

Programas de cumplimiento y responsabilidad penal de las personas jurídicas: una referencia a sus efectos dogmáticos

Elaborado por
Esteban Vásquez Ortiz

Trabajo de grado para optar por el título de magíster en derecho penal

Asesor
Dr. Renato Vargas Lozano

UNIVERSIDAD EAFIT
Escuela de derecho 2023

Resumen

Actualmente, las empresas tienen el deber de evitar y controlar los riesgos derivados de su actividad y esto lo realizan mediante los llamados programas de cumplimiento normativo que, en caso de ser idóneos y eficaces, no sólo cumplen con una finalidad pública preventiva, sino que acarrear efectos beneficiosos para las compañías, fundamentalmente, los de eximir o de atenuar la responsabilidad jurídica. Para conceder dicho beneficio, se debe verificar en cada caso, materialmente y de manera detallada, si las medidas adoptadas por la persona jurídica fueron adecuadas para evitar los riesgos y si sus órganos ejecutaron su función.

Sumario

Introducción. **1.** Programas de cumplimiento normativo: generalidades y regulación. **1.1.** Definición y enfoques **1.2.** Historia y regulación internacional **1.3.** Regulación en Colombia **2.** Programas de cumplimiento idóneos y eficaces: una referencia a sus efectos sustantivos y procesales en materia penal. **2.1.** En lo sustantivo: el efecto eximente o atenuante **2.2.** En lo procesal: la distribución de las cargas probatorias y la determinación de la idoneidad y de la eficacia del programa. Conclusiones. Bibliografía

Introducción

En el transcurso de los últimos años, la actividad empresarial se ha visto permeada por los avances tecnológicos y la globalización, haciendo comunes la conexión y la transnacionalidad en las relaciones intersubjetivas y en las operaciones comerciales que se realizan a diario. Estos fenómenos permiten que al hombre de negocios le baste un teléfono móvil, sin importar el país en donde se encuentre, para cerrar un trato internacional, sin necesidad siquiera de reunirse presencialmente con quien realiza dicha actividad e, incluso, actualmente le es posible realizar pagos en criptoactivos.

Las dinámicas reseñadas antes agilizan y tecnifican los procesos corporativos (captación de recursos, contratación con proveedores, producción, etc.), abren la puerta al crecimiento empresarial, aumentan la capacidad de gestión de las corporaciones y su posicionamiento en el mercado e incrementan el tamaño y la complejidad de estas estructuras. Sin embargo, a la par de estos aspectos positivos, también crecen las posibilidades de que la empresa, sus directivos o sus empleados puedan verse involucrados en la realización de hechos delictivos, cuya persecución resulta mucho más difícil en un contexto como el descrito, piénsese, por ejemplo, en los casos de lavado de activos.

Este nuevo escenario genera mayores retos para el derecho penal, ante los cuales los Estados vienen expandiendo su facultad de castigar y flexibilizando sus barreras o límites. Para ilustrar lo dicho, basta con advertir cómo, en los ordenamientos jurídicos de tradición continental europea, se viene introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pese a las objeciones político criminales y dogmáticas que ello suscita; esto explica que la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica sea uno de los tópicos de mayor interés causa en el derecho penal económico de los países del *civil law*.

Al respecto las opiniones están divididas: de un lado, hay quienes se oponen¹ argumentando, en resumen: (1) La imposibilidad de que la empresa realice un comportamiento o una conducta (incapacidad de acción); (2) la imposibilidad de predicar

¹ Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2^a ed, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 57 y ss; Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, II, Madrid, 1998, pp. 72-74; Gracia Martín, Luis, “consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en derecho sancionador administrativo”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, SSN 2341-2135, núm. 55, Zaragoza, 2020, pp. 12-118; Díaz y García Conlledo, Miguel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático”, en Christa María, Madrid Boquín (coord.) y Gómez Colomer, Juan Luis (dir.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización*, ISBN 978-84-1336-178-9, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. pp. 101 - 123; Robles Planas, Ricardo, “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, en *diario La Ley*, No. 7705, 2011, pp.14 y ss; Mir Puig, Santiago, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en *Revista Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP*, Madrid, 2015, p. 142; Silva Sánchez, Jesús-María, «La exigencia de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», en Ragués i Valles, Ramon y Robles Planas, Ricardo (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría aplicada al derecho penal económico-empresarial*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 672; Araque Moreno, Diego, *Derecho penal: Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*, 2da edición, Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2018, p. 156; Velásquez Velásquez, Fernando, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Moreno Hernández, Moisés (Coord.), *Globalización e internalización del derecho penal*, México, Cepolerim, 2003.

su culpabilidad (por ausencia de sustrato psíquico que permita conocer o comprender la ilicitud, o que permita exigir la realización de otra conducta) y (3) su incapacidad para recibir penas, por no poder sentir dolor o aflicción.

Del otro lado, son plurales las voces que indican que la responsabilidad penal también se puede predicar de las personas jurídicas², mencionando, entre otras cosas, que la empresa tiene la capacidad de cumplir los requisitos propios generadores de la responsabilidad penal, sumada la posibilidad de la imposición de la pena. Estos autores centran el debate en la determinación del modelo de responsabilidad más adecuado, discutiendo si la persona jurídica debe responder exclusivamente por su propio hecho o si, en cambio, debe hacerlo por el hecho de sus directivos, administradores o trabajadores.

De acuerdo con lo primero, la empresa solo puede ser sancionada por su propio hecho, dando lugar a un modelo de autorresponsabilidad, el cual exige, para que se entienda configurado el delito, que la empresa haya realizado la conducta antijurídica³; este es el modelo de autorresponsabilidad limitado, sostenido por la doctrina mayoritaria. No obstante, hay algunos autores que van más allá, pues indican que la responsabilidad empresarial debería tener un fundamento distinto e independiente del previsto para las personas naturales. Este modelo, que se conoce como de autorresponsabilidad absoluta, exige la verificación del injusto propio de la persona moral construido en la noción del defecto de organización y una culpabilidad propia basada en la cultura del incumplimiento⁴.

En segundo lugar, se encuentran quienes indican que la persona jurídica debe responder por el hecho ajeno, sugiriendo un modelo de heterorresponsabilidad (también conocido

² Tiedemann, Klaus, “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, en Gómez-Colomer, José Luis y González Cussac, José Luis (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al prof. Klaus Tiedemann)*, Estudios Jurídicos, N° 2, España, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, 1997, pp. 25 y ss; Bajo Fernández, Miguel; Bernardo J. Feijóo Sánchez; Gómez-Jara Diez, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 2016; Coca Vila, Ivó “¿Programas de cumplimiento como formas de autorregulación regulada?” En Silva Sánchez, Jesús-María (dir.) y Montaner Fernández, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013; Reyes Alvarado, Yesid, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, n° 25, Bogotá, editorial Legis, 2008.

³ González Cussac, José Luis, “Eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, Universidad Santiago de Compostela, España, 2019, pp. 604 y ss.

⁴ *Ibid.*, pp. 600 y ss.

como modelo vicarial), consistente en que la empresa debe ser sancionada por el delito cometido por las personas naturales en el seno de su estructura, sin que sea necesaria la verificación de los elementos de responsabilidad de la persona jurídica, pues estos se transfieren del empleado a ella⁵. Dicho modelo, según Goena, es el que parece imperar en el ordenamiento jurídico español⁶, aunque González Cussac indica que, en ese Estado, de *lege data*, se necesita verificar unos requisitos adicionales en la conducta de la persona natural para predicar la responsabilidad de la empresa⁷.

Por último, como una tercera tesis, se encuentra la que aboga por un modelo de responsabilidad empresarial por participación omisiva e imprudente, sostenida por Rodríguez Ramos, quien indica que debe verificarse la participación de la empresa en la comisión delictiva realizada por la persona natural, pues esta se da por ausencia de vigilancia y control, entendiéndose como una cooperación necesaria imprudente, en modalidad de comisión por omisión de los delitos realizados por la persona física⁸.

Actualmente, la responsabilidad penal de la persona jurídica está prevista en varios países de tradición europeo continental, entre los que se hallan, a título de ejemplo, Austria, Italia, Francia, España, Chile, Ecuador, Perú y Argentina. El ordenamiento jurídico colombiano no es ajeno a este debate⁹, como lo demuestran las diversas propuestas que se han presentado sobre el particular en los últimos años: el proyecto de ley 178 de 2020, el 05 de 2019 (para el senado) y 010 de 2019 (para la cámara de representantes), o el 117 de 2018 (para el Senado) o 256 de 2018 (para la Cámara de Representantes), respecto de los cuales resulta llamativo mencionar que su discusión se ha truncado por meras cuestiones de procedimiento o de forma y, hoy en día, no se ha llevado a cabo un debate

⁵ *Ibíd.*, pp. 604 y ss.

⁶ Goena Vives, María Beatriz, “Atenuante de la colaboración” en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.) y Montaner Fernández, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 242. En similares términos para el caso de Holanda, se indica “es preciso, por tanto, constatar responsabilidades individuales de las personas físicas, para luego atribuir las, imputarlas a la persona jurídica” Vervaele, John A. E., *Societas/universitas delinquere ed puniri potest: ¿la experiencia holandesa como modelo? Ubijus*, México D.F., Editorial S.A. de C.V., 2015, p. 24.

⁷ González Cussac, José Luis, “Eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, *cit.*, p. 650.

⁸ Rodríguez Ramos, Luis, “Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTs 514/2015, 154 y 221/2016)”, en *Diario La Ley*, N° 8766, 2016.

⁹ Para una revisión completa del tema léase a Velásquez Velásquez, Fernando y Vargas Lozano, Renato, “Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Colombiano” en Christa María, Madrid Boquín (coord.) y Gómez Colomer, Juan Luis (dir.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización*, ISBN 978-84-1336-178-9, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 1615-1656.

de fondo sobre el asunto, al menos en el poder legislativo. La Corte Constitucional, en cambio, ha manifestado expresamente que la responsabilidad penal de la persona jurídica no va en contra de la Constitución¹⁰.

Ahora bien, la discusión en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica trae consigo el debate en torno a los llamados programas de cumplimiento normativo penal, pues se trata, en síntesis, de mecanismos diseñados e implementados para evitar la comisión de delitos en el seno de las corporaciones. Debido a la relevancia de los mencionados programas a la hora de atribuir responsabilidad penal e imponer consecuencias de esa naturaleza, los mismos constituyen el objeto de estudio de la presente investigación, para lo cual se parte del examen de sus aspectos generales (definición, enfoques, historia y regulación) y de los efectos eximentes o atenuantes que se pueden derivar de la valoración de su idoneidad y su eficacia.

Esta investigación, que es de corte cualitativo y en la que se sigue el método dogmático en sus fases de interpretación, sistematización y crítica, se desarrolla acudiendo a fuentes primarias, tanto doctrinales como normativas, cuya relación tiene lugar en la bibliografía.

1. Programas de cumplimiento normativo: generalidades y regulación

La implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas favorece que las empresas incluyan, dentro de su gestión de riesgos en general, aquellos de naturaleza penal, con el fin de prevenir la comisión de delitos y, para ello, diseñan y ponen en marcha una serie de políticas y de protocolos que, por lo general, se articulan en torno a los llamados programas de cumplimiento normativo o *compliance programs*.

Este control privado del riesgo se corresponde con la tendencia de la llamada “privatización” del derecho penal, la cual es consecuencia de la incapacidad del Estado

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-320 del 30 de junio de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

para controlar y gestionar -todos- los riesgos actuales¹¹; por esta vía, se imponen ciertos deberes y se atribuyen algunas facultades a los particulares, que anteriormente eran estatales.

Como consecuencia de lo referido en precedencia, la política criminal incorpora la estrategia de recomendar -e, incluso, obligar- a ciertas empresas la creación e implementación de los programas de cumplimiento normativo. Naturalmente, el comentado es un punto que no se encuentra ajeno a discusiones de legitimidad, pues esta combinación entre políticas públicas y privadas se traduce en la autovigilancia y la autorregulación corporativa, convirtiéndose la empresa en la encargada de la “prevención de irregularidades” y en “juez de sí misma”¹².

1.1. Definición y enfoques

El programa de cumplimiento normativo o *compliance* se puede definir como un conjunto de “medidas de prevención a través de las cuales las empresas pretenden asegurar tanto el cumplimiento de las normas aplicables a las mismas y a sus trabajadores, como la denuncia y eventual sanción de sus infracciones”¹³. Ahora bien, específicamente, el programa de cumplimiento normativo en materia penal, o *criminal compliance*, se entiende “como la implementación y aplicación de medidas organizativas de prevención (...) destinadas a evitar la comisión de hechos delictivos en interés de éstas”¹⁴.

Sin duda, el programa de cumplimiento normativo en materia penal ha adquirido especial interés en los países de tradición jurídica europea continental durante los últimos años, a propósito de la discusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; con

¹¹ Vargas Lozano, Renato, «La criminalidad empresarial y la “privatización” del derecho penal», en Estanislao Escalante (y otros tres dirs.), *Problemas actuales de derecho penal económico, responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance penal y derechos humanos y empresa*, 1ª edición, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Sociales Gerardo Molena (UNIJUS), Grupo de investigación Escuela de investigación en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal “Luis Carlos Pérez” Polcrymed, 2020.

¹² Busato, Paulo César, “Lo que no se dice sobre *criminal compliance*”, en *Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, ISSN: 2531-1565, 2017, pp. 3 y ss.

¹³ Kuhlen, Lothar, “Compliance y derecho penal en Alemania”, en Mir Puig, Santiago, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor (Dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Buenos Aires, B de F, 2014., p. 91.

¹⁴ *Ibíd.*, p.104.

ocasión de ello, y en la medida en que la doctrina especializada se ha enfocado en teorizar sobre sus principios, sus requisitos, sus efectos y demás puntos relevantes¹⁵, dichos instrumentos viven un “proceso de estandarización”, semejante al experimentado por otros temas jurídico penales tales como la imprudencia o el riesgo permitido¹⁶.

Aunque ya se hizo referencia al uso político criminal de los programas de cumplimiento normativo, en tanto instrumentos para la prevención de los delitos, conviene tener presente que el cumplimiento no se limita de manera exclusiva al ámbito penal; de hecho, “el derecho penal ha sido el último invitado a esta fiesta corporativa de la «autorregulación»”¹⁷, de tal suerte que son varios los saberes y disciplinas que se ocupan de ellos y eso explica, por ejemplo, que los autores diferencien el concepto de *compliance* en sentido amplio, relacionándolo con la ética y con la política empresarial, y en sentido estricto, refiriéndolo a la normativa legal vigente¹⁸.

También en consonancia con lo dicho, los programas de cumplimiento normativo pueden ser estudiados desde diversos enfoques, en primer lugar, han sido visualizados como una herramienta que va más allá de la normativa penal y, en segundo lugar, es posible estudiarlos desde sus implicaciones en el ámbito penal propiamente dicho.

De acuerdo con lo primero, son vistos (1) como normas técnicas empresariales, es decir, una especie de *Lex artis* que ofrece un estándar para la gestión social de los riesgos en cada sector de la actividad económica¹⁹; así mismo, (2) como parte de la responsabilidad social de la empresa, incluyendo la realización de tareas ambientales²⁰ o, en fin, (3) como herramientas para cumplir con lo que es ‘debido’, dando lugar esto último a un variado

¹⁵ Sieber, Ulrich, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín Adán (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 107.

¹⁶ Nieto Martín, Adán, “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, en Nieto Martín; Lascuraín Sánchez; Blanco Cordero; Pérez Fernández; García Moreno, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 111- 115.

¹⁷ Nieto Martín, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, en Hurtado Pozo, José (Dir.) y Mendoza Llamapconcca, Fidel (Coord.), *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance Anuario de Derecho Penal 2013-2014*, Suiza, Universidad de Friburgo & Fondo Editorial, Pontificia Universidad católica del Perú, 2014, p. 177.

¹⁸ García Caveró, Percy, *Criminal compliance*, Lima, Universidad de Perú, Palestra, 2014.

¹⁹ Coca Vila, Ivó, “¿Programas de cumplimiento como formas de autorregulación regulada?”, cit.

²⁰ Sieber, Ulrich, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, cit., p. 80.

elenco de principios y reglas²¹, o sea, a una cultura organizacional de buen gobierno corporativo²². En este mismo orden de ideas, se los explica y analiza desde lo jurídico, pero en relación con el derecho laboral, en tanto contienen normas vinculantes para los trabajadores cuyo incumplimiento podría acarrear su despido²³.

Con ocasión de la segunda perspectiva, esto es, la óptica propia y exclusiva del derecho penal, el *criminal compliance* cumple o puede cumplir diversos papeles, en función del respectivo modelo adoptado, así: (1) como forma de determinación del injusto²⁴; (2) como codeterminante de la culpabilidad²⁵ o, en fin, (3) como causa de exclusión de las anteriores categorías dogmáticas²⁶. Inclusive, han sido estudiados (4) como un elemento propio de la imputación objetiva, teniendo como eje para esta discusión las cuestiones del riesgo permitido y, por supuesto, del cuidado debido²⁷.

1.2. Historia y regulación internacional

Los programas de cumplimiento normativo penales aparecen, por primera vez, en los Estados Unidos de América, pues allí se ha reconocido, desde el siglo pasado, la responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, los programas en comento fueron mencionados, inicialmente y cuando menos de forma indirecta, en el año 1909, por el Tribunal Supremo estadounidense en el caso *New York Central & Hudson River Railroad*

²¹ Vargas Lozano, Renato, «La criminalidad empresarial y la “privatización” del derecho penal», cit.

²² Duque Pedroza, Andrés Felipe y Sanín Gómez, Juan Esteban, “*Compliance* societario y tributario. Análisis penal desde el ordenamiento jurídico colombiano”, en *Estudios de derecho penal societario*, Gómez Martínez, Diego León, Cadavid Jaramillo, Sebastián y Sanín Gómez, Juan Esteban (cords.), Medellín, Editorial Diké, Universidad Santiago de Cali, 2020, p. 110.

²³ Sieber, Ulrich, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, cit., p.80.

²⁴ Gómez-Jara Diez, Carlos, “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrina actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Arroyo Jiménez, Luis (dir.), Nieto Martín, Adán (dir.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 281.

²⁵ Gómez-Jara Diez, Carlos, “El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Nuria Pastor Muñoz (coord.) y Jesús María Silva Sánchez (dir.), *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, ISBN 978-84-8126-470-8, Madrid, La ley, 2012, pp. 43-102.

Los programas de cumplimiento normativo también han sido estudiados como fundamento de la culpabilidad, pues esta última comprende la posibilidad de realizar otra conducta (que consiste en la adecuación de la empresa a la cultura del cumplimiento), según lo indica Trespalacios Carrasquilla, Santiago, *Aproximación a la responsabilidad penal de la empresa. Apuntes para una propuesta normativa*, Bogotá, Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos, 2021, pp. 59-60.

²⁶ González Cussac, José Luis, “Eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, cit., p. 651.

²⁷ Sieber, Ulrich, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, cit. p.89.

Co. v. United States, indicando que “el objetivo de la sanción es incitar a las empresas a que internamente se doten de mecanismos de control, que les permita cumplir con la legalidad”²⁸.

A partir de ahí, los programas de cumplimiento normativo penal experimentaron una evolución que ha pasado por diversas etapas, advirtiéndose un primer momento durante el convulso periodo de la depresión económica del año 1929²⁹; luego, a mediados de los años 1950 y 1960, fueron utilizados como mecanismos de defensa empresarial en el marco de ciertos procesos penales en contra de varias grandes compañías eléctricas por la presunta realización de acuerdos para fijar precios, amañar recursos o compartirse el mercado, siendo representativo el caso de *General Electric*³⁰.

Posteriormente, para la década de 1970, a causa de escándalos financieros relacionados con sobornos y financiación ilegal de campañas presidenciales por parte de ciertas compañías norteamericanas, la *Securities and Exchange Commission* (autoridad del mercado de valores estadounidense) optó por darle un trato menos severo a las empresas que denunciaran este tipo de conductas, tras haber llevado a cabo investigaciones internas; así mismo, la referida autoridad también obligó a otras empresas a someterse a auditorías externas adicionales. Luego, en 1977, por presuntos sobornos de las compañías norteamericanas a funcionarios de otros países, surge la *Foreign Corrupt Practices Act* que exigió la implementación de prácticas contables y controles internos para evitar tales pagos ilícitos³¹.

Por su parte, en los países de tradición jurídica europea continental, los programas de cumplimiento penal encuentran sus antecedentes en las directrices de los instrumentos internacionales³², orientadas a la prevención de ciertos delitos, como ocurre con la

²⁸ Nieto Martín, Adán, “el cumplimiento normativo” en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Blanco Cordero, Isidoro; Nieto Martín, Adán; Pérez Fernández, Patricia; García Moreno, Beatriz; Lascuráin Sánchez, Juan A., España, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 32.

²⁹ Gallego Soler, José Ignacio, “Criminal *Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales” en Mir Puig, Santiago, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor (Dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Buenos Aires, B de F, 2014, p. 201.

³⁰ Villegas García, María Ángeles, *Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 109.

³¹ *Ibíd.*, p. 110.

³² Hernández Quintero, Hernando Antonio, “*Compliance* en la detección, prevención y sanción del lavado de activos en las empresas del sector financiero en Colombia”, en *Estudios de derecho penal societario*,

Convención de Viena de 1988, que obliga a los transportistas comerciales tomar medidas para evitar que sus medios de transporte sean utilizados en delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes³³. Algo similar ocurre con la Convención de la OCDE de 1997 para combatir el cohecho de servidores en transacciones comerciales internacionales, en que exige implementar medidas eficaces para prevenir tal actividad criminal y brinda algunos parámetros con relación al manejo de la contabilidad³⁴; con la Convención de Palermo de 2000, que alude a la detección, por parte de las empresas, del blanqueo de capitales por medio de la identificación de sus clientes, haciendo un llamado a los estados parte para evitar la corrupción y la delincuencia organizada transnacional³⁵; y con la Convención de Mérida de 2003, pues, para prevenir la corrupción, indica ciertas medidas que deberán ser adoptadas, por ejemplo: que el sector privado emplee buenas prácticas

Gómez Martínez, Diego León, Cadavid Jaramillo, Sebastián y Sanín Gómez, Juan Esteban (cords.), Medellín, Editorial Diké, Universidad Santiago de Cali, 2020, p. 421.

³³ Organización Mundial de las Naciones Unidas, Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988, señala en su artículo 15: “1. Las Partes adoptarán medidas adecuadas a fin de garantizar que los medios de transporte utilizados por los transportistas comerciales no lo sean para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3; entre esas medidas podrá figurar la concertación de arreglos especiales con los transportistas comerciales. 2 Cada una de las Partes exigirá a los transportistas comerciales que tomen precauciones razonables a fin de impedir que sus medios de transporte sean utilizados para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 (...)”.

³⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, 1997. En su preámbulo, indica: “la Recomendación Revisada para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) el 23 de mayo de 1997, C (97) 123/FINAL, que, inter alia, exigió medidas eficaces para disuadir, prevenir y combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en relación con las transacciones comerciales internacionales”. Además, en su artículo 8, numeral 1, refiere: “cada Parte deberá tomar las medidas que sean necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentos, respecto a mantener libros y registros contables, divulgar estados financieros y usar normas de contabilidad y auditoría, para prohibir la creación de cuentas no asentadas en libros contables, llevar una doble contabilidad o transacciones identificadas de manera inadecuada, el registro de gastos inexistentes, el registro de pasivos con identificación incorrecta de su fin, así como el uso de documentos falsos por parte de las empresas sujetas a dichas leyes y reglamentos, con el propósito de sobornar a servidores públicos extranjeros o de ocultar dicho delito”.

³⁵ Organización Mundial de las Naciones Unidas, Convención contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, 2000, según se lee en su “Artículo 7. Medidas para combatir el blanqueo de dinero: 1. Cada estado parte: Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas (...)” y en el “Artículo 31. Prevención 1. Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional”.

2. Los Estados Parte procurarán, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en mercados lícitos con el producto del delito adoptando oportunamente medidas legislativas, administrativas o de otra índole. Estas medidas deberían centrarse en (...)”.

en sus procedimientos, abarcando los correctos controles contables, y también recuerda a los Estados la necesidad de prevenir el blanqueo de capitales por medio de la regulación a las personas que presten servicios de transferencia de dinero, siendo necesario para ello identificar al cliente y, en ocasiones, al beneficiario final, al igual que establecer registros y denunciar³⁶.

³⁶ Organización Mundial de las Naciones Unidas, Convención contra la Corrupción (UNCAC), 2003, de las que se destaca lo siguiente: “*Artículo 12. Sector privado 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prevenir sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.*

2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en:

a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes;

b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado;

c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas; (...)

f) Velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción, y por que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación.

3. A fin de prevenir la corrupción, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención:

a) El establecimiento de cuentas no registradas en libros;

b) La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas;

c) El registro de gastos inexistentes;

d) El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto;

e) La utilización de documentos falsos; y

f) La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.”

“Artículo 14. Medidas para prevenir el blanqueo de dinero. 1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas; (...)

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que:

a) Incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente;

b) Mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y

c) Examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente. (...)”

“Artículo 52. Prevención y detección de transferencias del producto del delito

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para exigir a las instituciones

1.3. Regulación en Colombia

Los programas de cumplimiento pueden estar más o menos regulados por los Estados, existiendo ordenamientos jurídicos que contienen los aspectos del cumplimiento normativo de una manera detallada, limitando el margen de discrecionalidad de la empresa (regulación puramente estatal), al igual que otros que brindan unos parámetros para que la empresa se regule (“autorregulación regulada”) y, por último, otros en donde la regulación se deja librada a la empresa (autorregulación)³⁷. También, es relevante advertir que no hay una forma concreta, explícita y universal para elaborar los programas de cumplimiento, pues ello parte del conocimiento de los riesgos que se generan dentro de cada empresa en particular, los cuales son muy distintos para cada compañía con respecto a las demás; con mayor razón, cuando las empresas pertenecen a sectores económicos distintos.

En Colombia, existen varias normas y autoridades que orientan lo atinente a los programas de cumplimiento normativo, aunque no necesariamente se les dé ese nombre. Los parámetros respectivos dependen del sector económico al que pertenezca la empresa correspondiente y de la autoridad administrativa competente para su vigilancia; entre otros, se encuentran los siguientes:

financieras que funcionan en su territorio que verifiquen la identidad de los clientes, adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores. Ese escrutinio intensificado deberá estructurarse razonablemente de modo que permita descubrir transacciones sospechosas con objeto de informar al respecto a las autoridades competentes y no deberá ser concebido de forma que desaliente o impida el curso normal del negocio de las instituciones financieras con su legítima clientela.

2. A fin de facilitar la aplicación de las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno e inspirándose en las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, inter- regionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero, deberá:

a) Impartir directrices sobre el tipo de personas naturales o jurídicas cuyas cuentas las instituciones financieras que funcionan en su territorio deberán someter a un mayor escrutinio, los tipos de cuentas y transacciones a las que deberán prestar particular atención y la manera apropiada de abrir cuentas y de llevar registros o expedientes respecto de ellas; (...).”

³⁷ Sieber, Ulrich, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, cit., p.77.

- Las empresas del sector financiero, vigiladas por la Superintendencia Financiera, se rigen por la Circular Básica 027 de 2 de septiembre de 2020, la cual regula el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT). Este sistema de prevención se estructura a partir de la identificación, la medición o la evaluación, el control y el monitoreo de riesgos, al tiempo que se impone a todas las entidades vigiladas por dicha autoridad.

- Las empresas del sector real, vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, deben observar lo dispuesto en la Circular Básica 100-000005 de 22 de noviembre de 2017, que, en su capítulo X, brinda el marco general atinente a la prevención y gestión de los riesgos relacionados al lavado de activos y financiación del terrorismo. Lo anterior, es complementado con la Circular de 24 de diciembre de 2020, la cual especifica el régimen de medidas mínimas del Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SAGRILAFT), por lo tanto, brinda unos parámetros generales para la implementación de dichos sistemas; relaciona y clasifica las empresas que deben implementarlos y detalla los “procedimientos de diseño, aprobación, seguimiento, divulgación y capacitación (...)”; menciona las etapas del riesgo (identificación, medición o evaluación, control y monitoreo), y asigna deberes de supervisión y comunicación tanto a la revisaría fiscal como a la auditoría. A esta circular, le sobrevienen la Circular 100-000004, de 9 de abril de 2021, que modifica la regulación del oficial de cumplimiento, del revisor fiscal y de la debida diligencia intensificada con las personas políticamente expuestas (PEP); la Circular 100-000008, de 11 de junio de 2021, que detalla la política de pedagogía, verificación y sanción del SAGRILAFT y, por último, la Circular 100-000015, de 24 de septiembre de 2021, que modifica las definiciones de PEP y adiciona la definición de ‘asociados cercanos’.

También, esta misma autoridad ha regulado los Programas de Transparencia y Ética Empresarial (en adelante, PTEE) para evitar los actos de soborno transnacional, por medio de normas internas de auditoría y mecanismos de prevención, bajo el régimen de la Ley 1778 de 2016. En consonancia con ello, expidió la Resolución 100-002657, de 25 de julio de 2016, que determinó las

sociedades que deben adoptar dicho programa de ética empresarial, advirtiendo que esta disposición fue derogada por la Resolución 100-006261, de 2 de octubre de 2020; la Circular Externa 100-0003, de 26 de julio de 2016, que es una guía para poner en marcha programas de ética empresarial en la materia comentada, donde enuncia principios y fija parámetros para “identificar, detectar, prevenir y mitigar” esos riesgos; la Circular 100-000011, de 9 de agosto de 2021, que modifica la anterior, enfatizando en la promoción de los PTEE y, finalmente, la Circular 100-000012, de 9 de agosto de 2021, que establece la política de supervisión para la materia en torno a la pedagogía, el cumplimiento normativo y la actuación oportuna y temprana.

- Otras empresas, como las que prestan el servicio público de transporte, se encuentran obligadas a implementar un Sistema Integral para la Prevención y control del Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo (SIPLAFT), en cuyo diseño e implementación se deben tener en cuenta la prevención del riesgo (incluidas la identificación y la evaluación) y el control (que comprende los reportes de información), conforme a la Resolución 74854, de 21 de diciembre de 2016, de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la cual es ampliada en sus plazos por la Resolución 14873, de 28 de abril de 2017. Esta regulación es mucho menos detallada comparada con las mencionadas anteriormente.

Además, existen unos estándares, tanto internacionales como nacionales, que brindan bases para la elaboración de los programas de cumplimiento, algunos de ellos provienen del «Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y sus recomendaciones en materia de lavado de activos; la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) con sus “Principios de gobierno corporativo” y las “Líneas directrices para empresas multinacionales”; la Cámara de Comercio Internacional (ICC) y su “Código consolidado de prácticas publicitarias y de mercadotecnia”; el *American Law Institute* (ALI) con sus “*Principles of the law*” en punto del “*Government Ethics*” y el “*Corporate Governance*”; la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y su “Declaración de principios sobre las empresas multinacionales y la política social”. También es el caso de los estándares de calidad fijados por la *International Organization for Standardization* (ISO), el *Deutsches Institute für Normung* (DIN), la Asociación Española de

Normalización y Certificación (Aenor) o el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC)»³⁸. Adicionalmente, vale la pena mencionar que la normativa ISO fija parámetros estandarizados en temas de seguridad y salud en el trabajo, seguridad de la información, responsabilidad social corporativa y, en concreto, tratándose del cumplimiento normativo, la ISO 37301 de 2021 constituye una guía de procedimiento que propone lineamientos para la planificación, operación, evaluación y mejora del *compliance*.

Adicional a lo dicho, la doctrina también se ha referido al tema y sus trabajos dan cuenta de algunos principios fundamentales que deben atenderse, por ejemplo, “separación de poderes, documentación o verificabilidad, congruencia y coherencia en las operaciones; transparencia; independencia e imparcialidad de los órganos de control, y confidencialidad y cumplimiento”³⁹. También, en tanto criterios de calidad, los autores aluden a los de implicación o compromiso de los directivos de manera activa en la formación y modificaciones del programa; participación de los trabajadores y de los grupos de interés; coherencia entre la política, la cultura y la práctica empresarial; independencia, capacidad y formación de los responsables de cumplimiento; recursos adecuados, tanto materiales como humanos y vigencia del programa, en el sentido de que los miembros conozcan sus funciones y que las sanciones impuestas sean ejecutadas⁴⁰.

En este orden de ideas, parece claro que los programas de cumplimiento normativo requieren unos elementos básicos, frente a los cuales la generalidad de los autores concuerda. Así, para unos es necesario “identificar los riesgos y las personas expuestas a ellos (...); segundo, adoptar los mecanismos para prevenirlos; tercero, implementar las medidas de actualización, control y vigilancia necesarias; cuarto, diseñar un sistema disciplinario, incluido el procedimiento y las sanciones y, quinto, disponer la comunicación tanto al interior de la compañía como frente a las autoridades”⁴¹. Algo semejante proponen otros autores, para quienes los elementos en comento serían los siguientes: análisis de los riesgos; código ético o de conducta y políticas de empresa;

³⁸ Vargas Lozano, Renato, «La criminalidad empresarial y la “privatización” del derecho penal», cit., p. 136.

³⁹ *ibíd.*, p. 135.

⁴⁰ Nieto Martín, Adán, “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, cit., pp. 132-134.

⁴¹ Vargas Lozano, Renato, «La criminalidad empresarial y la “privatización” del derecho penal», cit., p. 135.

controles; formación y difusión; mecanismos de detección y sanción; protocolos de reacción e institucionalización -con una debida asignación de funciones-; evaluación periódica -que permita evidenciar deficiencias- y documentación -que es prueba de la trazabilidad realizada-⁴².

No sobra advertir que algunos de los Estados que han incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas se refieren expresamente a los elementos que debe contener el programa de cumplimiento normativo penal. Un ejemplo de ello es el del Código Penal Español que, en su artículo 31 Bis 5, indica los siguientes: identificación de riesgos; protocolos para la toma de decisiones; gestión adecuada de los recursos financieros; informes ante el incumplimiento; sistema disciplinario y verificación periódica⁴³. Estos elementos son explicados por la doctrina ibérica especializada, a la cual puede remitirse el interesado para su examen detallado⁴⁴.

Independientemente de la regulación legal del tema o, incluso, de las propuestas doctrinales, lo cierto es que parece haber unanimidad en cuanto a que son necesarias ciertas etapas, las cuales son: la identificación de riesgos, su control y la reacción frente a su materialización; para ello se debe contar con un programa que contenga la política y los mecanismos de prevención, investigación y sanción, el cual ha de ser comunicado corporativamente, contar con los recursos suficientes, estar documentado y ser evaluado periódicamente. La presencia de estos elementos básicos determina la existencia del programa de cumplimiento, de forma tal que pueda afirmarse precisamente eso, es decir, que existe dicho programa y que no se trata de un código, estatuto o reglamento de otra índole.

⁴² Nieto Martín, Adán, “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, cit., pp. 129-131.

⁴³ Ley Orgánica 10 de 1995, Departamento de Jefatura del Estado de España.

⁴⁴ González Cussac, José Luis, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, 1ª ed., España, Tirant lo Blanch, 2020.

El asunto también es explicado por Rayón Ballesteros, María Concepción, “Cuestiones controvertidas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal y la eficacia de los programas de cumplimiento” en *Foro Nueva época*, vol. 22, N° 1, Madrid, 2019, pp. 233 – 246.

2. Programas de cumplimiento idóneos y eficaces: una referencia a sus efectos sustantivos y procesales en materia penal

2.1. En lo sustantivo: el efecto eximente o atenuante

Los elementos básicos explicados anteriormente son generales y formales, por consiguiente, basta con que estén incluidos en el programa. Esto los hace necesarios, pero no suficientes para generar los efectos eximentes o atenuantes, pues, además de ‘existir’, el programa de cumplimiento normativo debe satisfacer unos requisitos o criterios de calidad, en orden a verificar que es idóneo y eficaz.

En efecto, los Estados, recuérdese, permiten e invitan a las empresas a que establezcan su programa dentro de cierto marco legal previamente establecido, esta relativa discrecionalidad es propia del modelo de ‘autorregulación regulada’ o ‘corregulación’, en el que concurren tanto la normativa estatal como la autonomía empresarial, pero quedando esta última subordinada al orden público fijado por aquella⁴⁵. En orden a que esta “intervención a distancia”⁴⁶ cumpla con los fines preventivos anotados en el primer acápite y a estimular el uso de los programas de cumplimiento, se consagran efectos beneficiosos a favor de las empresas que implementen un programa de cumplimiento normativo idóneo y eficaz, fundamentalmente, el consistente en eximir o atenuar la responsabilidad jurídica.

De modo preliminar, debe advertirse que los programas de cumplimiento normativo en materia penal, pese adoptarse con apego a los principios y elementos reseñados en el capítulo anterior, no pueden garantizar que no se cometan delitos en el seno de la empresa, pues, por bien que funcionen, es posible que se presente algún incidente aislado o excepcional. Esto, por supuesto, propone un escenario diferente al de los llamados programas de cumplimiento meramente declarativos, formales o “de papel”, pues en este

⁴⁵ Sieber, Ulrich, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, cit., p.77.

⁴⁶ Coca Vila, Ivó “¿Programas de cumplimiento como formas de autorregulación regulada?”, cit., p. 51.

último caso la sanción debe aplicarse integralmente y sin que haya lugar a beneficio alguno.

Una revisión rápida de la regulación comparada permite advertir la presencia de estos efectos premiales en distintos países. Así, en primer lugar, la legislación criminal española, en su artículo 31 Bis, regula en detalle el efecto eximente de responsabilidad, mientras que, en el artículo 31 *quater*, menciona el efecto atenuante, el cual tiene que ver con fenómenos postdelictuales que surgen más bien de la necesidad político criminal de mayor eficiencia y está orientada a fomentar comportamientos que faciliten la persecución judicial o la reparación del daño⁴⁷.

En segundo lugar, en los Estados Unidos de América, los fiscales cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para no iniciar un proceso penal o retirar cargos, vía acuerdos con las empresas investigadas, en los que se impone, normalmente, la reorientación de la cultura empresarial (conllevando a la creación de códigos de cumplimiento). De este modo, si el fiscal considera que la empresa colabora, podrá celebrar con ella un acuerdo de no persecución, *non prosecution Agreement* (NPA) o un acuerdo de persecución diferida, *deferred prosecution Agreement* (DPA)⁴⁸. En este mismo país, las *Sentencing guidelines* contemplan valorar si la persona jurídica ha incorporado los *effective compliance and ethics programs*⁴⁹ al momento de determinar la pena en un caso concreto.

Otro tanto ocurre, en tercer lugar, en el caso italiano, donde se reduce la sanción cuando la empresa “hubiera admitido y puesto en funcionamiento un modelo de organización apropiado para prevenir delitos como el que se hubiera cometido”⁵⁰. Así mismo, en cuarto lugar, la legislación alemana también reconoce efectos positivos a quienes adopten programas de *compliance* en la medición de la pena o en el marco del principio de oportunidad, aunque frente a la aplicación de la ley de infracciones administrativas (§ 130 OWiG)⁵¹.

⁴⁷ Goena Vives, Beatriz, “Atenuante de la colaboración”, cit., p. 235.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 253.

⁴⁹ Villegas García, María Ángeles, *Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América*, cit., pp. 255-291.

⁵⁰ Ulrich Sieber, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, cit., p. 107.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 85.

En quinto lugar, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con la Ley 1778 de 2016, que establece un modelo de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas que incurran en conductas de soborno transnacional, la cual indica en su artículo 7 que la adopción de los programas en cita es uno de los criterios a tener en cuenta para efectos de la graduación de la sanción⁵². Una atenuación similar se aplica a la persona jurídica que se benefició con la comisión de conductas punibles de cohecho por dar u ofrecer cometidas por representantes legales o administradores, conforme al artículo 35 de la ley en mención, en su primer párrafo, literales a. y b.⁵³.

En idéntico sentido, la Circular 100-000008, de 11 de junio de 2021, de la Superintendencia de Sociedades, dispone que las sanciones impuestas se podrán graduar de acuerdo con el artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual, en su tercer numeral, impone considerar el “Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes”.

Aclaradas las consecuencias legales de implementar un programa de cumplimiento normativo, ahora hay que ocuparse de los requisitos que permiten dar aplicación a dichos efectos positivos; por lo tanto, corresponde estudiar los criterios que permiten determinar si un plan de cumplimiento es, o no, idóneo y eficaz.

Con todo, y a diferencia de lo que ocurre en punto de los elementos básicos o de existencia, el asunto en examen no tiene un consenso generalizado entre los autores⁵⁴, más allá de la advertencia en cuanto a que no basta con realizar una verificación formal,

⁵² Según se indica en la mencionada norma: “Las sanciones por infracciones a la presente ley se graduarán atendiendo a los siguientes criterios: (...) 7. La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley”.

⁵³ Así: “Para efectos de la graduación de las sanciones monetarias de que trata el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos de anticorrupción al interior de la sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera

b) La realización de un proceso adecuado de debida diligencia, en caso que la sociedad domiciliada en Colombia o la sucursal de sociedad extranjera haya sido adquirida por un tercero (...)”.

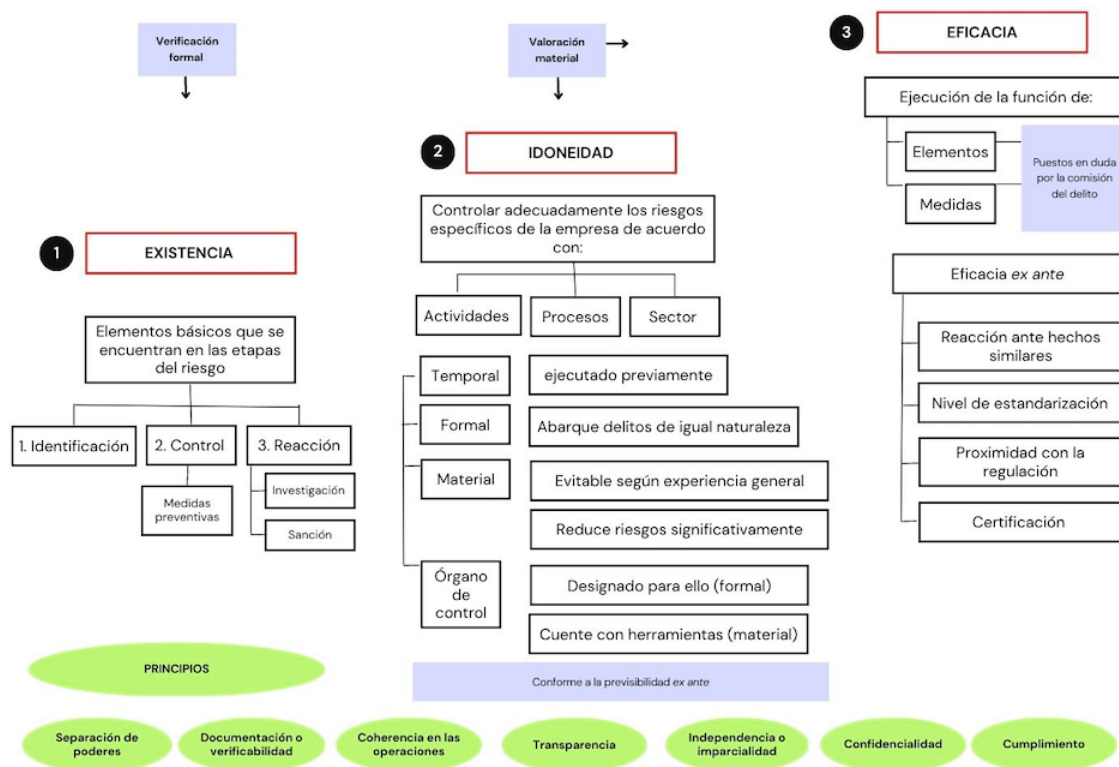
⁵⁴ Nieto Martín, Adán, “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, cit., pp. 111- 115.

sino que se debe realizar una valoración material y detallada, para una empresa determinada y frente a un delito determinado.

Piénsese en el caso hipotético de una funcionaria pública de un país extranjero de la cual dependió la asignación de un contrato de obra pública, que se enamoró profundamente del hijo de un directivo de una empresa constructora nacional. La funcionaria pública extranjera, acordó con el directivo de la empresa constructora para adjudicarle la licencia a su empresa, a cambio de que aquél convenciera a su hijo de vivir con ella y ser su pareja sentimental. El directivo logró que su hijo aceptara tener tal romance con la funcionaria. Al llevar a cabo la obra de construcción, la empresa no cumplió con el contrato, por lo cual fueron sentenciadas penalmente las personas naturales que intervinieron en la contratación pública y se adelanta un proceso judicial en contra de la empresa constructora nacional, escenario en que corresponde analizar su programa de cumplimiento, como se verá más adelante.

Para determinar la viabilidad de eximir o atenuar la sanción, en este y en otros casos, se propone el siguiente análisis en el orden graficado⁵⁵:

⁵⁵ Para este análisis, resulta muy útil revisar la doctrina española, en donde la responsabilidad penal de la persona jurídica opera cuando una persona natural que hace parte de la empresa respectiva cometa un delito, siempre y cuando se cumplan con algunos requisitos que posibiliten transferir la responsabilidad del individuo al ente colectivo, el llamado 'hecho de conexión'. Según algunos, dichos requisitos son distintos si quien comete el delito tiene un cargo directivo ("representantes legales, personas con potestad decisoria y con capacidad organizativa y de control") o si lo hace un empleado subordinado a la autoridad de los anteriores; con todo, la empresa puede eximirse de la responsabilidad, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. Como se lee en León Alapont, José, "*criminal compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 cp y 31 quater CP*" en *Revista General de Derecho Penal*, N° 31, España, Iustel, 2019, p. 12.



En primer lugar, la idoneidad, según la RAE, consiste en la “cualidad de idóneo”⁵⁶, a saber, “adecuado y apropiado para algo”⁵⁷. En materia de cumplimiento normativo, podría definirse como la cualidad que tienen los elementos básicos para controlar adecuadamente los riesgos específicos de la empresa, de acuerdo con los procesos, actividades y sector económico de que se trate.

Se acoge, en este nivel de análisis, la idea de idoneidad temporal, formal y material, según la explicación de González Cussac, junto con los requisitos formales y materiales que debe cumplir el órgano encargado del cumplimiento, como se explica a continuación:

1. Idoneidad: que se ve materializada de tres formas, así:

1.1. Temporal: que el programa de cumplimiento haya sido ejecutado de manera previa al delito.

1.2. Formal: que abarque los delitos de la misma naturaleza con respecto al cometido.

⁵⁶ Como se puede ver en el siguiente enlace: <https://dle.rae.es/idoneidad>

⁵⁷ <https://dle.rae.es/id%C3%B3neo>

1.3. Material: lo que se puede verificar por un análisis *ex ante* de cualquiera de estas dos fórmulas⁵⁸: (1) “que las medidas adoptadas eran idóneas, *ex ante* y conforme a la experiencia general, para evitar la comisión del delito enjuiciado, de modo que pueda decirse que este evento resultaba impredecible”⁵⁹; o (2) las medidas adoptadas reducen el riesgo “de forma significativa”⁶⁰, actividad que conlleva estudiar el mapa de riesgos de la empresa y calcular la reducción de los mismos gracias a las medidas tomadas de acuerdo con la actividad económica y la estructura empresarial.

2. Que exista un órgano con poderes autónomos de supervisión del funcionamiento y cumplimiento del programa, lo cual debe verse de dos formas:

2.1 Formalmente: que haya sido designado para ello.

2.2 Materialmente: que tenga las herramientas o recursos suficientes para llevar a cabo su función, pudiendo vigilar y controlar⁶¹.

⁵⁸ González Cussac, José Luis, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., p. 170.

⁵⁹ González Cussac, José Luis, “Eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, cit., p. 612.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 614.

⁶¹ En efecto, hay quien, como González Cussac (seguido por Alapont en varios puntos de su planteamiento), define los criterios del artículo 31 bis del Código Penal español a partir del cargo de la persona natural que realiza la conducta dentro de la empresa. Así, en primer lugar, si el delito es cometido por personas de niveles superiores en la compañía, los requisitos que debe satisfacer el programa de cumplimiento para exonerar de responsabilidad, además de los mencionados en el presente texto, son:

- Que el delito se haya cometido eludiendo fraudulentamente los modelos de prevención, pero advirtiendo que “no basta con cualquier mecanismo de elusión, sino que ha de revestir una entidad suficiente y ésta se cifra en el uso de un medio fraudulento (...) engaño” (*Ibíd.*, p. 630.). En este punto, la Fiscalía General del Estado de España, indica que el superior que cometió el delito debió alejarse de los fines de la persona jurídica, esto es, dejar a un lado la política empresarial (Circular 1/2011, Fiscalía General del Estado de España).

- Que no se hubiere producido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, control y vigilancia, es decir, que el órgano de supervisión haya procedido con la diligencia debida, estas actividades “se concretan en dos esenciales: recibir y gestionar las denuncias recibidas o detectadas y, transmitir las al órgano de administración”, el cual es el que ejerce las facultades disciplinarias (González Cussac, “Eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, cit., 633.).

En segundo lugar, si el delito fue cometido por un empleado subordinado a la autoridad de los anteriores, “el código penal solo exige la condición de idoneidad” (*Ibíd.*, p. 635), el autor indica que también se requiere que exista un órgano con poderes autónomos para supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del programa, tanto formal como materialmente. Esta idea es retomada por otros autores, como Fernández Teruelo, quien indica que, de manera adicional, se debe cumplir con el requisito del ejercicio suficiente de supervisión, vigilancia y control, para el caso de los subordinados, al menos de manera relativa (Fernández Teruelo, Javier Gustavo, “El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2 y ss. CP” en Christa María, Madrid Boquín (coord.) y Gómez Colomer, Juan Luis (dir.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, Tirant lo blanch, 2019, p. 208.)

En punto de la idoneidad, también se debe valorar la previsibilidad *ex ante*, es decir, analizar de acuerdo con lo que se podía advertir por los miembros de la empresa para el momento en que estaban estudiando e identificando los riesgos. Por ejemplo, que la empresa no haya previsto el delito dentro de los riesgos identificados, no hace que automáticamente se pierda la oportunidad de eximir o atenuar su eventual responsabilidad, pues en estos casos la valoración se podría realizar en contexto (de manera global, es decir, que no se reduzca al hecho concreto, sino que incluya el análisis del debido control de la empresa a lo largo de los años⁶²), excluyendo la imposición de sanciones cuando medien factores o hechos imprevisibles.

En segundo lugar, la eficacia consiste en la funcionalidad de los elementos básicos, es decir, que las medidas preventivas se hayan puesto en marcha, ejecutando su función. En este punto, se puede realizar el análisis de eficacia *ex ante*, propuesto por Nieto Martín, en el sentido de estudiar su reacción para hechos similares, su nivel estandarización de las medidas preventivas, su cercanía con los parámetros que ofrece la regulación y verificar si se obtuvo alguna certificación (de este elemento se hablará más adelante)⁶³.

En el análisis de idoneidad y eficacia que se propone, es importante aclarar que la atención recae, predominantemente, en los elementos básicos o medidas preventivas cuestionados por el delito cometido, es decir, se sugiere realizar un análisis concreto, por regla general. Mientras que, el análisis global del programa de cumplimiento solo se haría, de manera excepcional, en los casos en los que no fue previsto un elemento básico o una medida preventiva específica y concreta para el delito cometido.

También se deben tener en cuenta los principios fundamentales relacionados en el capítulo anterior, cuales son, “separación de poderes, documentación o verificabilidad,

⁶² Nieto Martín, Adán, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, en Nieto Martín; Lascurain Sánchez; Blanco Cordero; Pérez Fernández; García Moreno, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 84.

⁶³ *Ibíd.*, pp. 84-88. El autor también menciona que, en caso de que el programa de cumplimiento penal no cumpla con dicha eficacia *ex ante*, se debe verificar la eficacia de los controles *ex post*. Según el autor, se analizarían las medidas adoptadas para el caso en específico. Finalmente, el autor sugiere analizar la exigibilidad del debido control, es decir, si a la empresa le ha sido posible desarrollar el programa de cumplimiento.

congruencia y coherencia en las operaciones; transparencia; independencia e imparcialidad de los órganos de control, y confidencialidad y cumplimiento”⁶⁴.

Finalmente, cabe advertir que, si en el ejercicio solo se acredita una de las dos cualidades, ya sea la de idoneidad o, bien, la de eficacia, a lo sumo, podrá reconocerse una atenuante de la sanción. La misma suerte correría la empresa por un debido comportamiento *ex post* o por resultar eficaces los elementos implementados de manera posterior a la comisión del delito, pues de generar el efecto eximente de responsabilidad en estos casos, se presentaría el fenómeno de abuso del derecho. Mientras que, si dichas medidas cumplen con los tres niveles, no puede sancionarse a la empresa, pues nadie puede responder por las causas, los hechos o los fenómenos inevitables.

Así, en el caso hipotético relacionado, se propone un análisis en similares términos:

- Existencia: se verifica que la empresa constructora cuenta con un programa de cumplimiento normativo que identifica los riesgos en que se puede ver inmiscuida, controlándose los mismos con medidas preventivas, y en donde se tiene prevista la manera de reaccionar, por medio de un sistema disciplinario que cobija tanto la posibilidad de investigación como de sanción.
- Idoneidad: impone medidas preventivas para evitar las conductas de *Lobby*, por ejemplo, tiene previsto un régimen de inhabilidades e incompatibilidades de sus empleados (y sus familias) con respecto de los funcionarios públicos con quienes tiene relaciones contractuales.

Adicionalmente, tiene previstas otras medidas, como son las autorizaciones que se requieren para cualquier clase de pago, la prohibición de pagos en efectivo, los controles para evitar los ‘dineros negros’ y los gastos de representación muy limitados. Tales protocolos pueden ser verificadas por el órgano de supervisión y control designado para ello.

- Eficacia: se encuentra que las medidas existentes e idóneas, también fueron ejecutadas, por ejemplo, al directivo encargado de gestionar el contrato se le pidió firmar constancia escrita de no haber dado utilidad o beneficio alguno a cualquiera de los funcionarios de la entidad extranjera, en la que debía indicar, además, si

⁶⁴ *ibíd.*, p. 135.

tenía algún vínculo personal o familiar con cualquiera de los funcionarios de la entidad contratante, a lo que respondió de manera negativa.

En este caso, estamos ante una empresa que debería ser eximida de responsabilidad, debido a que cumplió con la prevención debida que le era exigible, además se puede advertir que la conducta del directivo resultó alejada de la política corporativa. De modo que, aunque dicho delito se pudo cometer, se hizo a costa de los controles empresariales e, incluso, a través de manifestaciones falsas en la documentación firmada.

2.2. En lo procesal: la distribución de las cargas probatorias y la determinación de la idoneidad y de la eficacia del programa

Actualmente, el juez es el órgano reconocido para resolver los conflictos, aunque también se advierte que, para el caso colombiano, hay otros órganos que cuentan con la posibilidad de ejercer la función jurisdiccional, según lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, en donde se faculta a determinadas autoridades administrativas, como las Superintendencias, para resolver conflictos.

Por consiguiente, al menos en Colombia, no hay duda de que, dentro de un proceso, es el juez quien puede determinar si un programa de cumplimiento normativo penal es, o no, idóneo y/o eficaz, teniendo en cuenta la exclusividad de la jurisdicción para resolver los conflictos y la discrecionalidad existente para ello⁶⁵. No obstante, a causa del conocimiento técnico y de la experiencia que exigen estos temas⁶⁶, además de las limitaciones en cuanto a recursos de los sistemas de justicia y la congestión que actualmente padece el sistema penal, se estiman de gran valor los estudios de expertos para evaluar los programas de cumplimiento normativo, entendiendo siempre que se trata de un apoyo al órgano jurisdiccional⁶⁷.

⁶⁵ González Cussac, José Luis, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., p. 164. En similares términos, para el caso alemán, de Sieber, se lee sobre la discrecionalidad que otorga el §30 OWiG y el §47 OWiG al juez para la imposición de una multa a una empresa, en Sieber, Ulrich, cit., p. 94.

⁶⁶ El contexto es explicado en Muñoz de Morales Romero, Marta, “Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada” en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín Adán (dirs.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 211-230.

⁶⁷ Coca Vila, Ivó, “¿Programas de cumplimiento como formas de autorregulación regulada?”, cit., p. 63.

Debido al carácter técnico de los programas de cumplimiento, su revisión permanente por parte de expertos, tanto internos como externos, es muy importante, de ahí que, por ejemplo, los autores se refieran a las “auditorías externas de cumplimiento legal”⁶⁸ o que los reguladores colombianos, a propósito del SAGRILAF, exijan una participación activa a la revisoría fiscal de las empresas⁶⁹ y a su auditoría interna⁷⁰, imponiendo a la primera el deber de denuncia y, a la segunda, una serie de recomendaciones consistentes en la revisión de los efectos y el cumplimiento del sistema, así como la comunicación de los resultados de este análisis al oficial de cumplimiento y al órgano administrador para solucionar posibles deficiencias.

En este mismo contexto también juegan un papel relevante las certificaciones o acreditaciones que pueden brindar expertos en torno a la calidad del programa de cumplimiento normativo de cara a la regulación y a la estandarización en la materia, lo cual no sólo es útil para a la empresa en orden a corroborar el buen estado de su *compliance* o para conocer sus falencias, sino, además, en caso de presentarse un proceso judicial en su contra, como una prueba pericial, siendo un elemento probatorio adicional para valorar la idoneidad y eficacia del programa de cumplimiento. Tal certificación, no conducirá ineludiblemente a una decisión favorable para la persona jurídica, pues el conocimiento de terceros expertos no puede remplazar la decisión de los órganos judiciales, pero esos conocimientos especializados y extrajurídicos sí servirían de ayuda para analizar el asunto y definir cómo sentenciar a la empresa.

Este fenómeno, llamado “de la certificación”⁷¹, se hizo eco en la normativa de varios países, entre ellos Chile, cuyo ordenamiento menciona expresamente tales certificados y regula algunos de sus aspectos⁷², por ejemplo, prohíbe que lo hagan los profesionales que

⁶⁸ González Cussac, José Luis, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., p. 226.

⁶⁹ Circular 100-000004 del 9 de abril de 2021 de la Superintendencia de Sociedades y su guía “el papel de la revisoría fiscal en la lucha contra el soborno transnacional, el lavado de activos y la financiación del terrorismo” del 2019.

⁷⁰ Superintendencia de sociedades, circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020

⁷¹ Nieto Martín, Adán, “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, cit., p. 107.

⁷² Ley 20.393 de 2009, Congreso Nacional de Chile.

ayudaron a la adopción y a la implementación del programa certificado, evitando de este modo que se afecten la independencia y la imparcialidad del análisis técnico⁷³.

En cualquier caso, las certificaciones en cita tienen limitaciones, pues, según lo indican algunos, su vigencia puede ser corta y su alcance estar limitado al análisis del diseño meramente formal⁷⁴. Además de los reparos en los casos en que hay una relación contractual que puede generar dependencia de los auditores frente al auditado, cuando el auditor se pronuncia sobre lo que ayudó a implementar o cuando el encargado de la revisión carece de la especialización requerida para examinar la gestión de ciertas empresas⁷⁵.

Al margen de lo anterior, un asunto relacionado con este tema y que también se discute intensamente es el atinente a cuál es el sujeto procesal que tiene la carga de probar la idoneidad y la eficacia de los programas de cumplimiento en el marco de un proceso penal⁷⁶. Esta es una materia abierta en la que las opciones giran en torno a tres posturas principales: la defensa, la acusación o una de las dos, dependiendo de quién ha sido la persona natural que ha realizado el delito; las tesis indicadas pueden resumirse de la siguiente manera⁷⁷:

- La defensa es quien tiene la carga probatoria según los patrocinadores del modelo vicarial de heterorresponsabilidad y quienes, desde la teoría del delito, indican que el debido cumplimiento hace parte de la culpabilidad. Además, el hecho de que la

⁷³ Matus Acuña, Jean Pierre, “La certificación de los programas de cumplimiento, en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín Adán (dirs.), en *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 147.

⁷⁴ León Alapont, José, “Los programas de cumplimiento penal como objeto de prueba”, en *Revista General de Derecho Procesal*, N° 51, España, Iustel, 2020. pp.25-27.

⁷⁵ Vargas Lozano, Renato, «La criminalidad empresarial y la “privatización” del derecho penal»», cit.

⁷⁶ González Cussac, José Luis, “Eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, cit., pp. 644-647.

⁷⁷ Además de las citas referidas a continuación, se puede encontrar en Nieto Martín, Adán, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, cit., pp. 105-106, algunas referencias sobre la carga de la prueba del debido cumplimiento en Estados Unidos, Italia y España. Frente a este último país, se hace referencia a las posturas del Tribunal Supremo y de la Fiscalía General del Estado en González Cano, María Isabel, “La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Especial consideración de los programas de cumplimiento penal” en Christa María, Madrid Boquín (coord.) y Gómez Colomer, Juan Luis (dir.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 885 - 893.

empresa sea quien posea la información es fundamento para que algunos indiquen que es ella quien debe probarlo⁷⁸.

- La acusación es quien tiene la carga probatoria según los que predicen el modelo de autorresponsabilidad, pues conciben el indebido cumplimiento como parte del injusto. La postura de quien tiene la carga es la acusación, ha sido indicada por el Tribunal Supremo de España en la STS 154/2016⁷⁹.
- Por último, la tesis conciliadora o mixta sostiene que depende de la persona natural que realice el delito, pues si fue cometido por un representante, administrador o directivo es la defensa el sujeto procesal quien tiene la carga probatoria, mientras que, si fue cometido por un subordinado resulta la acusación la encargada de probar⁸⁰.

Conclusiones

Ante el incremento de los riesgos y la incapacidad estatal para regular y sancionar lo que de ello se derive, la persona jurídica tiene el deber de controlarlos, pero, correlativamente, se le concede el beneficio de la exoneración o de la atenuación de la eventual responsabilidad jurídica en que incurra.

Aunque actualmente no está implementado el modelo de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia, la empresa sí puede ser sancionada jurídicamente por la ocurrencia de hechos delictivos, por lo tanto, se debe tener en cuenta para la imposición de la sanción respectiva, la prudencia y diligencia frente al control del riesgo.

Así, para aplicar dicho efecto beneficioso, es importante determinar que las medidas implementadas no solo existen y están elaboradas de acuerdo con ciertos principios, sino que, además, resultan adecuadas para evitar los riesgos (existir previamente a la comisión del delito, abarcando los delitos de igual naturaleza, pudiéndolo evitar conforme con la

⁷⁸ González Cussac, José Luis, “Eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, cit., p. 646.

⁷⁹ Tribunal Supremo, Sede de lo penal, 29 de febrero de 2016.

⁸⁰ Neira Pena, Ana María, “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal” en *Revista Electrónica Semanal de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 11, n°22, Chile, 2016, pp. 467 – 520.

experiencia general o reduciendo el riesgo significativamente, además de contar con un órgano de control designado y con herramientas para ello) y si estas ejecutaron su función (evidenciándose en la reacción asumida ante hechos similares, en su nivel de cercanía con la estandarización y regulación en la materia, etc.).

Para este análisis, se sugiere: primero, tener en cuenta los riesgos identificados y sus controles de acuerdo con lo previsible de manera anterior a la comisión del delito; segundo, evaluar las medidas específicas, concretamente las puestas en duda por tal comisión delictiva y, tercero, contar con la certificación de un experto, lo que podría ser valorado por el juez o la autoridad respectiva, a la hora de tomar la decisión correspondiente.

Bibliografía

- Araque Moreno, Diego, *Derecho penal: Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*, 2da edición, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2018.
- Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín Adán (dirs.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Bajo Fernández, Miguel; Bernardo J. Feijóo Sánchez; Gómez-Jara Diez, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Busato, Paulo César, “Lo que no se dice sobre *criminal compliance*” en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, ISSN: 2531-1565, REEPS 1, Costa Rica, 2017.
- Cerezo Mir, José. *Derecho Penal – Parte General, Curso de Derecho Penal español. I Parte general*, Tomo I: Introducción, 6ª edición, España, Tecnos, 2004.
- Coca Vila, Ivó “¿Programas de cumplimiento como formas de autorregulación regulada?” En Silva Sánchez, Jesús-María (dir.) y Montaner Fernández, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013.

- Duque Pedroza, Andrés Felipe y Sanín Gómez, Juan Esteban, “*Compliance societario y tributario. Análisis penal desde el ordenamiento jurídico colombiano*”, en *Estudios de derecho penal societario*, Gómez Martínez, Diego León, Cadavid Jaramillo, Sebastián, Sanín Gómez, Juan Esteban (cords.), Medellín, Editorial Diké, Universidad Santiago de Cali, 2020.
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo, “El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2 y ss. CP” en Christa María, Madrid Boquín (coord.) y Gómez Colomer, Juan Luis (dir.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- González Cano, María Isabel, “La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Especial consideración de los programas de cumplimiento penal” en Christa María, Madrid Boquín (coord.) y Gómez Colomer, Juan Luis (dir.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, Tirant lo blanch, 2019.
- González Cussac, José Luis. “Eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, Universidad Santiago de Compostela, España, 2019.
- González Cussac, José Luis, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, 1ª ed., España, Tirant lo Blanch, 2020.
- García Cavero, Percy, *Criminal compliance*, Lima, Universidad de Perú, Palestra, 2014.
- Gómez-Jara Diez, Carlos, “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrina actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Arroyo Jiménez, Luis (dir.), Nieto Martín, Adán (dir.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid, Lex Nova, 2008.
- Gómez-Jara Diez, Carlos, “El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Nuria Pastor Muñoz (coord.) y Jesús María Silva Sánchez (dir.), *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, ISBN 978-84-8126-470-8, Madrid, La ley, 2012.

- Gracia Martín, Luis. “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN-e 1695-0194, N°. 18, España, Universidad de Granada, 2016.
- Gallego Soler, José Ignacio, “*Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales” en Mir Puig, Santiago, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor (Dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Buenos Aires, B de F, 2014.
- Goena Vives, María Beatriz, “Atenuante de la colaboración”, en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.) y Montaner Fernández, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona. Atelier, 2013.
- Hernández Quintero, Hernando Antonio, “*Compliance* en la detección, prevención y sanción del lavado de activos en las empresas del sector financiero en Colombia”, en *Estudios de derecho penal societario*, Gómez Martínez, Diego León, Cadavid Jaramillo, Sebastián y Sanín Gómez, Juan Esteban (cords.), Medellín, Editorial Diké, Universidad Santiago de Cali, 2020.
- Kuhlen, Lothar, “*Compliance* y derecho penal en Alemania”, en Mir Puig, Santiago, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor (Dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Buenos Aires, B de F, 2014.
- León Alapont, José “Los programas de cumplimiento penal como objeto de prueba”, en *Revista General de Derecho Procesal*, N° 51, Universitat de València, 2020.
- León Alapont, José, “*criminal compliance*: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 cp y 31 quater CP” en *Revista General de Derecho Penal*, N° 31, España, 2019.
- León Alapont, León, “Los programas de cumplimiento penal como objeto de prueba”, en *Revista General de Derecho Procesal*, N° 51, España, Iustel, 2020.
- Matus Acuña, Jean Pierre, “La certificación de los programas de cumplimiento, en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín Adán (dirs.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Muñoz de Morales Romero, Marta, “Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada” en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín Adán (dirs.),

- El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Mir Puig, Santiago, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en *Revista Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP*, Madrid, 2015.
 - Nieto Martín, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, en Hurtado Pozo, José (Dir.) y Mendoza Llamacponcca, Fidel (Coord.), *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance* Anuario de Derecho Penal 2013-2014, Suiza, Universidad de Friburgo & Fondo Editorial, Pontificia Universidad católica del Perú, 2014
 - Nieto Martín, Adán, “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, en Nieto Martín; Lascurain Sánchez; Blanco Cordero; Pérez Fernández; García Moreno, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
 - Nieto Martín, Adán, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, en Nieto Martín; Lascurain Sánchez; Blanco Cordero; Pérez Fernández; García Moreno, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
 - Nieto Martín, Adán, “el cumplimiento normativo” en Blanco Cordero, Isidoro; Nieto Martín, Adán; Pérez Fernández, Patricia; García Moreno, Beatriz; Lascurain Sánchez, Juan A., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
 - Neira Pena, Ana María, “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal” en *Revista Electrónica Semanal de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 11, n°22, Chile, 2016.
 - Reyes Alvarado, Yesid. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, n° 25, Bogotá, editorial legis, 2008.
 - Rayón Ballesteros, María Concepción, “Cuestiones controvertidas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal y la eficacia de los programas de cumplimiento” en *Foro, Nueva época*, vol. 22, N° 1, Madrid, 2019.
 - Silva Sánchez, Jesús-María, “La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática”, en Ragués i Valles, Ramon y Robles

- Planas, Ricardo (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría aplicada al derecho penal económico-empresarial*, Barcelona, Atelier, 2018,
- Sieber, Ulrich, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, En Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín Adán (dirs.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
 - Trespalacios Carrasquilla, Santiago, *Aproximación a la responsabilidad penal de la empresa. Apuntes para una propuesta normativa*, Bogotá, Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos, 2021.
 - Tiedemann, Klaus, “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, traducción de D. Iniesta, en Gómez-Colomer, José Luis y González Cussac, José Luis (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al prof, Klaus Tiedemann)*, Estudios Jurídicos, N° 2, España, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, 1997.
 - Villegas García, María Ángeles, *Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América*, tesis doctoral (Universidad Complutense de Madrid), 2015.
 - Vargas Lozano, Renato, “«La criminalidad empresarial y la “privatización” del derecho penal”», en Estanislao Escalante (y otros tres dirs.), *Problemas actuales de derecho penal económico, responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance penal y derechos humanos y empresa*, 1ª edición, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Sociales Gerardo Molena (UNIJUS), Grupo de investigación Escuela de investigación en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal “Luis Carlos Pérez” Polcrymed, 2020.
 - Velásquez Velásquez, Fernando, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Moreno Hernández, Moisés (Coord.), *Globalización e internalización del derecho penal*, México, Cepolerim, 2003.
 - Velásquez Velásquez, Fernando y Vargas Lozano, Renato, “*Compliance* y responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Colombiano” en Christa María, Madrid Boquín (coord.) y Gómez Colomer, Juan Luis (dir.), *Tratado sobre*

compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización, ISBN 978-84-1336-178-9, España, 2019.

- Vervaele, John A. E., *Societas/universitas delinquere ed puniri potest: ¿la experiencia holandesa como modelo?*, México D.F., Ubijus Editorial S.A. de C.V., 2015.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2^a ed, Buenos Aires, Ediar, 2006.

Sentencias y normas citadas

- Constitucional de Colombia, sentencia C-320 de 1998 del 30 de junio de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Congreso de la República de Colombia, ley 1437 de 2011
- Congreso de la República de Colombia, ley 1778 de 2 de febrero de 2016
- Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley 117 de 2018
- Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley 256 de 2018
- Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley 05 de 2019
- Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley 010 de 2019
- Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley 178 de 2020
- Departamento de Jefatura del Estado de España, Ley Orgánica 10 de 1995
- International Organization for Standardization (ISO), 37301 de 2021
- Organización Mundial de las Naciones Unidas, Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988
- Organización Mundial de las Naciones Unidas, Convención contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, 2000
- Organización Mundial de las Naciones Unidas, Convención contra la Corrupción (UNCAC), 2003
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 1997
- Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Básica 027 del 2 de septiembre de 2020

- Superintendencia de Puertos y Transporte, Resolución 74854, de 21 de diciembre de 2016
- Superintendencia de Puertos y Transporte, Resolución 14873, de 28 de abril de 2017
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Resolución N° 100-002657, 25 de julio de 2016
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Circular Externa N° 100-0003, 26 de julio de 2016
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Circular Externa No. 100-000005, 22 de noviembre de 2017
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Resolución N° 00-006261, 2 de octubre de 2020
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Circular básica jurídica, 24 de diciembre de 2020
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Circular 100-000004, 9 de abril de 2021
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Circular 100-000008, de 11 de junio de 2021
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Circular 100-000011, de 9 de agosto de 2021
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Circular 100-000012, de 9 de agosto de 2021
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Circular 100-000015, de 24 de septiembre de 2021.