

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL

ANDRÉS CAMILO SEPÚLVEDA RAMÍREZ.

UNIVERSIDAD EAFIT.  
ESCUELA DE DERECHO.  
MEDELLÍN.

2020

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL

ANDRÉS CAMILO SEPÚLVEDA RAMÍREZ

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Asesor

Juan Carlos Álvarez Álvarez.

UNIVERSIDAD EAFIT.  
ESCUELA DE DERECHO.  
MEDELLÍN.

2020.

Nota de aceptación

---

---

---

---

---

---

Firma del presidente del jurado

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

## **CONTENIDO**

|                                                                                                                                                                              |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUCCIÓN. ....</b>                                                                                                                                                    | <b>6</b>  |
| <br>                                                                                                                                                                         |           |
| <b>CAPÍTULO 1. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS<br/>GENERALES CON FUNDAMENTO EN LA REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS,<br/>CHILE Y LA NORMA ISO 19600. ....</b> | <b>8</b>  |
| <b>1. Chapter eight- sentencing of organizations Estados Unidos. ....</b>                                                                                                    | <b>8</b>  |
| <b>2. Regulación Chile de conformidad con la Ley 20.393 de 2009. ....</b>                                                                                                    | <b>12</b> |
| <b>3. Norma ISO 19.600 Compliance Management Systems- Guidelines. ....</b>                                                                                                   | <b>14</b> |
| <br>                                                                                                                                                                         |           |
| <b>CAPÍTULO 2. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL DE<br/>LAS PERSONAS JURÍDICAS, ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y OFICIAL DE<br/>CUMPLIMIENTO.....</b>                  | <b>23</b> |
| <b>1. Aspectos generales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. ....</b>                                                                                  | <b>23</b> |
| <br>                                                                                                                                                                         |           |
| <b>2. Programas de cumplimiento y responsabilidad penal de la persona jurídica,<br/>de los órganos de dirección y del oficial de cumplimiento. ....</b>                      | <b>27</b> |
| <b>A. Programas de cumplimiento y su incidencia en la responsabilidad penal de la<br/>persona jurídica. ....</b>                                                             | <b>28</b> |
| <b>B. Programas de cumplimiento y su incidencia en la responsabilidad penal de<br/>los órganos de dirección. ....</b>                                                        | <b>30</b> |
| <b>C. Programas de cumplimiento y su incidencia en la responsabilidad penal del<br/>oficial de cumplimiento. ....</b>                                                        | <b>36</b> |
| <br>                                                                                                                                                                         |           |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>                                                                                                                                                    | <b>43</b> |
| <br>                                                                                                                                                                         |           |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>                                                                                                                                                    | <b>45</b> |

LISTA DE FIGURAS

**Figura 1**

**15**

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha evidenciado un considerable auge en distintos países, orientado a introducir en la legislación penal normas que permitan la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tendencia que tiene su origen en los Estados Unidos, país en el que ya desde hace varios años se vienen discutiendo medidas y aplicando sanciones a las personas jurídicas por algunos delitos cometidos desde las organizaciones.

En el marco de esta evolución surgen los denominados *compliance program*, que son mecanismos diseñados para controlar, detectar y sancionar la criminalidad que se genera desde las organizaciones. Estos programas procuran además que las actividades propias del objeto social de la organización se correspondan con la legislación vigente, con el fin de evitar, entre otras, una posible responsabilidad penal de la persona jurídica. Así en las legislaciones que existe dicha responsabilidad estos programas pueden eventualmente servir para atenuarla o eximir de la misma a la persona jurídica, cuando se ha constatado que ha implementado y se ha realizado un adecuado seguimiento al programa de cumplimiento, según los parámetros establecidos en cada legislación para la valoración de estos. Para materializar esos propósitos, se crea la figura del *compliance officer* encargado de la aplicación del *compliance program* dentro de la organización.

En el marco de este nuevo panorama, surgen las preguntas acerca del papel que pueden jugar estos *compliance programs* en las organizaciones y en una eventual responsabilidad penal de la persona jurídica, de los órganos de dirección y del *compliance officer* por los delitos que se cometan desde la organización. Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente trabajo se identifica la normatividad existente para la elaboración y las características que debe reunir un programa de cumplimiento y a partir de allí, se valora en forma general la incidencia en la responsabilidad penal de

las personas jurídicas, los órganos de dirección y de quienes se desempeñan como *compliance officer*.

Para lograr ese objetivo se ha optado tomar como referencia la regulación sobre programas de cumplimiento planteada por la normativa de Estados Unidos y Chile, así como la norma técnica ISO 19.600. Aunque las mencionadas no son las únicas que se han ocupado de formular criterios para estructurar un sistema de cumplimiento normativo, puede decirse que se encuentran dentro las más relevantes con base en una acuciosa lectura de diferentes textos disponibles y en los que constantemente se hace mención a la regulación de Estados Unidos, pues fue allí donde han tenido un amplio desarrollo estos programas. La norma ISO por ser una norma técnica internacional que ha planteado importantes aspectos que se deben tener en cuenta en los programas de cumplimiento y la regulación Chilena por ser mencionado por diversos autores como relevante y sirve como referente en la región latinoamericana.

## CAPÍTULO 1.

### PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS GENERALES CON FUNDAMENTO EN LA REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS, CHILE Y LA NOMA ISO 19600.

#### 1. Chapter eight- sentencing of organizations Estados Unidos.

En la regulación de Estados Unidos, se introdujo un capítulo en el “GUIDELINES MANUAL”<sup>1</sup> en el que se establece toda una regulación y guía para el sistema judicial estadounidense y se fijan las directrices para determinar las sanciones a imponer a las personas jurídicas, convirtiéndose en la “principal norma complementaria de la regulación de los diversos aspectos de los programas de cumplimiento y elaborada en la filosofía del carrot stick”<sup>2</sup>. Este capítulo denominado SENTENCING OF ORGANIZATIONS<sup>3</sup>, en sus primeras líneas delimita a quien se aplicarán las directrices, para lo cual se emplea el término organizaciones y se dice que por tal debe entenderse que se refiere a una persona que no es un individuo o persona natural, en el que se incluyen, corporaciones, sociedades, asociaciones, sociedades anónimas, sindicatos, fideicomisos, fondos de pensiones, organizaciones sin fines de lucro entre otras, y se señala en que delitos son responsables estas organizaciones.

Sobre su importancia en la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, resalta Gallego Soler que “(...) la existencia de un programa de *compliance* (junto con la colaboración en la investigación de los hechos, y la aceptación de su responsabilidad) es una variable que permite una sensible atenuación de la sanción,

---

<sup>1</sup> El manual presenta instrumentos al sistema de justicia federal de Estados Unidos, que permitan alcanzar fines tales como la justicia y pautas detalladas de como determinar adecuadamente las penas a imponer por el sistema de justicia a los delincuentes condenados por delitos federales, en el capítulo 8 es donde se habla detalladamente de las penas a imponer a las personas jurídicas.

<sup>2</sup> CARRIÓN ZENTENO, Andy y URQUIZO VIDELA, Gustavo. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EE.UU. En: CALCINA HANCCO, Aldo. Responsabilidad penal de las empresas y compliance program. Argentina: Ediciones Olejnik, 2018, p. 324.

<sup>3</sup> United States Sentencing Commission. Guidelines Manual, §3E1.1 (Nov. 2018) [en línea]. p.1-608. [Consultado: agosto 10 de 2019]. Disponible en: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>.

o en su caso, la aplicación de criterios de oportunidad procesal.”<sup>4</sup>, tal como ocurre en el caso de Estados Unidos en el que la implementación y correcta aplicación de un *compliance program* puede tener importantes ventajas procesales, en el sentido de ver seriamente atenuada la sanción a la que puede quedar expuesta la organización e incluso la suspensión o terminación del proceso penal.

En la parte B del capítulo 8 denominada “*REMEDYING HARM FROM CRIMINAL CONDUCT, AND EFFECTIVE COMPLIANCE AND ETHICS PROGRAM*” numeral 2 “Effective Compliance and Ethics Program”, se establecen los lineamientos sobre los contenidos que debe tener un programa efectivo de ética y cumplimiento que pueda incidir positivamente en el sentido de disminuir la responsabilidad en consideración con otros factores como la colaboración de la organización en la investigación. Los lineamientos dados en el manual se enmarcan en 3 grandes grupos:

(i) Contar con un *compliance and ethics program* efectivo, ello supone para la organización, ejercer una debida diligencia para prevenir y detectar conductas delictivas; además promover una cultura dentro de la organización que fomente una conducta ética y un compromiso con el cumplimiento de la ley. El *compliance and ethics program* se deberá diseñar, implementar y aplicar de una manera razonable, buscando que habitualmente sea efectivo para prevenir y detectar conductas delictivas.

(ii) La debida diligencia y la promoción de una cultura dentro de la organización que enfatice en una conducta ética y conforme al cumplimiento de la ley, requiere según se hizo referencia en el punto anterior mínimamente:

-Que la organización cuente con que el órgano rector de más alto nivel conozca el contenido y funcionamiento del *compliance and ethics program*, y ejerza una supervisión razonable sobre este.

---

<sup>4</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. Criminal Compliance y proceso penal: Reflexiones iniciales. En: MIR PUIG, Santiago *et al.* Responsabilidad de le Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. España: Edisofer S.L., 2018. p. 202.

-Que en la organización se disponga de personas confiables encargadas de la operatividad diaria del programa de cumplimiento y ética quienes a su vez deberán informar periódicamente al personal de alto nivel de la organización, sobre la efectividad del programa, ejerciendo un adecuado control de la labor delegada mediante informes u otros medios idóneos. Para llevar a cabo la labor encomendada, se deberá dotar de los recursos, poder adecuados y acceso directo a la máxima autoridad.

-Que la organización haya realizado esfuerzos razonables por medio de una diligencia debida, para seleccionar personas que no hubiesen estado involucradas en el pasado en actividades ilegales o conductas inconsistentes con un programa de cumplimiento y ética.

-Que la organización utilice medios adecuados para informar de manera clara y actualizada las normas, procedimientos y otros aspectos del programa de cumplimiento y ética a los miembros del máximo órgano de gobierno, personal de alto nivel, personal de autoridad, los empleados de la organización y demás integrantes de la organización; mediante programas de capacitación y otros mecanismos óptimos para transmitir información accesible y clara sobre los respectivos roles y responsabilidades de cada individuo dentro de la organización.

-Que la organización adopte medidas razonables para, garantizar que se siga el programa de cumplimiento y ética en la organización, incluido el monitoreo y la auditoría para detectar conductas delictivas, evaluando regularmente la efectividad del programa de cumplimiento y ética y un sistema interno adecuado de denuncias que garantice la confidencialidad<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Para lograrar este cometido se plantea la necesidad de que dentro de la organización se promueva el programa de ética y cumplimiento, por medio de incentivos y medidas disciplinarias apropiadas según el caso.

-Al detectar la conducta criminal, se deberán tomar medidas sensatas para responder y enfrentar de forma oportuna la infracción delictiva y evitar similares en el futuro, esto implica realizar las modificaciones que se requieran en el programa de cumplimiento y ética de la organización. Se deberá en un primer momento, tomar las medidas que se consideren óptimas desde la organización, y según las circunstancias, para reparar el daño resultante; medidas que pueden ser el otorgar una restitución a las víctimas identificables u otras soluciones según se considere de la evaluación realizada.

Se deberá actuar en un segundo momento, para evitar otras conductas delictivas similares, esto incluye la evaluación del programa de cumplimiento y ética y las modificaciones necesarias para mantener el programa vigente. Como medida a considerar está el uso de un asesor profesional externo que asegure una evaluación apropiada del programa de cumplimiento y ética, brindando insumos para la confección de cualquier modificación necesaria al programa.

**(iii)** Se deberá evaluar periódicamente el riesgo de conducta criminal y tomar medidas apropiadas para actualizar constantemente el programa de cumplimiento y ética. Para esto la organización deberá evaluar regularmente el riesgo de que ocurra una conducta criminal, para lo cual se deberá tener en consideración:

-La naturaleza y gravedad de la conducta criminal.

-La probabilidad de que una determinada conducta pueda ocurrir debido a la naturaleza de los negocios que desempeña la organización.

-La historia previa de la organización, esto es un indicador de los tipos de comportamientos delictivos que han tenido lugar dentro de la misma.

-La organización deberá tener en cuenta al elaborar su programa de cumplimiento y ética, los estándares aplicables por cualquier regulación estatal o sectorial y el tamaño de la organización.

## 2. Regulación Chile de conformidad con la Ley 20.393 de 2009.

La Ley chilena 20.393 de 2009 por la cual se “Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas” además de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación local, por las conductas delictivas cometidas por “(...)sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuera consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión (...) Serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior”<sup>6</sup>, todo lo anterior siempre y cuando los delitos cometidos se den en interés o provecho de la persona jurídica.

Se señalan también los delitos por los que podrán responder penalmente las personas jurídicas, entre los que se encuentran algunos delitos contra el medio ambiente como lo son la contaminación de aguas, aprovechamiento de recursos hidrobiológicos vedados, actividades extractivas y explotación de recursos bentónicos (conjunto de organismos que viven en los fondos marinos), y otros contra otros bienes jurídicos como el lavado de activos, la financiación del terrorismo, el cohecho, el cohecho a funcionario público extranjero, la receptación, el soborno entre particulares, la apropiación indebida y la administración desleal.

En la misma regulación chilena, en el artículo 4 se establece un “modelo de prevención de delitos” que es asimilable a un *compliance program*, con unos requisitos mínimos para que se pueda entender que las personas jurídicas han cumplido con los deberes de dirección y supervisión a que se hace referencia en el artículo 3 de la mencionada

---

<sup>6</sup> CHILE. MINISTERIO DE HACIENDA; SUBSECRETARÍA DE HACIENDA. Ley 20.393 (25, noviembre, 2009). Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica. En: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Santiago, 02 de diciembre de 2009. p. 1-10. [Consultado: septiembre 15 de 2019]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. (Negrita fuera de texto)

ley : “se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.”<sup>7</sup>

Estos modelos de organización servirán eventualmente como eximente de responsabilidad penal. Los requisitos que prevé el artículo son, de modo general, los siguientes:

-Designación de un encargado de prevención que deberá contar con la suficiente independencia respecto de la Administración de la persona jurídica, de forma que garantice una correcta administración y supervisión del modelo de prevención.

-Definición de medios y facultades del encargado de prevención dotándolo de los medios y facultades idóneas para realizar un correcto ejercicio de sus funciones, medios y recursos que deberán ser acordes, considerando el tamaño y la capacidad económica de la persona jurídica. Del mismo modo el encargado de prevención deberá contar con acceso directo a la administración de la persona jurídica, de forma tal que pueda informar oportunamente de las decisiones y programas adoptados para lograr un efectivo cumplimiento del sistema, además de rendir informes semestralmente.

-Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos; el encargado de prevención y la administración de la persona jurídica, deberán construir un sistema de prevención de delitos que se adecue a la persona jurídica, sistema que deberá observar cómo mínimo: reconocimiento de las actividades y procesos de la persona jurídica que originen o aumenten la posibilidad de comisión de hechos delictivos; fijar formas de actuación específicas que posibiliten a las personas que intervienen en las actividades y procesos antes descritos, actuar de un modo tal que impida la comisión de delitos; identificar los actuaciones de gestión y auditoría de recursos financieros

---

<sup>7</sup> Ibid.

que permitan a la persona jurídica impedir su utilización en los delitos por los que podría llegar a responder penalmente.

Igualmente, la presencia de un sistema interno de sanciones al igual que mecanismos de denuncia y seguimiento a las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos. Esta reglamentación deberá ser divulgada y conocida por todas las personas que se relacionan con la persona laboralmente con la respectiva persona jurídica y deberá ser incorporada en los respectivos contratos al momento de celebrarlos.

-Supervisión y certificación del sistema de prevención de delitos; el encargado de prevención y la administración de la persona jurídica, implementarán métodos para la óptima aplicación del modelo de prevención, detectar y corregir sus fallas, y adecuarlo según las necesidades de la persona jurídica.

La particularidad que ofrece esta regulación comparada con la de Estados Unidos, es la posibilidad que se le ofrece a la persona jurídica para que pueda certificar su modelo de organización si se comprueba el lleno de los requisitos establecidos en la ley, esta certificación podrá ser expedida por empresas de auditoría externa y calificadoras de riesgo.

### **3. Norma ISO 19.600 Compliance Management Systems- Guidelines.**

Esta norma internacional se constituye en un derrotero útil al momento de llevar a cabo la estructuración de los denominados *sistemas de gestión de cumplimiento* aplicable a una gran diversidad de organizaciones ubicadas en diferentes actividades y campos, de tal forma tal que les permita a dichas organizaciones demostrar un compromiso por minimizar incumplimientos legales, proteger su integridad como organización, además de evidenciar su compromiso ante las autoridades respecto a la detección, persecución y sanción de las conductas contrarias a derecho que tengan lugar al interior de estas.

Esta guía sirve de complemento a los requisitos demandados tanto por la legislación de Estados Unidos para los *compliance and ethics program* y Chile respecto a los denominados modelos de organización, ya que aporta elementos para la comprensión de determinados elementos consagrados en ambas regulaciones y aporta más herramientas para la elaboración y puesta en marcha de los mecanismos a adoptar por la organización.

En esta guía se destaca en un primer momento, el organigrama de lo que se propone, debería ser un sistema de gestión de cumplimiento

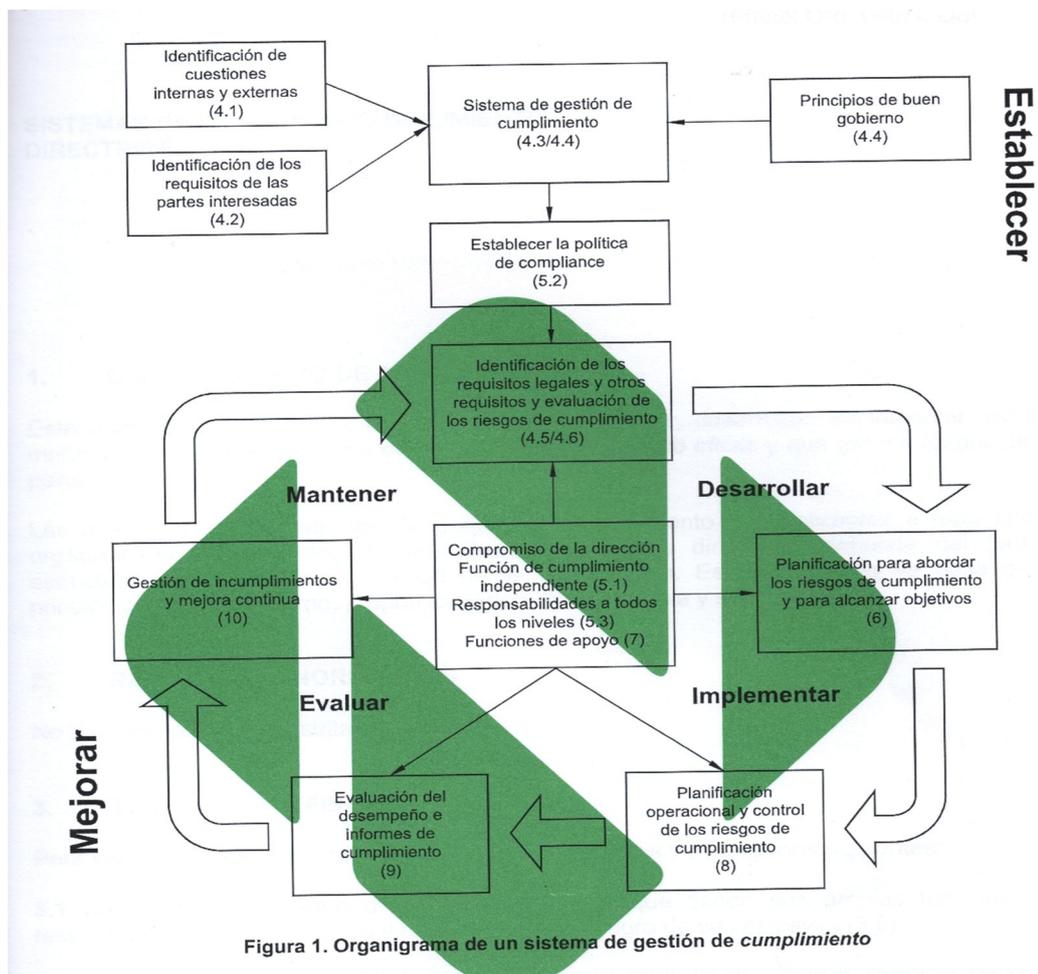


Figura 1. Organigrama de un sistema de *cumplimiento*

Figura 1: Tomada de la Norma ISO 19.600

Los aspectos que considera la norma técnica ISO 19.600 se deben tener presentes al elaborar un sistema de gestión de cumplimiento son:

**(i) Contexto de la organización:** La organización en un primer momento debe ejecutar un proceso de ubicación que permita identificar las cuestiones externas e internas con las que se relaciona y la afectan, incluyendo las referidas a la probabilidad de no cumplir con los requisitos legales y otros requisitos extralegales, evaluación que se deberán incluir en el programa de gestión de cumplimiento. Se deben tener presentes aspectos tales como “(...) contexto regulatorio, social y cultural, la situación económica y las políticas internas, los procedimientos, los procesos y los recursos.”<sup>8</sup> También se deberá identificar las personas u otras organizaciones con las que se relaciona la organización y que se pueden llegar a ver afectadas por decisiones o actividades que desarrolle esta última.

La organización debe establecer la magnitud de su sistema de gestión de cumplimiento, delimitar el alcance mediante lindes territoriales y organizativos en los cuales se aplicara el sistema; información toda esta que deberá estar debidamente documentada y actualizada.

El sistema de gestión de cumplimiento deberá ser actualizado continuamente teniendo en consideración las circunstancias cambiantes de la organización, propendiendo por la idoneidad continua del sistema. Renovando los procesos que una vez realizada una óptima evaluación se considere necesario modificar, atendiendo los principios de buen gobierno que debe garantizar un acceso directo del encargado de la función de cumplimiento al órgano de gobierno, su independencia que deberá estar acompañada de una idónea asignación, se debe contar con autoridad dentro de la organización y dotarle de los recursos apropiados para ejercer su función.

Identificación de los requisitos legales y otros requisitos aplicables a la organización y de su impacto con la actividad desarrollada por esta, requisitos que deberán ser tenidos en cuenta al desarrollar y poner al día el sistema de gestión de cumplimiento. Los requisitos están enmarcados en dos tipos principalmente: requisitos que la organización debe cumplir de conformidad con la ley y los requisitos que la

---

<sup>8</sup> INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN (ICONTEC). Sistema de gestión de cumplimiento, directrices, GTC-ISO 19600. Bogotá D.C: Icontec, 2018. p. 4.

organización opta voluntariamente por cumplir, bien pueden ser estos por acuerdos con otras organizaciones, compromisos ambientales voluntarios o cualquier otra fuente, relacionada con la responsabilidad social de la organización.

Igualmente, la organización deberá realizar una evaluación de sus riesgos de cumplimiento “(...) relacionando sus requisitos legales y otros requisitos con sus actividades, productos, servicios y aspectos pertinentes de sus operaciones, con objeto de identificar situaciones en las que pueden ocurrir incumplimientos (...)”<sup>9</sup>. También se deberán analizar las posibles consecuencias que se podrían derivar de incumplimientos de los requisitos legales y otros requisitos, de tal manera que la organización pueda llevar a cabo un óptimo análisis del riesgo que está dispuesta a soportar y de la probabilidad de que ocurran determinados eventos.

**(ii) Liderazgo de la alta dirección:** La alta dirección de la organización deberá comprometerse con el sistema de cumplimiento, velando por su desempeño vigencia, actualización, difusión en todas las esferas. Se deberá, entre otras cosas, asignar recursos óptimos para la implementación y aplicación del sistema, así mismo la alta dirección deberá mantenerse enterada por medio de los informes que debe rendir el responsable del sistema y con base en ello evaluar la necesidad de tomar medidas tanto respecto a los incumplimientos del programa como a su continua actualización.

La política de cumplimiento que se implemente en la organización y que parte desde el máximo órgano de gobierno, deberá surtir previamente un proceso de consulta con todos los empleados de la organización, de forma tal que el programa sea un instrumento concertado y creado por todos los niveles esta. La política de cumplimiento se deberá adecuar al propósito de la organización y por tanto “(...) establecerse en línea con los valores, objetivos y estrategias de la organización, y debería ser respaldada por el órgano de gobierno.”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 7.

<sup>10</sup> Ibid., p. 7.

La política deberá constar por escrito, en un lenguaje claro y accesible para todos los trabajadores de la organización, y las personas que se vean relacionadas con esta. Así mismo, desde la alta dirección se debe asegurar que todas las responsabilidades y facultades, se asignen a los roles correspondientes de tal manera que las personas encargadas tengan pleno conocimiento de las cargas que adquieren.

El órgano de gobierno y la alta dirección, deberán mantener un compromiso continuo con el sistema, asegurando una adecuada gestión y tratamiento de los incumplimientos y hechos contrarios al sistema; designar una función de cumplimiento con la debida autoridad para la implementación y aplicación del sistema bien sea mediante una asignación de la función a una posición ya existente o la creación de una nueva, que deberá contar con un apoyo constante del órgano de gobierno y la alta dirección, así como un acceso directo, sin intermediarios a esta. Igualmente tener acceso a toda la información disponible en la organización, necesaria para llevar a cabo una diligente tarea de cumplimiento y además disponer de asesoría de expertos sobre la legislación e información pertinente.

Dependiendo el tamaño y complejidad de la organización, se deberá evaluar la posibilidad de delegar en alguna persona la gestión diaria del sistema de cumplimiento, aunque esta puede ser una función adicionada a otros roles que se encuentran en la organización. Las responsabilidades de cumplimiento varían considerablemente dependiendo el tamaño, actividades y naturaleza de la organización<sup>11</sup>.

Se deberá hacer una considerable asignación de recursos que posibiliten un desarrollo óptimo del sistema de gestión de cumplimiento, y la alta dirección deberá cerciorarse tener sistemas de reporte eficaces y oportunos, así mismo se deberá asignar el rol de informar con cierta periodicidad al órgano de gobierno y alta dirección sobre el desarrollo del sistema de gestión de cumplimiento a algún empleado dentro de la organización.

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 11.

La delegación que eventualmente pueda hacer la dirección de la organización de la gestión y operación diaria del sistema de gestión de cumplimiento no la exonera de su responsabilidad como principal llamado a responder por el eficaz cumplimiento del sistema, por lo que deberá velar por su efectiva y eficiente aplicación.

**(iii) Planificación del sistema de gestión:** Se deberían tomar acciones para abordar los riesgos de cumplimiento teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto, referente a localizar a la organización en el contexto en que desarrolla su actividad, de tal forma que se puedan establecer unos principios de buen gobierno adaptados al campo donde actúa, realizando una diligente identificación de los riesgos de cumplimiento; todo con el propósito de “(...) prevenir, detectar y reducir efectos indeseados”<sup>12</sup>.

**(iv) Apoyo:** Desde la dirección de la organización, se deberán asignar todos los recursos necesarios para la aplicación, puesta en funcionamiento y actualización del sistema de gestión de cumplimiento y asegurarse que las personas involucradas con el desempeño del sistema de gestión de cumplimiento, posean las habilidades y conocimientos para poder ejecutar de la mejor manera las funciones encargadas.

La cultura de cumplimiento en la organización, requiere de un compromiso visible y continuo del órgano de gobierno y la alta dirección, a través del cumplimiento acucioso de lo consagrado en el sistema y de los valores organizacionales que desde allí se depositan y desprenden, realizar un acompañamiento en los procesos de formación verificando que se haga en un lenguaje comprensible para los empleados actuales y potenciales de la organización y propiciar la integración de estos con los contenidos consagrados en el sistema a través de las sugerencias o recomendaciones que se puedan hacer por ellos, igualmente efectuar evaluaciones con cierta periodicidad al sistema resaltando los logros de la gestión de cumplimiento y los resultados obtenidos, igualmente se debe evidenciar la respuesta oportuna y estructurada en los procesos de sanción interna llevados a cabo en la organización ante los incumplimientos a los valores organizacionales y a los contenidos del sistema de gestión de cumplimiento.

---

<sup>12</sup> Ibid., p. 15.

Es importante que el sistema de gestión de cumplimiento cuente con una reglamentación sobre la forma como se llevará a cabo el proceso de documentación y almacenamiento de la información recabada y que la organización considere es necesaria para la eficacia y validez del sistema de gestión de cumplimiento, y permita su actualización, comprensión, así mismo debe ser de fácil acceso a las personas que pueden dar una correcta gestión a esta.

**(v) Operación:** La organización deberá establecer y controlar los procesos indispensables para cumplir con los requisitos legales y otros requisitos consagrados en el sistema general para afrontar los riesgos de cumplimiento, estableciendo los objetivos de estos procesos, el control de los mismos y la reglamentación de estos. Se deberían establecer controles y procedimientos que le permitan a la organización cumplir con los requisitos legales y otros requisitos, y hacer frente a los riesgos asociados a estos, los controles pueden ir enmarcados en: rendición de informes periódicos, evaluación de desempeño de los trabajadores, definición de roles y responsabilidades dentro de la organización, comunicación efectiva y frecuente con los empleados recordando el comportamiento ejemplar que se espera de ellos, compromiso y demostración con el ejemplo de cumplimiento por parte de la dirección de la organización.

**(vi) Evaluación del desempeño:** La organización deberá realizar seguimientos periódicos a su sistema de gestión de cumplimiento, establecer procedimientos para realizar seguimientos e identificar la información relevante sobre la que deberían versar estos seguimientos, establecer los casos particulares que deberían suscitar la elaboración de informes y evaluaciones adicionales a las que se tienen proyectadas ordinariamente. Toda la información recolectada debe estar documentada, catalogada y conservada.

Se deberían establecer canales por los cuales se pudiese obtener opinión y una valoración referente al desempeño de sistema de gestión de cumplimiento por parte

de los empleados, clientes, proveedores y en general todos los que se relacionen directa o indirectamente con la organización.

**(vii) Mejora:** Cuando se evidencie incumplimientos a los requisitos establecidos en el sistema de gestión de cumplimiento, se deberán tomar acciones tendientes a controlar y/o corregirlas; justipreciar la necesidad de tomar acciones para eliminar las causas que dieron origen al incumplimiento para prevenir que estas se produzca nuevamente en el futuro y si es el caso realizar las modificaciones que se requieran al sistema de gestión de cumplimiento, corrigiendo los fallos que dieron origen al incumplimiento. Se debería conservar la información documentada de las acciones realizadas y los hallazgos.

*Recapitulación:* Recapitulando lo consagrado en la normativa ISO y de las dos normativas antes expuestas se pueden identificar muy generalmente los aspectos que se deberían tener en cuenta para una apropiada elaboración del programa de cumplimiento a implementar en la organización; tenemos entonces que se deberá realizar la matriz de los riesgos a los que está expuesta la organización relacionados con la labor desplegada y el análisis de probabilidad de que estos riesgos se concreten; igualmente la comunicación constante entre el encargado de cumplimiento, la alta dirección y la administración de la organización será un elemento muy importante en la eficacia del programa. Se deberá garantizar independencia del encargado de la función de cumplimiento y los medios adecuados para llevar a cabo la función de cumplimiento; implementación constante de procesos de formación y actualización de los contenidos del sistema de gestión de cumplimiento a todos los empleados. Se debería buscar garantizar la participación de todos los actores enmarcados en el programa de cumplimiento, para que estos realicen sugerencias sobre aspectos a mejorar y valoraciones sobre los procesos internos establecidos, para aportar en el proceso de actualización continua que debe regir estos programas.

La alta dirección y la administración de la organización por el hecho de delegar algunas funciones que están en su cabeza, no quedan desligados de cualquier responsabilidad, ni los libera de todas las cargas, por tanto se deberán desplegar

acciones de vigilancia para asegurar que se estén cumpliendo las labores delegadas y que el sistema de gestión de cumplimiento esté acorde y actualizado con las eventualidades que se presenten. Ello se podrá lograr entre otros mecanismos, mediante la realización de auditorías externas para valorar con cierta periodicidad la idoneidad del sistema de gestión de cumplimiento. El programa de cumplimiento debería contar por escrito así como una correcta y minuciosa gestión documental de todos los procesos que se instauren alrededor del programa, ya que estos podrán servir como insumo y soporte para la retroalimentación y modificación del programa, igualmente servirá como mecanismos para obtener información y anticiparse a ciertas situaciones que se pueden llegar a presentar al interior de la organización.

Es de reiterar la importancia de mantener actualizado el programa de cumplimiento, para que en verdad pueda servir como mecanismo de contención de conductas antijurídicas que se puedan desplegar desde la organización, manteniendo actualizados los sistemas de prevención y control, por tanto es de vital importancia la estructuración de un sistema interno de denuncias robusto y funcional que permita contener y sancionar desde la propia organización hechos que puedan tipificar conductas delictivas y vayan en contravía de lo instaurando en el programa implantado dentro de la organización-

Por último y no menos importante, se debe realizar una rigurosa selección del encargado de cumplimiento, tanto si es para la etapa de diseño, implementación o el control interno, valorando las capacidades de la persona que se va a encargar y que cumpla con el perfil requerido, que generalmente va a incluir conocimientos y estudios de educación superior, normatividad aplicable, conocimiento del sector en el que se mueve de la organización, así como habilidades comunicativas y un alto de sentido de compromiso y responsabilidad con los valores de la respectiva organización.

## CAPÍTULO 2

### PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.

#### 1. Aspectos generales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se dice que la responsabilidad penal de las personas jurídicas empieza a vislumbrar su necesidad político criminal a mediados del siglo XIX en Estados Unidos, al observar a las empresas como un importante actor social con una acumulación de poder cada vez mayor, contexto en el cual, si bien es admitida la necesidad de implementar este tipo de responsabilidad penal, se discutía, y se discute aún, la imposibilidad de admitirla toda vez que se parte la máxima jurídica de *societas delinquere non potest*.

Siguiendo el recorrido que hace de este fenómeno Ortiz de Urbina Gimeno<sup>13</sup>, se tiene que para finales del siglo XIX y como consecuencia de diferentes regulaciones establecidas por vía legislativa para las empresas, se empieza a evidenciar como los distintos tribunales estadounidenses, en particular los de estados federados, comienzan a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estos primeros momentos tuvieron un importante impulso en el año 1909 en el caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, caso en el que la Corte Suprema Norteamericana, sancionó a una empresa ferroviaria que en contra de lo que establecía la legislación de la época, que prohibía cualquier tipo de discriminación en el establecimiento de precios, y precisamente esta empresa ofrecía descuentos a determinados clientes. El argumento para condenar a la empresa se basó principalmente en una atribución de responsabilidad vicarial, en el que se hizo responsable a esta empresa básicamente por la actuación de sus empleados, lo que

---

<sup>13</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way. En: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor *et al.* Responsabilidad de la Empresa y Compliance programas de prevención, detección y reacción penal. España: Edisofer S.L., 2018.p. 41-51.

implicó, según se advierte, una clara transferencia de responsabilidad de estos individuos al ente colectivo.

Posteriormente se produjeron otros avances en el sentido de establecer los supuestos en los cuales las organizaciones responderían por los actos que fuesen ejecutados por los sujetos que las integran y se fueron estableciendo criterios más o menos claros para determinar los casos en los que se podría predicar la responsabilidad de las mismas. Fue hasta 1991 con la expedición de las *Corporate Sentencing Guidelines* y el memorándum del *Department of Justice*, en el que se instauró definitivamente la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y se fijaron los lineamientos para fundar su responsabilidad y determinar sanciones para estas.

Los programas de cumplimiento, a los que se hizo referencia en el capítulo anterior de este trabajo, adquieren mayor relevancia debido a escándalos de corrupción que involucraron a diferentes empresas en Estados Unidos y también como consecuencia de la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en distintos ordenamientos. Estos programas de cumplimiento han tenido un importante desarrollo en países en los que o bien existe una responsabilidad penal de las personas jurídicas, como en Estados Unidos, Chile, España, México, Perú, o bien se discute la conveniencia de introducir la responsabilidad penal, pero existe una responsabilidad administrativa, como los casos de Alemania e Italia.

Con la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídica en diferentes legislaciones, han surgido importantes problemas dogmáticos, que han llevado a interpretar y amoldar a las nuevas circunstancias algunos de los postulados de la teoría del delito; la cual ha entendido tradicionalmente el delito como una acción típica, antijurídica y culpable, entendiendo que esta última categoría, esto es la culpabilidad solo se predica de personas naturales.

Algunos de los aspectos que han generado debate respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas los expone en forma clara y precisa Díaz y García

Conlledo<sup>14</sup>: (i) la capacidad de acción de esta: se rechaza la aptitud de la persona jurídica para desplegar acciones en el sentido jurídico-penal, toda vez que se entiende mayoritariamente por parte de la doctrina respecto de la acción, como una actuación humana reflejada en el exterior que evidencia una mínima voluntariedad y/o como manifestación de la personalidad del sujeto; por estas razones se niega que la persona jurídica pueda tener una voluntad propia en sentido estricto, y de personalidad; (ii) el injusto típico de la persona jurídica: hablar de un injusto propio de la persona jurídica similar al injusto de la persona física resulta complejo, en un primer estadio teniendo en cuenta que los tipos penales en su mayoría se configuran detallando conductas humanas, en un segundo estadio en lo referido al tema del dolo y la imprudencia, ya que muchos consideran que en ambos (el dolo y la imprudencia) deben estar entre otros componentes, elementos psíquicos los cuales se torna imposible de predicar respecto de la persona jurídica. Sin embargo, los más fervientes defensores de la teoría de la auto responsabilidad sostienen que el injusto propio de la persona jurídica, reside en su mala organización<sup>15</sup> (iii) culpabilidad: si se entiende la culpabilidad como el reproche al sujeto por no haber actuado de otro modo, teniendo este la posibilidad de hacerlo, concepción parte de una noción de libertad en sentido amplio. La persona jurídica no obra libremente ni decide de forma autónoma como tal. Desde este mismo punto de vista, también surge el problema de hablar de motivabilidad o accesibilidad del sujeto a través de la norma. Según se desprende de lo dicho anteriormente, resulta imposible hablar de que una persona jurídica pueda llegar a ser motivada o influenciada por la norma, independientemente de la forma como se organice.

No obstante lo anterior, la doctrina especializada se ha esforzado en construir modelos para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre los que se destacan los dos que se enuncian a continuación:

---

<sup>14</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis. En: Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales [en línea]. Madrid-España: Fundación Internacional de Ciencias Penales, mayo, 2016, nro. 5. p. 31-43.

<sup>15</sup> Para profundizar en el tema véase Díaz y García Conlledo, Miguel; en: ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis. En: Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales [en línea]. Madrid-España: Fundación Internacional de Ciencias Penales, mayo, 2016, nro. 5. p. 31-43.

(i) Modelo de responsabilidad por atribución (vicarial o de la transferencia): Este modelo es el que menos problemas dogmáticos presenta para su aplicación, toda vez que los elementos de acción, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, son realizados por la conducta de una persona natural, que por su ubicación en la estructura de la organización o por las funciones que le son asignadas en la misma, se asume que representa y expresa la voluntad del máximo órgano social y en consecuencia de la organización, a la cual se le transfiere la conducta desplegada por la persona natural. Para salvar de las críticas que se hacen en el sentido de que se estaría básicamente respondiendo por el hecho de otro, se estructura la teoría del *alter ego* la cual “se utiliza para transferir la responsabilidad del órgano a la persona jurídica en lugar de para transferir condiciones de autoría de la persona jurídica al órgano que carece de ellas (como sucede en las cláusulas usuales de actuar por otro)”<sup>16</sup> o la teoría de la responsabilidad vicarial “...en la que el ente colectivo es responsable, como si de un garante se tratase, por la actuación de sus directivos y empleados”.<sup>17</sup>

(ii). Modelo de responsabilidad por un hecho propio de la persona jurídica<sup>18</sup>: Los defensores de este modelo de responsabilidad han acudido a replantear el concepto de culpabilidad en lo que a las organizaciones se refiere, de forma tal que se pueda hablar de la atribución de responsabilidad a estas con un fundamento teórico distinto al de culpabilidad clásica en las personas naturales: “[por un lado] mediante la reconfiguración general del concepto de culpabilidad (partiendo del concepto funcional de culpabilidad); por el otro, a través de la ampliación del concepto de culpabilidad de

---

<sup>16</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Fundamentos del Derecho penal en la empresa. 2 ed. España: Edisofer S.L. 2016, p. 299.

<sup>17</sup> BERNATE OCHOA, Francisco. El derecho penal de las personas jurídicas [en línea]. Ámbito Jurídico. Bogotá. (28 de marzo de 2014). [Consultado: 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/el-derecho-penal-de-las-personas-juridicas>

<sup>18</sup> Al respecto SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Fundamentos del Derecho penal en la empresa. 2 ed. España: Edisofer S.L. 2016, p. 309-310. Haciendo referencia a lo expuesto por Pérez Manzano, sostiene que si se tiene en cuenta que se acepta que a las personas jurídicas el derecho les reconoce la condición de sujetos, lo que no se puede sin embargo reconocerles por esta vía, es la atribución de autoconciencia y libertad, características que innegablemente solo les pertenecerán a las personas naturales “(...)las personas jurídicas carecen de sustrato psico-espiritual o de las condiciones existenciales que permiten hablar de una voluntad en sentido psicológico.” Por tanto, uno de los temas que más genera discusión sobre esta teoría es el referente a que sobre estas no se puede predicar el sentido clásico de culpabilidad como reprochabilidad de la conducta en el que los elementos de ese juicio de reproche son la imputabilidad, dolo, culpa, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad; elementos que son difícilmente predicables en las personas jurídicas.

modo específico para el ámbito de la empresa (construyendo un concepto de culpabilidad por defecto de organización); en tercer lugar, mediante la elaboración de un concepto paralelo al de la culpabilidad (el estado de necesidad para los bienes jurídicos), y, en cuarto lugar, apelando sencillamente a la idea de peligrosidad y elaborando consiguientemente sistemas de medidas independientes de la culpabilidad.”<sup>19</sup>

Como se puede observar, la responsabilidad de la persona jurídica, bien sea que se fundamente en un modelo por atribución (vicarial) o de responsabilidad por el hecho propio, supone que se produzcan actuaciones delictivas en el seno de la organización de ciertas personas que dado su rol y funciones, puede dar lugar a que se atribuya responsabilidad penal a la persona jurídica y al mismo tiempo, a otros sujetos como a los órganos de dirección y el oficial de cumplimiento. Es en este punto en el que cobran importancia los programas de cumplimiento, en la medida en que sirven de criterios, no lo únicos, para valorar en que medida la persona jurídica, sus órganos de dirección y el oficial de cumplimiento han implementado, ejecutado, vigilado, controlado un programa de cumplimiento dirigido a neutralizar la realización de delitos en el marco de la organización.

## **2. Programas de cumplimiento y responsabilidad penal de la persona jurídica, de los órganos de dirección y del oficial de cumplimiento.**

A partir del marco previamente señalado, esto es, por un lado, el relativo a los estándares y parámetros que se han ido implementado en diferentes países sobre programas de cumplimiento, dirigidos prevenir, detectar y controlar oportunamente actividades delictivas en el marco de la actividad empresarial (Capítulo 1) y por otro lado, el relacionado con la manera como se han ido implementando y justificando modelos de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas (Capítulo 2, apartado 1); se procederá a continuación a enunciar algunos de los efectos que podría tener la implementación de programas de cumplimiento respecto

---

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ, cit., p. 311. No se discutirá en este si en verdad las sanciones impuestas a las personas jurídicas son en esencia penas.

de la responsabilidad penal de tres sujetos distintos: la persona jurídica –en los eventos en los que la legislación contemple tal forma de responsabilidad-, de los órganos de dirección y la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento.

La existencia de un programa de cumplimiento que se ajuste a estándares de calidad en su configuración y estructuración como los expuestos anteriormente a partir de las regulaciones mencionadas, y además que no solamente se quede en el papel sino que efectivamente se consolide dentro de la organización como un mecanismo de contención y control de los riesgos, particularmente los relacionados con la comisión de delitos en el ámbito de la organización, puede tener repercusiones en la responsabilidad penal en el sentido de excluirla o atenuarla, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto y de las disposiciones de la regulación de cada país.

Si bien en la doctrina se utiliza el término empresario, como si la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo se diera en el seno de la empresa y no de otras personas jurídicas como pueden ser ONG u organizaciones sin ánimo de lucro, entendemos que al utilizar el término empresario no se deberá asimilar solamente a la empresa, por tanto, cuando se habla de empresario en el presente texto se deberá entender que esto debe incluir también toda organización que no se inserte en el concepto estricto de empresa entendida como “unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.” (RAE), y se deberá referir a cualquier persona jurídica, es por esto que en el texto se ha optado por la palabra organización para abarcar cualquier persona jurídica.

#### **A. Programas de cumplimiento y su incidencia en la responsabilidad penal de la persona jurídica.**

Como se ya se indicó, la introducción y auge en la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en diferentes ordenamientos jurídicos y la internacionalización de estas normas y postulados, ha llevado a que diferentes organizaciones hayan optado por la configuración e implementación de programas de

cumplimiento dirigido a la prevención y evitación de conductas delictivas que se generen desde la organización anticipándose así a que eventualmente puedan ser juzgadas y condenas penalmente. Este fenómeno se puede observar de mejor manera en las organizaciones que cotizan en las principales bolsas de valores en el mundo.

Los programas de cumplimiento y la puesta en práctica de los mismos sirven como indicadores de la voluntad de la organización de instaurar una cultura de legalidad y prevención de aquellas conductas delictivas realizadas por personas que conforman la estructura de estas que podrían eventualmente originar una responsabilidad penal para la organización. Como se acaba de señalar, los programas de cumplimiento pueden servir como indicadores de que la organización no tolera esta clase de comportamientos, por lo cual dispone de toda una estructura sistematizada y operativa que busca mitigar y eliminar de su entorno prácticas que vulneren la legislación y las normas aplicables, evitando así una responsabilidad en general por conductas antijurídicas o malas prácticas corporativas, pero primordialmente, dirigidas a evitar la responsabilidad penal.

Además, o programas de cumplimiento sirven demostrar con su comportamiento el compromiso con el ordenamiento jurídico y su cultura organizacional en línea con el cumplimiento de las disposiciones vigentes, incluso aquellos compromisos extralegales relacionados con lo que en un ámbito más amplio podrá denominarse un sistema de buenas prácticas en el gobierno corporativo, que usualmente son adoptadas y practicadas voluntariamente por organizaciones que pertenecen a un mismo sector.

La incidencia de estos programas de cumplimiento en la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y por tanto la aplicación de atenuantes y/o eximentes, dependerá de la forma como se hayan implementado y ejecutado dichos programas, es decir, si obedecen a lo parámetros que de manera amplia se esbozaron en el capítulo anterior.

Por esa razón, al contar con un programa de cumplimiento, la organización no solamente demostrará el compromiso tendiente a contener los riesgos delictivos ligados a su actividad, sino que este será un instrumento útil para eximirse de responsabilidad o atenuar la misma, en los casos que la concreción de estos riesgos, pese a la existencia del programa de cumplimiento no se haya podido evitar.

Es menester resaltar que el hecho de tener un programa de cumplimiento no implica *per se*, la aplicación de eximentes o atenuantes (según se consagre en la regulación). Se deberá demostrar y evidenciar además que el programa se ha venido desarrollando, aplicando, actualizado y cumpliendo con su función de mecanismo de control sobre los procesos que se llevan a cabo desde la organización a través del tiempo, y que la ocurrencia del hecho que reviste características de delito, ha obedecido a circunstancias que se salían del control que se le podría exigir a la organización, o a maniobras estructuradas para pasar por encima los mecanismos implantados desde esta, y no simplemente a una mala aplicación del programa de cumplimiento.

En síntesis, de acuerdo con lo anterior, la existencia del programa de cumplimiento y luego, su adecuada implementación, control, vigilancia y constante actualización se convierten en un elemento que puede ser relevante para establecer si se le atribuye o no responsabilidad a la persona jurídica.

## **B. Programas de cumplimiento y su incidencia en la responsabilidad penal de los órganos de dirección.**

Como expresa Martínez-Bujan Pérez<sup>20</sup>, se ha optado por dirigir el castigo del delito cometido a los sujetos que componen la cima de la organización ya que tradicionalmente se ha castigado a las personas que ejecutan materialmente los hechos que tipifican el delito. Estas personas generalmente ocupan esferas bajas de la organización y son subalternos de personas que ocupan unas posiciones

---

<sup>20</sup> Ibidem., p. 518.

jerárquicas más altas; esta situación ha puesto en evidencia un tratamiento claramente desigual que, además, tiene repercusiones negativas en la función preventiva que a la pena criminal se le atribuye. Por tanto, se ha buscado hacer responsables y merecedores de castigo, a las personas que ocupan altas posiciones jerárquicas en la organización y a la propia organización, por la no evitación de conductas delictivas y contrarias a la norma que se hallen dentro de su ámbito de competencia y que tenían el deber de evitar.

Una de las formas más desarrollada y aplicada para atribuir responsabilidad penal a estos altos directivos o las personas con posiciones de control y vigilancia, tiene su fundamento en la idea de que se trata de sujetos con deberes de garantía y por tanto responden en los casos en los que pudiendo hacerlo, no evitaron el resultado lesivo, es pues lo que se conoce como responsabilidad por omisión, más exactamente en comisión por omisión.

Así pues, la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la organización generalmente estará ligada a la especial ubicación que ocupan dentro de la estructura organizacional y de la posición de garante atribuible. Cabe preguntar: ¿de dónde surge y se justifica la posición de garante del empresario o máximo órgano de administración?. Sobre este particular se ha afirmado: “(...) el empresario tiene el deber de evitar cursos lesivos que surgen de la actividad empresarial. La idea básica que fundamenta la posición de garantía de los órganos de dirección de la empresa reside en que, con el establecimiento de la organización, *el empresario asume el compromiso de contener aquellos riesgos que de la misma vayan surgiendo para los bienes jurídicos de los demás. Esta es la contrapartida a la libertad ejercida mediante el establecimiento de la empresa.*”<sup>21</sup>

La fuente de la posición de garante bien puede tener lugar por una remisión legislativa que recaer en general cabeza del empresario, o de una norma para ciertos ámbitos

---

<sup>21</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el derecho penal. En: SILVA SANCHEZ, Jesús-María y MOTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Criminalidad de empresa y Compliance Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p. 322.

regulatorios: “Así, en ciertos casos la propia legislación impone la posición de garante en cabeza del empresario: puede tratarse de una norma de carácter general dirigida a todos los empresarios o, por el contrario, de una norma específica para ciertos ámbitos de regulación.”<sup>22</sup>

De acuerdo con lo anterior, puede acogerse la idea de acuerdo con la cual la libertad que el ordenamiento jurídico brinda para organizarse y establecerse en empresa u organización, implica la obligación de disponer mecanismos óptimos que permitan el control de los riesgos que se generan desde allí, que van unidos típicamente a la actividad que se desarrolla y que pueden entrañar peligros para terceros. Por tanto, se deberá propender por evitar y minimizar su existencia hasta situarlos en unos mínimos tolerables. Este control está en un primer momento en cabeza de los máximos órganos de dirección de la organización, de tal forma que si no se controlan los riesgos en todos los niveles de su estructura y se dejan librados al azar, estos máximos órganos directivos que están en una posición de garante estarían incumpliendo los deberes que impone esta especial posición, por tanto es plausible predicar una responsabilidad penal por la infracción de estos deberes ligados a los *riesgos típicamente unidos a la actividad empresarial u organizacional*.

El problema de la imputación al órgano directivo se puede abordar desde diversos ángulos y cada uno representa sus propios escollos, se puede considerar en un primer momento el comportamiento de los órganos directivos como una participación respecto del hecho delictivo cometido materialmente por alguno de sus subordinados,

---

<sup>22</sup> G. BERMEJO, Mateo y PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. En: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 179. Sobre este particular ROBLES PLANAS, cit, p. 323. Señala lo siguiente “El fundamento de esta responsabilidad habría de hallarse en que *la organización de la empresa en diversos niveles de personas no exonera al órgano directivo de la obligación de evitar que en dichos niveles surjan peligros para los demás*. Mas relevantes que el fundamento de esta responsabilidad son las cuestiones relativas a su concreción. Por un lado la de *qué concretos peligros* derivados de la actuación de los empleados son los que se integran en la posición de garantía de los órganos de dirección y, por el otro, *qué medidas de vigilancia y control son exigibles* para afirmar su adecuado cumplimiento (...) En definitiva, el cumplimiento de este deber de garante se produce mediante la adopción de mecanismos de vigilancia sobre los cursos o procesos propios de la actividad empresarial que pueden entrañar peligros para terceros, incluyendo los provocados por los subordinados. Tal deber incumbe primariamente a la dirección de la empresa- órgano de administración- en cuanto al asumir la dirección y control de la misma se asume la evitación de los peligros que de ella surjan.”

esto presenta serios inconvenientes al considerar el supuesto en que el delito cometido por estos últimos, es consecuencia del plan diseñado por los órganos directivos y se hubiese provocado o favorecido desde estos a la comisión de la conducta tipificada como delito, calificación que ofrece dificultades en los casos en los que por ejemplo la conducta del autor material del hecho carezca de antijuridicidad, lo que se traduciría en una irresponsabilidad del órgano de dirección.

Por todo ello algunos autores ponen de manifiesto su preocupación al resaltar que la persona o personas que ha trazado todo el plan criminal y que poseen el control sobre medios e instrumentos con los que se ha cometido el delito quede impune aunque revista los elementos como para considerarla una verdadera autoría.<sup>23</sup> Se plantea entonces la posibilidad de apreciar una autoría mediata en los casos en que el subordinado que ejecuta materialmente el hecho sea un simple instrumento, planteamiento que no ha sido bien acogido por la doctrina y en su lugar se ha propuesto una autoría *por posición de deber*, que tiene su fundamento en la posición de garantía del empresario.<sup>24</sup>

Otra posible solución es la elaborada por MUÑOZ CONDE el cual plantea una coautoría entre ambos sujetos (órgano directivo y quien realiza materialmente el hecho) "(...) considerando que para el hombre de atrás debería ser suficiente una realización conjunta, si existe un plan común y un dominio funcional del hecho, aunque no intervenga en la fase ejecutiva propiamente dicha del delito de que se trate (dominio de la decisión). De este modo, se pueden calificar de ejecutivos aquellos actos que, en principio, serían meramente preparatorios."<sup>25</sup> Es de resaltar que la mayoría de los autores advierte que no es posible responsabilizar penalmente a los órganos directivos cuando el ejecutor material realice alguno de los delitos considerado de propia mano.

---

<sup>23</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, cit. p. 518.

<sup>24</sup> Ibid., p. 520-521.

<sup>25</sup> Ibid., p. 523.

Existe otro planteamiento para abordar el problema de imputación al órgano directivo desde la teoría de la comisión por omisión elaborada por SCHÜNEMANN y explicada por Martínez-Buján Pérez así:

(...) la plena equiparación entre la omisión impropia y el comportamiento activo debe apoyarse en la idea de “dominio”, o, dicho de modo más explícito, en el dominio que posee el órgano directivo, que se encuentra en posición de garante, “sobre la causa (o el fundamento) del resultado”. A través de la teoría del dominio se consigue —en su opinión— una significativa restricción de las situaciones de garante derivadas del pensamiento de la injerencia a supuestos en que pueda acreditarse un auténtico dominio del órgano directivo de la empresa. En concreto, el aludido dominio puede dimanar de un dominio fáctico sobre los elementos o procedimientos peligrosos de la empresa (dominio material) o puede proceder de un dominio sobre el propio comportamiento de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa (dominio personal). En el primer caso, la especial posición de garantía surge privativamente en relación con un ámbito específico de competencia, que acota la esfera de responsabilidad del directivo, y fuera del cual se extingue el “dominio material”, siendo posible en cambio que permanezca el “dominio personal”. En este segundo caso, la responsabilidad omisiva del superior debida al hecho ejecutado por el subordinado se basa no sólo en el poder legal de mando que ostenta el órgano directivo, sino también en el mayor acopio de información global que éste posee, a diferencia del conocimiento fragmentario que tiene el subordinado.<sup>26</sup>

Por tanto desde esta teoría, el fundamento de la imputación de responsabilidad penal a los directivos no se reduce solo a ostentar formalmente el cargo de directivo, se basará pues en los ámbitos específicos de competencia que tenga, surgidos de la estructura jerárquica y la división del trabajo en el cual cada individuo posee un determinado ámbito de competencia dentro de la organización en el cual adquiere específicos deberes de control, vigilancia y contención riesgos surgidos de la actividad desarrollada por la organización y que tienen relación directa con las acciones ejecutadas por sus subordinados que eventualmente puedan afectar bienes jurídicos.

---

<sup>26</sup> Ibid p. 526-527.

En el mismo sentido Martínez-Buján Pérez exponiendo la idea de LASCURAIN describe:

(...) la responsabilidad por el ejercicio de las facultades individuales de autoorganización se apoya, a su vez en las contribuciones generales de autores como JAKOBS o HERZBERG y parte del principio general de libertad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, principios consustanciales al modelo democrático de organización política. Expuesto de modo sintético, este planteamiento asume la idea básica de que en el los delitos omisivos el fundamento de la responsabilidad reside (al igual que en los comisivos) en las “competencias de organización” y las “competencias institucionales”, y que dicha responsabilidad no es más que el reverso del derecho a la propia libertad de determinación, en el sentido de que el ejercicio de la propia actividad no posee más límites que los que se derivan del correlativo derecho de los restantes ciudadanos a ejercer su libertad (...) <sup>27</sup>

En relación con los límites de la posición de garantía del directivo es menester resaltar, que para encontrar a este penalmente responsable se debe observar como este ha cumplido sus deberes de garantía, sobre todo en el caso de la delegación de funciones en las que el directivo se desprende de parte de su ámbito de competencia para hacerlo recaer en otra persona al interior de la organización, que si bien esto no lo hace desprenderse de forma absoluta de toda su carga puesto que su deber primario todavía prevalece, si le alivia en sus responsabilidades, aunque siempre deberá observar que la delegación se lleve a cabo de forma diligente, procurándose la obtención de información e igualmente que la delegación recaiga en personas idóneas para cumplir la tarea y se doten de los mecanismo y recursos óptimos para la labor encomendada ; al margen de lo anterior también se deberá respetar el principio de responsabilidad por el hecho propio. En la parte subjetiva se deberá evidenciar que el hecho se haya cometido bien dolosa o imprudentemente por el directivo y en el título de imputación bien pueden caber los dos supuestos, esto es que se le considere como autor o partícipe. <sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Ibid., p. 529.

<sup>28</sup> Ibid., p. 535.

Se propone calificar la conducta del órgano directivo como autor en comisión por omisión, en los eventos en que estos delegantes falten a su deber de intervención y/o deber de vigilancia sobre el delegado, cuando con dicha falta se propicie y ocasione el hecho delictivo ejecutado materialmente por este último. En este supuesto no se vulnera el principio de responsabilidad personal del órgano directivo porque el fundamento de la atribución de la responsabilidad a este estará dado por la infracción de su deber de garantía conectado al resultado.

Sobre la incidencia de los programas de cumplimiento en la responsabilidad penal de los órganos de dirección fundada en la posición de garante que estos ostentan, es menester resaltar que esta se puede ver atenuada o eximida, según se consagre en cada ordenamiento, en los casos donde se demuestre que los directivos han cumplido cabalmente los deberes residuales de vigilancia y/o control sobre las delegaciones realizadas al interior de la organización, igualmente haber realizado una adecuada selección del personal encargado de la función de cumplimiento y en general que los directivos han estado realizando un oportuno seguimiento al desempeño y ejecución del programa de cumplimiento y han tomado las acciones correctivas a las que haya habido lugar.

### **C. Programas de cumplimiento y su incidencia en la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento.**

La adopción de los programas de cumplimiento y las figuras que desde allí surgen, en especial la de oficial de cumplimiento, que según se vio en el capítulo 1 es la persona encargada dentro de la organización de velar por la implementación seguimiento y aplicación del programa, hacen surgir las preguntas del papel y responsabilidades que este desarrolla en la respectiva organización. Al respecto cabe preguntar: ¿bajo qué circunstancias y supuestos puede llegar a responder penalmente por los delitos que se cometan desde la organización?. Lo anterior teniendo en cuenta que usualmente

se ha considerado que el oficial de cumplimiento ocupa una especial posición de garante dentro de la organización, en la evitación de conductas delictivas.<sup>29</sup>

Así pues, la figura del oficial de cumplimiento se inserta en una nueva dinámica, en la que las organizaciones pretenden a través de una serie de medidas y acciones, controlar y evitar los actos delictivos que se generan desde estas. La implementación de los llamados programas de cumplimiento conlleva la delegación de funciones al oficial de cumplimiento para que se encargue de realizar diferentes funciones, tanto de diseño implementación y control interno orientadas a la prevención de conductas delictivas en el seno de la organización.

Para poder hablar de la responsabilidad que le cabría al *compliance officer* se debe analizar de donde proviene esa posición de garante que se le atribuye, encontrándonos que esta viene dada por una delegación de funciones que le hace el máximo órgano de gobierno de la organización. Siguiendo lo expresado por G. Bermejo y Palermo “La posición jurídica del CO se deriva de la posición originaria del empresario como garante de evitar hechos ilícitos en su ámbito de organización.”<sup>30</sup> Así pues, la responsabilidad del oficial de cumplimiento como garante va a depender en mayor medida de las funciones que hayan sido delegadas en este, nos preguntamos en este punto por la delegación de funciones que hace el máximo órgano de gobierno para poder determinar el marco en el cual se puede hacer penalmente al *compliance officer*.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Si el lector desea profundizar léase Ricardo Robles Planas, en: Criminalidad de empresa y compliance. Juan Antonio Lascurain Sánchez, en: Responsabilidad de la Empresa y Compliance Programas de prevención, detección y reacción penal. Jacobo Dopico Gómez-Aller, en: Responsabilidad de la Empresa y Compliance Programas de prevención, detección y reacción penal. Cornelius Prittwitz, en: Compliance y teoría del Derecho penal.

<sup>30</sup> G. BERMEJO, Mateo y PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. En: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 178.

<sup>31</sup> Al respecto G. BERMEJO, Mateo y PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. En: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 182. Reseña que la responsabilidad de la dirección de la empresa y del *compliance officer* se puede concentrar en tres estadios del programa de cumplimiento: diseño, implementación y control interno. **Diseño:** Configurar el programa atendiendo a los estándares que imponen tanto las normas jurídicas sectoriales, normas técnicas y demás aplicables. **Implementación:** Desarrollo del programa diseñado, en el que se incluye la difusión y capacitación a todos los miembros de la organización, en los que se clarifican los roles y responsabilidades de cada individuo en la prevención y detección de conductas delictivas. **Control interno:** “consiste en la función

Así mismo, se sostiene que la posición de garante del *compliance officer* no es originaria sino derivada: “Los deberes primarios que le incumben se reducen a evaluar los riesgos e implementar un programa de cumplimiento acorde a aquella valoración, a vigilar el cumplimiento del programa y a formar a los trabajadores y a informar a la dirección de la empresa del desarrollo, incidencias y eventuales riesgos detectados en su actividad.”<sup>32</sup>

Según lo exponen G. Bermejo y Palermo<sup>33</sup>, la posición de garante del *compliance officer* tiene su origen en cuanto el empresario o el máximo órgano social de la organización que es el titular primario de esta y garante de evitar la comisión de hechos ilícitos dentro de la organización, puede delegar parte o toda la función en la figura del *compliance officer*; por tanto la posición de garante de este será derivada, en tanto el empresario o máximo órgano social delega su posición originaria en esta nueva figura.

Se pasará a exponer como la delegación de funciones del máximo órgano social al oficial de cumplimiento puede ser fuente de deberes de garantía para este último, los presupuestos para hablar de una delegación, funciones del oficial de cumplimiento y finalmente la responsabilidad de este y su título de imputación.

Si bien la delegación de funciones modifica la posición jurídica del delegante, esto no implica una transferencia absoluta de la responsabilidad en el delegado<sup>34</sup>. Esta nueva

---

de ejercer el control por parte del CO del cumplimiento, por parte de los miembros de la organización, de las normas diseñadas e implementadas con anterioridad, identificando las infracciones con la finalidad de evitarlas y reportarlas.”

<sup>32</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el derecho penal. En: SILVA SANCHEZ, Jesús-María y MOTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Criminalidad de empresa y Compliance Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p. 321.

<sup>33</sup> G. BERMEJO y PALERMO, cit., p. 178.

<sup>34</sup> Al respecto BACIGALUPO. Curso de Derecho penal económico, citado por G. BERMEJO, Mateo y PALERMO, Omar. La intervención delictiva del *compliance officer*. En: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 187-188: “(...) la delegación no extingue totalmente la posición de garante, sino que, en verdad, la transforma. En efecto, el garante primario seguirá siendo, en todo caso, el garante mediato, cuyo deber de vigilancia consiste en la observación del cumplimiento del delegado. Este, por

situación conlleva un cambio parcial en la posición del delegante, que al delegar funciones de control y/o vigilancia en el oficial de cumplimiento disminuye la carga que en principio le correspondería, quedando solo bajo su responsabilidad, en principio, los deberes de supervisión y vigilancia a las actividades encomendadas al delegado y la eventual intervención en los casos en los que este no cumpla adecuadamente con sus funciones<sup>35</sup>.

Para que la delegación cumpla con el propósito de liberar al delegante de algunas cargas que le competen, es necesario que, en los programas de cumplimiento y vía contractual se determinen de forma clara las competencias y funciones que se le asignan al oficial de cumplimiento, además se deberá llevar a cabo una debida selección del encargado de cumplimiento en la que se tengan en cuenta tanto los conocimientos y experiencia previa de las personas que asumen dicho cargo, una vez realizada una diligente elección se deben brindar los recursos físicos, humanos y económicos para que se pueda llevar a cabalidad y a buen término la labor encomendada.

En relación con las labores que se asignan en cabeza del oficial de cumplimiento se definen regularmente contractualmente o vía de autorregulación (en los programas de cumplimiento) estas labores “(...)son en parte normativas, de promoción de políticas de empresa y de normas de conducta; en parte de coordinación y supervisión de los distintos responsables de seguridad; en parte vertebración del procedimiento sancionador interno, como receptor de denuncias de contravenciones al código ético y como instructor de tales denuncias o como promotores de tal instrucción.”<sup>36</sup> Las

---

su parte tendrá la plena responsabilidad del garante desde la aceptación de su posición hasta el momento de devolverla al garante primario.”

<sup>35</sup> Al respecto CARRIÓN CENTENO, Andy y URQUIZO VIDELA, Gustavo. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial, Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EE.UU. En: PÉREZ DEL VALLE, Carlos *et al.* Responsabilidad penal de las empresas y Compliance Program. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018. p. 313: “Así, por ejemplo, el deber de conocimiento (originario) del directivo da lugar y se complementa con el *deber de información* (derivado) del oficial de cumplimiento mientras que el *deber de supervisión* (originario) del directivo da lugar y se complementa con un deber de vigilancia (derivado) del oficial de cumplimiento.”

<sup>36</sup> LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Salvar al oficial Ryan. En: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor *et al.* Responsabilidad de la Empresa y Compliance Programas de prevención, detección y reacción penal. Edisofer S.L., 2018. p. 327.

anteriores funciones que deberán quedar plasmadas en el respectivo programa de cumplimiento.<sup>37</sup>

Dependiendo de la labor encomendada al oficial de cumplimiento, generalmente esta figura se puede configurar de dos formas. La primera en la cual se le asigna a este oficial de cumplimiento un papel auxiliar en los que sus deberes primarios se limitan a evaluar los riesgos e implementar el programa de cumplimiento con aquella evaluación, vigilar el cumplimiento del programa y formar los trabajadores, informar a la dirección de la empresa de las novedades y riesgos eventuales o presentes detectados, para que la dirección sea la encargada de tomar las acciones correspondientes esta se podría decir es la forma más usual en la que el oficial de cumplimiento desarrolla su labor.

La segunda es cuando al oficial de cumplimiento se le delega la posición de garantía propiamente, para impedir delitos al interior de la organización, en cuyo caso estarán en su cabeza los deberes de vigilancia y control que competen primariamente a la organización en cuyo caso si es posible exigirle responsabilidad penal habida cuenta de la posición de garantía que recae en él.

Analizada la delegación de funciones que hacen las directivos de la organización en el oficial de cumplimiento, se pasa a analizar como respondería este en el eventual caso de comisión de un delito dentro del marco de actividad de la organización. Las labores del oficial de cumplimiento generalmente se insertan en hacer seguimiento y aplicación del programa de cumplimiento respectivo, capacitación a los empleados de la organización, nutrirse continuamente de información acerca de las actividades que

---

<sup>37</sup> Al respecto G. BERMEJO, Mateo y PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. En: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 188: "(...) los programas de cumplimiento (en el marco de la legislación vigente) deben establecer las competencias y funciones de la dirección y del CO, de forma que se determinen cuáles son las expectativas normativas de cada uno respecto del otro, los deberes y facultades de cada uno de los roles instituidos en la empresa, así como las instancias de control interno y externo, de forma tal que la delegación de competencias y funciones se realice conforme a la legislación marco. De ello, se deriva que también en este sentido la infracción del deber quedará codefinida por las normas autorregulatorias de la empresa, al establecer un sistema formal de división de funciones que deberá ser tenido en cuenta en el momento de imputar responsabilidad penal."

se desarrollan desde la empresa, así como hacer seguimiento a los diferentes encargados de velar por la seguridad dentro de la empresa en los diferentes niveles que se divide la organización; pues bien esta situación la podríamos insertar en el primer supuesto antes explicado, entre tanto no existe una posición de garante propiamente dicho, por lo que no se podría hablar de una atribución de responsabilidad penal, puesto que solo existe un deber genérico de control.

Caso contrario es el que se expone en el segundo supuesto, en donde el oficial de cumplimiento si recibe de forma delegada la posición de garantía, habida cuenta de la asignación de funciones concretas de vigilancia y control emanadas de la dirección de la empresa, aquí eventualmente se le puede llegar a atribuir responsabilidad penal al oficial de cumplimiento, sobre el fundamento de “haber asumido mediante la delegación del directivo una parte o fragmento de la función de vigilancia y control (señaladamente la obtención de información) propia del órgano directivo, de tal modo que, aunque carezca de facultades de decisión y ejecución al respecto, el incumplimiento del fragmento asumido determina la imposibilidad de que quien tiene tales facultades (el órgano directivo) pueda ejercerlas convenientemente.”<sup>38</sup>

Como bien describe Martínez- Buján Pérez<sup>39</sup>, si el oficial de cumplimiento ha asumido la posición de garante mediante la delegación de funciones que ha realizado el máximo órgano social, y le han asignado funciones de vigilancia y/o control respecto al programa de cumplimiento y la obtención de información que deberá ser trasladada oportunamente al máximo órgano social y/o al órgano directivo para que tome las acciones pertinentes; teniendo presente que generalmente este último conserva las funciones relativas a la decisión y ejecución; por tanto si el oficial de cumplimiento no desarrolla la fracción de funciones delegadas, el máximo órgano social se verá impedido de ejercer las funciones residuales de decisión y ejecución. En este sentido se plantea que:

---

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, cit., p. 548.

<sup>39</sup> Ibid., p. 548.

(...) los presupuestos de la responsabilidad penal del *compliance Officer* baste con señalar los tres requisitos básicos: su omisión debe ir referida a un delito que todavía no se ha cometido; ha de tratarse la omisión de una conducta contraria a los deberes asumidos y cuya realización habría supuesto una obstaculización a la comisión del delito; el riesgo de comisión delictiva no impedido ha de ser uno de aquellos que el encargado de cumplimiento ha asumido impedir. Por último, en cuanto al título de imputación, el responsable de cumplimiento será normalmente partícipe, pero cabe imaginar supuestos en los que sea autor mediato o coautor.<sup>40</sup>

En síntesis y de la mano de lo planteado de imputación de responsabilidad al oficial de cumplimiento, Ricardo Robles Planas, plantea, que puede llegar a responder: (a) como autor “Puede suceder que el responsable de cumplimiento determine completamente un error invencible en el que lleva a cabo el comportamiento ejecutivo constitutivo de delito, en cuyo caso el primero será autor mediato del delito...p.ej., siempre que el responsable de cumplimiento instrumentalice al órgano de administración suministrándole información falsa...”<sup>41</sup>, (b) como coautor “... será posible allí donde el responsable de cumplimiento tuviera competencias directas para evitar la conducta delictiva de un miembro de la empresa.”<sup>42</sup> Y como (c) cómplice “...lo más frecuente será que la aportación del responsable de cumplimiento se limite a la no adecuada transmisión de la información hacia el órgano que le ha delegado la función de vigilancia y control o a la no correcta evaluación de las situaciones de riesgo en la empresa.”<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 548.

<sup>41</sup> ROBLES PLANAS, cit., p. 328.

<sup>42</sup> ROBLES PLANAS, cit., p. 328.

<sup>43</sup> ROBLES PLANAS, cit., p. 329.

## CONCLUSIONES

La configuración e implementación de los programas de cumplimiento en las organizaciones ha servido para hacer frente a la regulación que en diferentes legislaciones se hace al implementar la responsabilidad de estas, actuando como primera barrera, en la contención de las conductas delictivas que se generan desde estas, seguimiento y sanción al interior de la organización y en ocasiones la colaboración de estas organizaciones en el proceso penal por medio de la información recaudada en su proceso interno de investigación.

En la elaboración de estos programas de cumplimiento los contenidos y aspectos para tener en cuenta, no son uniformes y generalmente prima la ausencia de unos parámetros claros para las organizaciones, es por esto que cobra importancia el rastreo de las legislaciones que se han preocupado por establecer algunos conceptos mínimos respecto a estos programas y que sirven de base a las organizaciones al momento de elaborar sus respectivos programas de cumplimiento.

Los programas de cumplimiento no han estado exentos de críticas, se discute si la incapacidad del Estado de hacer frente a esta criminalidad que se genera desde las organizaciones y a su incapacidad y lentitud para entender los fenómenos que se generan en estas y la continua y rápida evolución que estas van sufriendo, se deba suplir haciendo que estas ejerzan como vigilantes de su propia actividad implantado en las mismas una autorregulación regulada (como lo han llamado algunos autores), en la cual el ordenamiento jurídico en ocasiones da algunos parámetros para implementar en las organizaciones una vigilancia al interior de las mismas, que entre otras incluyen un sistema interno que permita canalizar las denuncias que hagan los empleados de la organización, un sistema de sanciones; y si esto no se convierte en generar un ambiente policivo al interior de la organización que eventualmente pueda generar un mal ambiente al interior de la misma y pueda servir como mecanismo intimidador.

El fenómeno autorregulatorio que se desarrolla desde la organización por medio de los programas de cumplimiento, cumple un papel preponderante en la determinación de los márgenes que permiten hablar de una responsabilidad penal en cabeza de alguno de los directivos de la organización, el oficial de cumplimiento o cualquier otro empleado por la infracción de deberes, ya que aportan unos estándares y reglas que ante su incumplimiento, son indiciarios de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado “las normas regulatorias coadyuvan a determinar la infracción del deber: si se infringen los estándares esperados en su diseño o implementación o si se incumplen las reglas de conducta y procedimientos establecidos en los programas correctamente diseñados, existirá un indicio vehemente de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que podrá tener relevancia jurídico-penal.”<sup>44</sup>

El oficial de cumplimiento eventualmente podrá llegar a responder penalmente por los hechos delictivos que cometa los empleados de la organización, si ha incumplido flagrantemente las funciones de control y/p vigilancia que le han sido asignadas por delegación y constan en el programa de cumplimiento o contractualmente, y además que con su omisión de funciones haya facilitado o propiciado el comportamiento ilícito; si se encuentra que este ha incumplido sus funciones, generalmente responderá a título de participación, aunque también se podrán encontrar casos de autoría o coautoría.

---

<sup>44</sup> G. BERMEJO y PALERMO, cit., p. 186.

## BIBLIOGRAFIA

AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique; JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. Derecho Penal de las Personas Jurídicas [en línea]. Madrid: Dykinson. 2015. 304 p. Disponible en Internet: Base de datos Digitalia Hispánica. <http://www.digitialiapublishing.com.ezproxy.eafit.edu.co/visor/46264#>

ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal económico en la era compliance. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. 230 p.

BERNATE OCHOA, Francisco. El derecho penal de las personas jurídicas [en línea]. Ámbito Jurídico. Bogotá. (28 de marzo de 2014). Internet: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/el-derecho-penal-de-las-personas-juridicas>

CALCINA HANCCO, Aldo. Responsabilidad penal de las empresas y compliance program. Argentina: Ediciones Olejnik, 2018. 327 p.

CHILE. MINISTERIO DE HACIENDA; SUBSECRETARÍA DE HACIENDA. Ley 20.393 (25, noviembre, 2009). Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica. Internet: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1778 (2, febrero, 2016). Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción [en línea]. Bogotá, D. C. : Diario oficial. 2016. nro. 49774. p. 1-8. Internet: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67542>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley 117 de 2018. Por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.:

Gaceta del Congreso N° 631, Año XXVII, 31 de agosto de 2018. Internet:  
[http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2018/GC\\_0631\\_2018.pdf](http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2018/GC_0631_2018.pdf)

COLOMBIA. GACETA DEL CONGRESO. Informe de ponencia negativa al proyecto de ley 117 de 2018 Senado. Por el cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C., 2018. no. 1024. Internet:  
[http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta\\_1024.pdf](http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta_1024.pdf)

COLOMBIA. GACETA DEL CONGRESO. Proyecto de Ley número 117 de 2018. Por el cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C., 2018. no. 631. Internet:  
[http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta\\_631.pdf](http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta_631.pdf)

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa 100-000003 (26, julio, 2016). Guía destinada a poner en marcha programas de ética empresarial para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2° de la ley 1778 de 2016 [en línea]. <https://actualicese.com/circular-externa-100-000003-de-26-07-2016/>

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. 312 p.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN (ICONTEC). Sistema de gestión de cumplimiento, directrices, GTC-ISO 19600. Bogotá D.C: ICONTEC, 2018. 33 p.

KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. 300 p.

LLEDÓ BENITO, Ignacio. Corporate compliance: La prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables [en línea]. Madrid: Dykinson, S.L. 2028. P.78. Disponible en: Digitalia Hispánica. <http://www.digitaliapublishing.com.ezproxy.eafit.edu.co/visor/54655>

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte General. 5 edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. 724 p.

MIR PUIG, Santiago *et al.* Responsabilidad de le Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. España: Edisofer S.L., 2018. 517 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María. Fundamentos del Derecho penal de ala empresa. 2 ed. Madrid: Edisofer S.L., 2016. 424 p.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María y MOTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Criminalidad de empresa y Compliance Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. 331 p.

United States Sentencing Commission. Guidelines Manual, §3E1.1 (Nov. 2018) [en línea]. <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>