marzo 2014.

penal de las personas jurídicas, porque si alguna resistencia existe para acomodar la teoría jurídica del delito individual a la de la persona jurídica, el costo es de la primera.

La práctica forense irá perfilando la teorización de este nuevo sujeto de derecho penal. En los últimos tiempos, se ha dado una inflación de ofertas de programas corporativos en España después de 2010. Todo parece indicar que la jurisprudencia es más una fuente de hecho que de Derecho.

Hay que escoger aquellos programas que cumplan como mínimo los siguientes 3 requisitos: 1. la personalización, esto es, un programa adaptado a la configuración, estructura, objetivos visión, misión y valores de esa empresa, 2. Un planificado análisis de riesgos realizado con los estándares internacionales aceptados al uso, y personalizar las adecuadas elaboraciones de matrices de riesgos personalizadas para cada caso en concreto, 3. Definir con el responsable o responsables de los riesgos su <<apetito>> de riesgos, es decir, hasta dónde están capaces de llevar los riesgos que se detecten en la empresa, y en función de su decisión voluntaria de adoptar unas u otras medidas, se puede configura el plan de prevención, adaptado al modelo de gestión de cada empresa.

La elaboración de un *programa de cumplimiento* requiere de un equipo multidisciplinar en la que intervengan varios profesionales afines. La empresa que confeccione el programa tendrá su propia documentación que le permita defender cada una de las decisiones profesionales en caso de un proceso penal.

En últimas, la eficacia del programa de cumplimiento queda en manos de la interpretación y aplicación de un Juez o Tribunal³⁰, o del Superintendente para el caso de Colombia, ya que conforme a la Resolución 100-002657 de fecha 25/07/2016 donde se establecen unos criterios para los programas de transparencia, ética empresarial y mecanismos de prevención del soborno transnacional, en el considerando TERCERO, se lee que los criterios para la graduación de las sanciones previstos en el artículo 7 de la ley 1778 de 2016, se incluyó lo relacionado con la “existencia, ejecución y efectividad” de los programas y mecanismos a los que hace mención en el artículo 23 de la ley 1778 de 2016 que son los programas de transparencia, ética empresarial y mecanismos de prevención de

³⁰ Así, PÉREZ ARIAS, Jacinto. Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Dickinson S. L. Madrid, 2014, p. 201.

la conducta señalada en el art. 2 de la ley 1778 de 2016. . Con razón, señala Jacinto Pérez Arias (refiriéndose a España) que la eficacia del programa de cumplimiento no es más que un ejemplo del practicismo teórico a lo que nos está llevando las últimas reformas del Código penal³¹, para el caso español.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

CAVANNA, Javier Martín. Guardianes de la integridad: una nueva profesión. Febrero, 2015. En <http://www.compromisoempresarial.com/carrusel/2015/02/guardianes-de-la-integridad-una-nueva-profesion/#sthash.5IIUOQN4.dpuf>

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y Otros. Los compliance programs en el Proyecto de Reforma del Código Penal: ¿obligatorios bajo amenaza de delito la omisión de su implantación?. Clifford Chance, Client Briefing. Madrid. Marzo 2014.

DEL ROSAL, Bernardo/GIMENES- ALVEAR, Fernando. Programa ejecutivo Compliance Officer (controller jurídico). En www.wkformacion.es

MAZA MARTÍN, José Manuel. Prevención de riesgos penales. El régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones sustantivas generales. www.kwformación.es

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. <<La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas>>, en VV.AA. Comentario a la reforma penal de 2015. Aranzadi. Navarra, 2015, p. 81.

RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. <<La necesidad del contenido propio del deber de las personas jurídicas delineados por un más allá de la eficacia de los programas de cumplimiento. Hacia una diligencia debida, revisada y mejorada>>, en Actualidad penal No. 12. Instituto Pacífico, junio 2015, pp83-101.

RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. Derecho penal y control social. Con referencia especial a la sociedad colombiana. En el libro Serta in memoriam di Alexandri Baratta. Ediciones universidad de Salamanca, 2005, p. 90.

RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. Hacia dónde va el Derecho penal. Ediciones Ratio Legis. Salamanca, España. 2011, passim.

RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith, en la entrevista completa que le hace el periódico *Ámbito jurídico* de Legis S. A., en Colombia, donde expresa ““Hay que consagrar la responsabilidad penal de las empresas”, 1 de octubre de 2015. www.ambitojuridico.com

RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. El anónimo como forma ilegal de activar la jurisdicción penal. Editorial Ibáñez. 1998, passim.

RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. La exigencia de un método en el debate actual de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Tiene un futuro la dogmática penal de las personas jurídicas?. Editorial Gustavo Ibáñez, 2006, passim.

³¹Ibídem, ob, cit, p. 201.

SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, VV. AA. El Derecho penal Económico en la Era Compliance, coord. Arroyo, Gómez Colomer, Nieto, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 63-109.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Diario expansión, Por la defensa preventiva de las empresas, OPINIÓN, miércoles 1 de julio de 2015.