



***Compliance y Defensa Corporativa en el marco de procesos administrativos sancionatorios. Análisis del caso colombiano***

Diego Andrés Trujillo García

**Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas, Pontificia Universidad Javeriana – Cali**

Director: Dr. Santiago Dussán Laverde

Diciembre de 2020

## **Notas del autor**

*Esta investigación fue realizada como requisito para optar al título de Magister en Derecho Empresarial de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, cohorte 2018-2020. Fue realizada con recursos propios del autor y su contenido corresponde a opiniones y conclusiones personales que en ningún caso comprometen a la Pontificia Universidad Javeriana - Cali.*

*El autor es abogado egresado de la Universidad Libre de Pereira (2015), Magister en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas Université de Poitiers-Francia (2015) y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (2018). Actualmente se desempeña como abogado litigante y consultor en la firma Jurídica Empresarial Consultores – JUREMCO S.A.S de la cual es fundador.*

## **Agradecimientos**

*Un especial reconocimiento a mis compañeros y docentes, quienes hicieron un gran esfuerzo por sobrellevar los desafíos de la virtualidad y el confinamiento durante los últimos meses.*

*A Marcela y mi madre, mis incondicionales de siempre.*

**Compliance y Defensa Corporativa en el marco de procesos administrativos sancionatorios. Análisis del caso colombiano**

*Compliance and Corporate Defense in Administrative Sanctionatory Proceedings. The Colombian case.*

**Diego Andrés TRUJILLO GARCIA**

Pontificia Universidad Javeriana Cali (Colombia)

**RESUMEN:** El régimen sancionatorio que regula gran parte de la actividad empresarial en Colombia se encuentra enmarcado en la vía administrativa. En sede de procedimientos administrativo sancionatorios, rigen unos principios específicos que influyen en gran medida sobre los medios de Defensa Corporativa. Desde el punto de vista racional y jurídico, la propuesta del presente análisis consiste en reconocer a los Programas de Compliance como elementos exonerantes o atenuantes de responsabilidad administrativa. De esta forma se buscaría restablecer el balance en los medios de Defensa Corporativa. Claramente, tal propuesta debe tener en cuenta los criterios que deben contener dichos Programas para que se les reconozca dicha vocación. Así mismo, deben contemplarse los múltiples beneficios, así como las dificultades que supone esta posibilidad.

**PALABRAS CLAVE:** Compliance, Procesos Administrativo sancionatorios, Defensa Corporativa, Culpabilidad por defecto de organización, análisis económico del derecho, auto regulación regulada, exoneración y atenuación de responsabilidad.

**ABSTRACT:** In Colombia, corporations are often sanctioned through Administrative Sanctionatory Procedures. In this scenario, some specific principles are applied, influencing considerably Corporate Defense dynamics. From the point of view of Law and Economics, it is proposed to recognize Compliance Programs as a cause of exemption or mitigation of administrative liability. In so doing, Corporate Defense should reinstate his lost balance. Decidedly, this suggestion must considerate some minimum requirements expected, in order to evaluate the pertinence and suitability of Compliance Programs. Also, advantages and disadvantages must be considered.

**KEYWORDS:** Compliance, Administrative Sanctionatory Proceedings, Corporate Defense, Organizational default guilt, Law and Economics, self-policing approach, Responsibility exemption and mitigation

## INDICE

|   |           |
|---|-----------|
| <i>Introducción</i>   | <b>3</b>  |
| <i>Capítulo I : El Compliance en Colombia: un trasplante jurídico en desarrollo</i>   | <b>9</b>  |
| 1.1 Antecedentes y nociones generales sobre Compliance  | 10        |
| 1.2 Una aproximación al Compliance desde el sistema jurídico colombiano   | 22        |
| <i>Capítulo II: Análisis económico del Compliance y su eventual reconocimiento como medio de Defensa Corporativa</i>  | <b>32</b> |
| 2.1 Política represiva, Compliance y efectos económicos   | 33        |
| 2.2 Los Programas de Compliance como medio de Defensa Corporativa desde una perspectiva racional  | 46        |
| <i>Capítulo III: Discusiones sobre culpabilidad y el reconocimiento actual del Compliance como criterio de graduación de la sanción administrativa</i>                              | <b>54</b> |
| 3.1 La matización del principio de culpabilidad en sede administrativa: ¿un camino sin retorno?   | 56        |
| 3.2 La posibilidad manifiesta de reconocer la implementación de Compliance como criterio de graduación de sanciones administrativas   | 65        |
| <i>Capítulo IV: Perspectivas y retos del Compliance como medio de Defensa Corporativa</i>   | <b>70</b> |
| 4.1 La implementación de Programas de Compliance como posible circunstancia atenuante de responsabilidad: un análisis desde la culpabilidad empresarial por defecto de organización | 71        |
| 4.2 El problema de los estándares mínimos en materia de Compliance  | 78        |
| <i>Conclusiones</i>   | <b>84</b> |
| <i>Referencias</i>  | <b>89</b> |

**Recibido:** noviembre de 2020

**Aceptado:** diciembre de 2020

## Introducción

El mercado contemporáneo y sus actores, distan de ser los mismos que inspiraron las tendencias regulatorias de los siglos XIX y XX. Una simple mirada al sistema económico global permite evidenciar el rol preponderante que han adquirido las empresas dentro de esta dinámica<sup>1</sup>. Así mismo, conviene mencionar que la actividad empresarial se realiza, en su mayoría, a través de personas jurídicas; particularmente bajo la modalidad de sociedades comerciales. Naturalmente, estos cambios han tenido gran injerencia sobre las formas en que se despliega la intervención estatal sobre la economía. También el tradicional sistema de fuentes ha tenido notorias transformaciones, lo cual en últimas permite evidenciar un marco regulatorio que se vuelve cada vez más complejo, dinámico y multidimensional.

Ejemplo de esta complejidad es la falta de armonización regulatoria que se evidencia actualmente. En efecto, los actores del mercado deben interactuar bajo la constante confrontación entre una multiplicidad de sistemas normativos locales, los cuales buscan a su vez adaptarse a un sistema económico que no conoce fronteras ni soberanías. Entre toda esta convulsión, el acceso al mercado global parece cada vez más desigual. Mientras ciertos actores cuentan con recursos suficientes que les permiten navegar con éxito estas aguas turbulentas, otros menos favorecidos se extravían en dicho propósito y, por ende, tienden a ser más proclives al incumplimiento de las normas que rigen su sector de actividad. Esta situación implica, no solo un mayor grado de inseguridad jurídica, sino también un mayor riesgo de enfrentar procesos sancionatorios como consecuencia de la transgresión de normas cuya aprehensión y acatamiento se dificulta.

En el contexto colombiano, esta discusión pareciera tener aún mayor relevancia. Primero, el reconocimiento constitucional de la propiedad privada (artículos 58, 61 y 332 Constitución Política), el derecho al trabajo (artículos 25 y 26 Constitución Política) así como la declaración manifiesta de la iniciativa privada y la actividad económica como actividades libres, han servido de soporte a la denominada “*Constitución Económica*”<sup>2</sup>. Desde esta consagración constitucional

---

<sup>1</sup> **García Echavarría, S.** (2014) *Economía y sociedad en un mundo globalizado: papel de la empresa y del empresariado*. Documentos de trabajo, IDOE-Instituto de Dirección y Organización de Empresas, Universidad de Alcalá, N° 361, 2014. ISBN 84-8187-224-5. Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/20471> ; **De León Lázaro, G.** (2009) *Las empresas multinacionales y la economía mundial*. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLII (2009) pp. 339-252. Disponible en: [file:///Users/diegotrujillo/Downloads/Dialnet-LasEmpresasMultinacionalesYLaEconomiaMundial-2916301%20\(1\).pdf](file:///Users/diegotrujillo/Downloads/Dialnet-LasEmpresasMultinacionalesYLaEconomiaMundial-2916301%20(1).pdf)

<sup>2</sup> El concepto de Constitución Económica ha sido definido por algunos doctrinantes como “*el conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad*”

es que se ha ido desarrollando progresivamente el amplio marco regulatorio que busca modular la interacción de las empresas en el ordenamiento que en esta investigación analizamos.

Pero esta transformación no solamente ha implicado un cambio en las fuentes o en la naturaleza de las normas que orientan la actividad empresarial. También han adquirido gran protagonismo unas entidades *sui generis* conocidas como Autoridades Administrativas de Control (en adelante, AAC) y que en el caso particular de Colombia se conocen bajo el nombre de Superintendencias. Dotadas de amplias facultades de inspección, vigilancia y control, a estas entidades se les ha encargado la compleja tarea de intervenir en múltiples aspectos de la economía y del mercado como por ejemplo la actividad financiera, la actividad empresarial vinculada al sector salud, los regímenes de libre competencia, tratamiento de datos personales o incluso la propiedad intelectual. Para alcanzar dicho objetivo, también se le han reconocido amplias facultades administrativas, jurisdiccionales, regulatorias e incluso sancionatorias. Lo anterior, implica naturalmente que, en su ejercicio, no solo coexisten, sino que a veces pueden llegar a competir en sus roles y decisiones con la denominada jurisdicción ordinaria. Así pues, parece hasta cierto punto que en dichas instituciones confluyen la totalidad de los poderes públicos. Es por esto que no pocos cuestionan este modelo de intervención estatal o “law enforcement”<sup>3</sup>.

Definitivamente, la elección de la vía Administrativa para regular la actividad empresarial, suscita profundas discusiones que excederían los alcances del presente análisis. Por ahora, mencionaremos solamente que, no solo los principios que gobiernan los procedimientos administrativos sancionatorios, sino el régimen de responsabilidad que allí se emplea o las garantías de los sujetos procesados, distan de ser los mismos que se utilizan en la jurisdicción ordinaria. Claramente esta elección por parte del legislador, tiene por sustento la pretendida

---

*económica, o dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico”* **García Pelayo, M.** (1985) *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, pp.211, citado en **Cortés Zambrano, S.P** (2010) *El estado, la constitución y la economía de mercado*. Revista Via Inveniendi Et Iudicandi Universidad Santo Tomás Bogotá, Colombia, vol. 5, núm. 1, pp. 1-44. Disponible en: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2964>

<sup>3</sup> **García Barajas, C. M.** (2012) *Atribuciones jurisdiccionales de las Superintendencia de sociedades: características, críticas y dificultades*. Revist@ e-Mercatoria, Vol.11, N°2 (julio-diciembre 2012) recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercal/article/view/3332/2982>; **García, J. F.** (2009) *¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*. Revista Actualidad Jurídica, N°19, Universidad de Chile, recuperado de: <https://derecho.udd.cl/investigacion/files/2010/05/Inflaci%C3%B3n-de-superintendencias-Un-diagn%C3%B3stico-cr%C3%ADtico-J-F-GARC%C3%8DA.pdf>; Redacción Revista Semana, (2020, 5 de abril) *¿Quién compra la pelea entre las Superintendencias y las empresas?*, Revista Semana Digital Colombia, recuperado de: <https://www.semana.com/economia/articulo/superintendencias-de-pelea-con-las-empresas-quien-compra-la-pelea/612421>

especialidad y eficacia de estos entes de control administrativo, así como la celeridad de estos procedimientos en comparación con aquellos que se tramitan ante la justicia tradicional. Pero ciertas veces, pareciera que estos beneficios se alcanzan, aún en detrimento de algunas garantías y derechos de los administrados.

Básicamente, la controversia radica en que los procesos administrativos sancionatorios, tienen como piedra angular un esquema de *responsabilidad de naturaleza cuasi-objetiva*<sup>4</sup> o en el mejor de los casos, una responsabilidad “*con matices*”<sup>5</sup>. Así pues, al momento de imponer sanciones administrativas, generalmente resulta irrelevante el grado de diligencia o los esfuerzos que realizan los administrados (en este contexto las empresas) por ajustarse a la norma. Tampoco resulta siendo muy relevante la consideración de uno de los pilares fundamentales de cualquier ejercicio represivo: *la culpa*. Tal parece que, en procura de un control especializado y eficiente, gana cada vez más terreno un mecanismo de imputación que no necesariamente tiene por fundamento principios cardinales como la *culpabilidad* o la proporcionalidad.

Entretanto, vienen ganando terreno los Programas de Cumplimiento (*Compliance Programs*). Desde una *aproximación basada en riesgo (Risk-Based Approach)* el objetivo de estos programas consiste básicamente en prevenir y detectar los riesgos derivados del incumplimiento de la norma, destinando recursos para la formulación de estrategias y modelos que permitan ajustar la actividad empresarial a su marco regulatorio específico<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> El Diccionario Panhispánico del español jurídico define la Responsabilidad cuasi-objetiva como la “*imputación de daños al causante de los mismos, con abstracción de si ha incurrido o no en culpa, quedando exonerado únicamente en los casos de fuerza mayor o culpa exclusiva del perjudicado*” tomado de la versión digital disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/responsabilidad-cuasi-objetiva>

<sup>5</sup> Sentencia C-530 de 2003 Corte Constitucional de Colombia, M.P. Eduardo Montealegre Lynett: “ Sin embargo, esta Corporación ha también señalado que el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal (C.P. art. 29). *El derecho administrativo sancionatorio, a pesar de estar sujeto a las garantías propias de debido proceso, tiene matices en su aplicación y mal podría ser asimilado, sin mayores miramientos, al esquema del derecho penal.*” Sentencia C-690 de 1996, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Alejandro Martínez Caballero

“*los principios del derecho penal –como forma paradigmática de control de la potestad punitiva– se aplican, con ciertos matices, a toda las formas de actividad sancionadora del Estado*”. Al respecto pueden consultarse también las sentencias C-599 de 1992, C-390 de 1993, C-259 de 1995, C-244 de 1996 de la misma corporación.

<sup>6</sup> **Asociación Española de Compliance ASCOM** (2017) *Libro Blanco sobre la función de Compliance* (coord. Alain Casanovas Ysla). Madrid. Ver Apartado 4.2.1 “*La organización velará por que el Programa o Programas de Compliance [1. (3)] operados por la función de Compliance [1.(1)] adopten una aproximación basada en el riesgo, con el fin de asignar los recursos para su prevención, detección y gestión de manera eficiente. Por ello, la identificación, análisis y valoración de los riesgos de Compliance [1.(2)] constituye una actividad clave que debe documentarse*”. Versión web: <https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>

De forma casi natural, las empresas nacionales, o en todo caso aquellas que desarrollan actividades en territorio colombiano, se han volcado cada vez más hacia la inclusión de estos programas en sus agendas<sup>7</sup>. En el fondo, estos sofisticados instrumentos no son más que el reflejo de un esfuerzo constante en satisfacer los elevados estándares de la *debida diligencia* mercantil, así como una manifestación del *deber de cuidado* de los administradores.

Sin embargo, pareciera que existe una aparente desconexión entre la lógica que subyace al fenómeno Compliance y la recepción que este ha tenido en el ordenamiento jurídico colombiano. En gran medida, esta es una de las principales razones que motiva adelantar la presente investigación. Como mencionamos ya, cualquier ejercicio de Defensa Corporativa basado en la prueba de una debida diligencia, resulta inocuo en el contexto de procesos administrativos sancionatorios. En otras palabras, se sanciona por igual a aquellas empresas que realizan esfuerzos por cumplir y a las que no los hacen.

Tal situación permite evidenciar un aparente ejercicio sancionatorio desbalanceado. Así mismo, esta situación tiende a desincentivar la gestión de riesgo legal pues no existen estímulos racionales suficientes que lleven a las empresas a destinar mayores recursos en gestión de riesgo y prevención. A falta de unos incentivos reales, existe el riesgo latente de que el Compliance en Colombia termine siendo poco más que una tendencia pasajera.

Es por lo anterior que el propósito de esta investigación será dar respuesta al siguiente **problema jurídico**: *¿Podrían reconocerse los Programas de Cumplimiento (Compliance Programs) como mecanismos de exoneración de responsabilidad o graduación de sanción en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios adelantados contra personas jurídicas en Colombia?*

En una primera sección analizaremos la lógica y estructura de los Programas de Cumplimiento, entendiendo que en Colombia estos pueden considerarse, hasta ahora, como un trasplante jurídico en desarrollo (**Capítulo I**). Así mismo, abordaremos la cuestión desde la óptica del Análisis Económico del Compliance para evaluar nuestra propuesta desde el comportamiento racional de las empresas (**Capítulo II**). Posteriormente, en el **Capítulo III** profundizaremos sobre

---

<sup>7</sup> Reflejo de ello es la inclusión de este servicio en las más reconocidas firmas especializadas del país. Por ejemplo, se relacionan los portafolios de algunas de las firmas más importantes del país (PPU y Brigard – Urrutia) disponibles en: <https://www.ppulegal.com/areas-de-practica/compliance/> ; <https://bu.com.co/en/que-hacemos/corporate-crime-compliance-and-investigations>

los principios que rigen el ejercicio de la Sanción Administrativa en Colombia, para establecer que actualmente los Programas de Compliance cuentan con la posibilidad de inferir sobre graduación de la sanción administrativa. Finalmente, desde la teoría de la *culpabilidad por defecto de organización* concluiremos sobre la posibilidad de ir un paso más allá, reconociendo a estos Programas como circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad administrativa. Lo anterior, poniendo de presente algunos estándares mínimos que deberían caracterizar estos programas para alcanzar el propósito que se plantea (**Capítulo IV**).

#### **Objetivo General:**

- Establecer la posibilidad de que, en Colombia, los programas de cumplimiento puedan servir como medio de Defensa Corporativa en el marco de procesos administrativos sancionatorios, bien sea exonerando totalmente de responsabilidad o por lo menos atenuándola.

#### **Objetivos Específicos:**

- Exponer brevemente los antecedentes y la lógica que caracteriza los Compliance Programs **(1)**
- Analizar como puede ser interpretado y aprehendido el Compliance desde la óptica del ordenamiento jurídico colombiano **(2)**
- Proporcionar una explicación desde el Análisis Económico del Derecho sobre la regulación estatal del mercado, haciendo especial énfasis en el Compliance como una decisión más eficiente, tanto para el Estado como para los agentes del mercado **(3)**
- Defender la propuesta de reconocer al Compliance vocación eximente de responsabilidad o como circunstancia atenuante de sanción administrativa, desde la perspectiva racional y económica **(4)**
- Exponer algunas particularidades de los procesos administrativos sancionatorios colombianos particularmente en lo referente a la matización del principio de culpabilidad. Esto sentará unas bases de discusión claras frente a la propuesta final **(5)**
- Analizar las posibilidades actuales que tienen las empresas que implementen Compliance frente a los procedimientos administrativos sancionatorios actuales **(6)**

- Establecer si es posible reconocer a los Programas de cumplimiento como eximente o circunstancia atenuante de sanciones administrativas desde la teoría de la culpa por defecto de organización (7)
- Analizar las dificultades que se presentan al momento de establecer un estándar mínimo satisfactorio que permita reconocer a los programas de cumplimiento como una posible circunstancia de atenuación de sanción administrativa (8)

**Metodología:**

La presente investigación es de tipo jurídico con un enfoque cualitativo y una metodología descriptiva-explicativa con ciertos puntos propositivos. A través de la revisión y análisis del material bibliográfico, jurisprudencial y doctrinal se abordará el objetivo general, pudiendo establecer desde unas bases teóricas suficientes, los cimientos de una propuesta explorativa que pretende justificar racional y jurídicamente el reconocimiento de la implementación de programas de Compliance en las empresas como circunstancia de atenuación de responsabilidad administrativa, significando una consecuente aminoración de las sanciones impuestas en el contexto de procesos administrativos sancionatorios.

## Capítulo I : El Compliance en Colombia: un trasplante jurídico en desarrollo

Actualmente, uno de los principales generadores de valor sostenible en las empresas es la denominada *cultura organizacional basada en la ética*<sup>8</sup>. Mediante el diseño, la implementación y el seguimiento de los *Compliance Programs*, lo que pretende la disciplina corporativa moderna es integrar un conjunto de estrategias preventivas que permiten gestionar el riesgo legal. Esto pasa necesariamente por el ajuste de la *conducta organizacional*<sup>9</sup> a determinadas normas y Códigos de Ética o buenas prácticas organizacionales<sup>10</sup>. Más aún, el propósito esencial de un *modelo de gestión basado en riesgos* es básicamente analizar, tratar y mitigar los riesgos inherentes a la actividad empresarial, o en su defecto, compartirlos, trasladarlos, tolerarlos o reducir al máximo sus posibles impactos negativos.

Lógicamente, la tarea de diseñar e implementar estos Programas y Códigos se ha delegado a las empresas mismas. De hecho, se trata de un traslado de la potestad regulatoria a los particulares. Sin embargo, estos sistemas pugnan frecuentemente con los fines tradicionalmente asociados a la actividad empresarial: generación de valor, competitividad y eficiencia. En definitiva, pareciera que la actividad empresarial se desarrolla todo el tiempo en aquella delgada línea que separa lo que se *debe* y lo que se *puede* hacer.

No cabe duda que uno de los valores empresariales que ha adquirido mayor relevancia en los últimos tiempos es precisamente el *cumplimiento del derecho*<sup>11</sup>. Así mismo, se ha podido establecer que un comportamiento empresarial ajustado a la *moral* facilita el cumplimiento de lo que ha sido jurídicamente establecido<sup>12</sup>. Por esto, los Códigos de Ética, las prácticas de Buen

<sup>8</sup> Ruiz, P.; Ruiz, C. y Martínez, R. (2012) *Cultura organizacional ética y generación de valor sostenible*. Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la empresa, Vol.18, N°1, enero-abril 2012, pp.17-31. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1135252312600586>

<sup>9</sup>En este sentido Molina-Sabando: “*El comportamiento organizacional puede definirse como la conducta o el quehacer de individuos, grupos o estructuras que inciden en la eficiencia y eficacia de las instituciones*”. Molina-Sabando, L.; Briones-Véliz, I. y Arteaga Coello, H. (2016) *El comportamiento organizacional y su importancia para la administración de empresas*. Revista Científica Dominio de las Ciencias, Vol 2, N°4, octubre-2016, pp.498-510. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5802885>. Así mismo: Pérez Cepeda, M. (2016) *La conducta organizacional: ¿es necesario instaurar un código de conducta organizacional?* Revista Empresarial, Vol.10, N°1, enero-marzo 2016, pp. 21-26. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5580336>

<sup>10</sup> Sobre los Código de Ética y su importancia frente al cumplimiento de la norma, ver: Lozano Aguilar, J. F. (2007) *Códigos Éticos y Auditorías éticas*. Revista Veritas, Vol 2, N°17, pp.225-251. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/28240982\\_Codigos\\_eticos\\_y\\_auditorias\\_eticas](https://www.researchgate.net/publication/28240982_Codigos_eticos_y_auditorias_eticas) ; Martín Fiorino, Victor (2000). *Acuerdo y normas. Los códigos en la ética empresarial*. Revista Telos, Vol 2, N°2, pp.278-283. Disponible en: <http://ojs.urbe.edu/index.php/telos/article/view/992>

<sup>11</sup> Bacigalupo, E. (2011) *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzandi, pg. 17.

<sup>12</sup> Así lo afirma por ejemplo Conill, J. (2017) *Horizontes de Economía Ética*, Madrid, Ed. Tecnos, p. 22 en Calvo, P. (2014) *Ética empresarial, responsabilidad social y bienes comunicativos*. Revista Tópicos. Revista de Filosofía, N°47, diciembre-2014, pp. 199-232, Disponible en:

Gobierno Corporativo y los Programas de Compliance tienen una particular relación de interdependencia. Si bien es cierto que la adopción de este tipo de herramientas parte, en principio, de una decisión eminentemente racional por parte de las empresas, dicha decisión requiere de la comprensión y la integración de una suerte de parámetros de buen comportamiento que deben permear la *cultura organizacional* en su conjunto. De lo contrario, cualquier esfuerzo por acatar los mandatos normativos resultará seguramente inocuo. Paradójicamente, la realidad evidencia una importante tendencia contraria. Por ejemplo, casos como el de la compañía energética Enron Corporation y la firma auditora Arthur Andersen, han puesto en evidencia los alcances y limitaciones de empresas aparentemente dotadas de estos programas. Pero la lista se extiende cada vez más, siendo notorios casos con una trascendencia global como los de Banesto, Parmalat, Worldcom, Health South Corp, Countrywide, y otros más cercanos a Colombia como los de Odebrecht o Interbolsa. Al parecer, existe evidencia suficiente que permite afirmar que, incluso grandes corporaciones, dotadas de sofisticados sistemas de control interno, se ven cotidianamente tentadas por las cifras. *¿Cómo debería entonces reaccionar el ordenamiento jurídico?*

Parece que, hasta cierto punto, el ideal detrás del modelo de gestión preventivo resulta difícil de conciliar con la realidad de la actividad empresarial contemporánea. Por eso los esfuerzos en comprender, aprehender y perfeccionar la estrategia preventiva deben redoblar, sobre todo en contextos complejos como el colombiano. Es por esto que proponemos en primer lugar volver sobre los antecedentes y algunas nociones generales del Compliance (**Sección 1.1**) para luego analizar este concepto desde la óptica del ordenamiento jurídico colombiano (**Sección 1.2**). Las siguientes líneas nos permitirán concluir que actualmente puede considerarse el Compliance como un trasplante jurídico en desarrollo.

### **1.1 Antecedentes y nociones generales sobre Compliance**

El anglicismo *Compliance*, refiere en su traducción literal a la noción de cumplimiento de algo (*to comply with*). En últimas, los programas de Compliance tienen como última finalidad alcanzar el cumplimiento de ciertos parámetros o normas por parte de los diferentes actores del mercado. Pero el concepto de cumplir no aporta nada nuevo, si simplemente indica que también las empresas en su ejercicio deben ajustarse a Derecho o a ciertos parámetros de ética. Por esta

razón, la simpleza detrás de la idea del Compliance, obliga a desentrañar una de las mayores dificultades de las ciencias jurídicas. En efecto, muchas son las páginas dedicadas a tratar de encontrar las posibles formas de hacer más efectiva la norma. En el ámbito empresarial, pareciera que esta complejidad tiene ingredientes adicionales que se suman a la receta como, por ejemplo, la multiplicidad y especialidad de las regulaciones, la intervención de distintos entes de control y el cambio en el tradicional sistema de fuentes normativas.

Efectivamente, casi todos los sectores de la economía se encuentran hoy día regulados de forma técnica y especializada. Esto no solamente implica una dispersión de la normatividad aplicable, sino que además exige un *plus de diligencia* por parte de los administradores como profesionales dedicados a la actividad empresarial. De otro lado, han entrado en escena algunos entes regulatorios que atienden a unas dinámicas operativas y funcionales propias. En cuanto al cambio en las fuentes regulatorias, básicamente confluyen normas de índole nacional, internacional e incluso a-nacional. Todo lo anterior conlleva a un aumento exponencial del riesgo legal y a un mayor grado de inseguridad jurídica para los actores del mercado. Es justamente esta necesidad la que justifica el surgimiento de un conjunto de herramientas técnicas orientadas a facilitar, no solo una mejor comprensión de la normatividad aplicable, sino que cumplan la importante función de mitigar los riesgos derivados del incumplimiento. En esencia, el concepto de Compliance implica conocer la norma para cumplirla.

Ya desde la doctrina foránea, ha sido definido el Compliance como “*un **sistema de individuos, procesos, políticas y procedimientos desarrollados para asegurar el cumplimiento de las leyes, regulaciones industriales y contratos privados que gobiernan las acciones de la organización***”<sup>13</sup> (negrilla fuera del texto original). Desde esta perspectiva, se hace especial énfasis a la naturaleza sistémica de estos Programas, ubicando su objetivo principal en asegurar el cumplimiento.

Por otro lado, el World Compliance Association caracteriza el Corporate Compliance como aquel “*conjunto de **procedimientos y buenas prácticas** adoptados por las organizaciones **para identificar y clasificar** los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos **de prevención, gestión, control y reacción** frente a los mismos*”<sup>14</sup>. Como

---

<sup>13</sup> Troklus, D.; Warner, G. y Wollschlager, E. (2018) *Compliance 101 How to Build and Maintain an Effective Compliance and Ethics Program*. Minneapolis Society of Corporate Compliance & Ethics, p.1.

<sup>14</sup>Consulta del sitio web del World Compliance Association <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>, visitado el 21 de Agosto de 2020.

puede notarse, esta definición enfatiza en lo que se ha descrito previamente como *modelo preventivo de gestión de riesgos*.

Seguramente la novedad del mencionado concepto, explica las diferencias en las definiciones citadas. No obstante, la trilogía de los elementos (1) *procedimientos y prácticas (sistema)*, (2) *cumplimiento de la norma* y (3) *gestión de riesgo* pueden identificarse como denominadores comunes. Así mismo, un elemento que, a simple vista podría pasar desapercibido, resulta de la mayor trascendencia en ambas definiciones y es la idea de la *auto-regulación*. Actualmente, se ha llegado a aceptar que el Estado ya no está en disposición de regular en solitario el cada vez más complejo mundo corporativo<sup>15</sup>. Resulta entonces razonable que los Estados modernos acudan a la *auto-regulación* en su afán por intervenir efectivamente la interacción de los actores del mercado. De hecho, algunos afirman que, hoy día “*la pura heterorregulación no es suficiente ni adecuada, al menos con carácter general, para disciplinar de forma convincente la actividad empresarial*”<sup>16</sup> (Coca Vila 2013).

Tal parece que la visión represiva y prohibicionista ha migrado hacia unos mandatos normativos enfocados en promover e incentivar la cultura del cumplimiento. En todo caso, estas dificultades no implican, ni mucho menos, una retirada absoluta de la injerencia regulatoria del Estado. Más bien, este movimiento supone un cambio radical en la estrategia tradicionalmente adoptada: si al Estado le cuesta regular desde fuera la actividad empresarial, la respuesta natural consistiría en delegar parcialmente esa función al empresariado.

Retomando una célebre metáfora de la doctrina especializada, lo que se pretende en últimas es que el Estado tome el timón y deje a la sociedad civil “remar” para alcanzar conjuntamente el propósito regulatorio<sup>17</sup> (Osborne – Gaebler 1994). Y es que entre todas las diferentes vertientes de la autorregulación, aquella que ha tenido mayor acogida es la *auto-regulación regulada (enforced self-regulation)*. En síntesis, este modelo consiste en permitir la intervención de los entes privados en el proceso regulatorio, pero siempre quedando subordinados a unos parámetros previamente definidos por el Estado y sus entes especializados.

<sup>15</sup> En este sentido: **Braithwaite, J.** (1982) *Enforced Self-Regulation: A new strategy for Corporate Criminal Control*. Michigan Law Review. 80 (7) pp.1466 y ss. [https://www.researchgate.net/publication/270033308\\_Enforced\\_Self-Regulation\\_A\\_New\\_Strategy\\_for\\_Corporate\\_Crime\\_Control](https://www.researchgate.net/publication/270033308_Enforced_Self-Regulation_A_New_Strategy_for_Corporate_Crime_Control)

<sup>16</sup> **Coca Vila, I.** (2013) *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* En **Silva-Sánchez, J.M.** (2013) *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 1ª edición, Editorial Atelier, pp.43 - 72

<sup>17</sup> **Osborne, D. y Gaebler, T.** (1994) *Un nuevo modelo de gobierno: cómo transforma el espíritu empresarial al sector público*. Ediciones Gernika, pp. 502.

Esto implica, en últimas, una especie de *intervencionismo indirecto* en el cual el Estado fija ciertos criterios mínimos, reservándose como último recurso la potestad de sancionar, vigilar y controlar. Por esto el concepto de Compliance no solo implica gestión de riesgo y administración empresarial. Si se analiza el fenómeno entre líneas, puede evidenciarse cómo se llevan al límite algunos preceptos tradicionales del tradicional positivismo jurídico.

Este cambio trascendental corresponde a lo que ya evidenciaron los profesores Ost y Van de Kerchove (2002) sobre el aparente reemplazo de la estructura piramidal kelseniana de fuentes normativas por una estructura que se asemeja mucho más a una red<sup>18</sup>. Esto no solamente implica admitir la injerencia de actores supranacionales e incluso a-nacionales en la creación de la norma, sino que supone la participación activa de la sociedad civil en general, incluyendo, por supuesto a las coporaciones. Bajo esta perspectiva, la creación de las nuevas normas de índole mercantil, implica hoy día un proceso dialéctico entre el Estado y los Particulares, en detrimento del tradicional monopolio estatal regulatorio. Así las cosas, el auge del fenómeno Compliance tiene una explicación que mueve profundas fibras del sistema jurídico clásico. De allí que el trasplante de esta dinámica ha generado naturales tensiones en ordenamientos que históricamente se encuentran vinculados a la tradición jurídica continental como el colombiano.

Hay que mencionar además que, a nivel mundial, el auge del Compliance ha tenido estrecha relación con la recepción en cada vez más países del régimen Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Ciertamente, los modelos de organización y gestión de riesgo legal tienen su origen en países con gran injerencia sobre el mercado global como los Estados Unidos de América donde hace más de un siglo se acepta este “novedoso” tipo de responsabilidad colectiva<sup>19</sup>. Posteriormente, dicha tendencia ha sido bien recibida en países como Francia (1994)<sup>20</sup>, Italia (2001)<sup>21</sup> y más recientemente en España (2010)<sup>22</sup>. En palabras del profesor Nieto

---

<sup>18</sup> Ost, F. y Van de Kerchove, M. (2002) *De la pyramide au reseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruselas. Facultés Universitaires Saint Louis, pp. 595.

<sup>19</sup> En los Estados Unidos, el concepto de responsabilidad penal corporativa ha existido por más de un siglo. En 1909, la Corte Suprema, al tomar la decisión en el caso *New York Central & Hudson River Railroad vs. Los Estados Unidos*, autorizó, por primera vez, la aplicación de sanciones penales a empresas. Más recientemente, desde 1991 los Federal Sentencing Guidelines de los Estados Unidos permiten pronunciar, contra agrupaciones con fines predominantemente criminales, multas de un monto tan elevado que implican privarlas del total de su base financiera.

<sup>20</sup> Se introdujo en concreto mediante la Reforma del Código Penal de 1994, Artículo 121.2: “*las personas jurídicas, a excepción del Estado, son responsables penalmente, según las distinciones de los artículos 121.4 a 121.7 y en los casos previstos por la ley o el reglamento, de las infracciones cometidas por cuenta suya, por sus órganos o representantes*”

<sup>21</sup> Se introdujo la responsabilidad administrativa – que no penal – de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus administradores o empleados por medio del Decreto Legislativo 231/2001 del 8 de junio de 2001.

<sup>22</sup> Mediante la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio de 2010 y posterior Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo de 2015, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante el artículo 31 bis al código penal español.

Marín (2008): “no podemos entender el significado que tiene hoy la responsabilidad de las personas jurídicas, si no somos conscientes de que ha desembarcado de la mismas nave de la que también lo ha hecho el buen gobierno corporativo, el derecho de los mercados financieros, el sistema de prevención de riesgos laborales, o las normas de organización y de control que se derivan del blanqueo de capitales. Todos ellos supuestos de americanización del derecho”<sup>23</sup>. Y es que en este punto debemos recordar que el vínculo entre Compliance y sistema jurídico proviene de discusiones en la doctrina penal que han tratado de abordar el eterno dilema de la responsabilidad de los entes colectivos. De allí la importancia de hacer breve mención a esa discusión en el presente análisis. Porque en el fondo, trataremos de trasladar al escenario del Derecho Administrativo Sancionador, una dinámica entre Compliance y Responsabilidad que hoy por hoy ha sido abiertamente aceptada en muchos países. A continuación, indagaremos un poco sobre esta discusión para entender mejor su relevancia para esta discusión.

En el mundo, la Responsabilidad Penal Empresarial ha sido reconocida básicamente a partir de dos modelos de imputación. El más sencillo de ellos, consiste en hacer responsable a la organización de los comportamientos realizados por empleados en el ejercicio de sus funciones, que es el llamado modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad por rebote (*par ricochet* o *vicarius liability*). El segundo modelo, conocido como *autorresponsabilidad*, es el que establece la responsabilidad de la persona jurídica cuando hay un *defecto en la organización* y cuando este defecto ha propiciado, o al menos no ha evitado, la comisión del delito en el seno de la empresa. Es justamente en este último modelo donde el Compliance adquiere un rol preponderante.

Básicamente, la falta de implementación o la implementación deficiente de un sistema de gestión de riesgos legales, conlleva a la presunción de un *defecto en la organización en la empresa*. Y dicho defecto de organización, es lo que hoy por hoy fundamenta en múltiples ordenamientos el modelo de imputación de responsabilidad penal empresarial. En esencia, la lógica consiste en asimilar este defecto de organización a una culpa, negligencia o incluso a un *dolo empresarial*<sup>24</sup>. En efecto, esta es la tendencia que actualmente se impone en materia de responsabilidad penal empresarial alrededor del mundo. De cierta forma ha sido necesario

---

<sup>23</sup> Nieto Marín, A. (2008) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*. Nueva Doctrina Penal, N°1, pp.125-159. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740728> Ver también del mismo autor: Nieto Marín, A. (2008) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. 1ª edición, Editorial Lustel, Madrid, pp.360

<sup>24</sup> Gómez-Jara Diez, C. (2011) *Fundamentos Modernos de la Culpabilidad Empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 1ª Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, pp.393

desarrollar una institución jurídica específica que, en materia de responsabilidad colectiva, permita imputar responsabilidad a un ente colectivo sin prescindir del elemento culpabilidad. De esta forma se conserva incólume uno de los pilares fundantes de cualquier ejercicio represivo.

Naturalmente, estos novedosos modelos de imputación de responsabilidad deben prever los correspondientes mecanismos de exoneración o atenuación de responsabilidad. Justamente el balance del ejercicio represivo, pasa por el diseño y el reconocimiento de unos medios de Defensa Corporativa que garanticen un contradictorio efectivo entre los entes de control y los sujetos investigados. De ninguna manera resultaría aceptable un ejercicio de imputación, sin que haya lugar a que pueda probarse ausencia de culpa o dolo por parte de los procesados. Esto justifica en gran medida que la difusión de este nuevo tipo de responsabilidad haya incentivado el desarrollo del concepto del Compliance. En efecto, la implementación de unos *procedimientos, prácticas y en general un modelo de gestión efectivo* en una empresa, impide que se pueda configurar responsabilidad alguna por no acreditarse el necesario *defecto de organización*. Grosso modo, esa es la dinámica entre estos programas y la responsabilidad penal empresarial. De hecho, esto explica el gran auge que ha tenido este concepto a nivel mundial, ya que ha sido reconocido su rol preponderante como medio de Defensa Corporativa<sup>25</sup>. Hasta ahora, la relación entre Compliance y procesos sancionatorios, ha sido analizada principalmente desde la doctrina penal de países como Estados Unidos o España<sup>26</sup>. Por el momento, la doctrina colombiana ha hecho intentos bastantes limitados por abordar el asunto, lo cual se explica básicamente porque, sin que sea reconocida aún la responsabilidad penal de las empresas en Colombia, no parece que el instituto del Compliance tenga mayor cabida en el ordenamiento jurídico. Al menos no de la forma en que ha sido integrado en los países que mencionamos como referentes en la materia.

Sin lugar a duda, el desarrollo del novedoso concepto de Compliance ha venido acompasado por la revisión del paradigma clásico del *societas delinquere non potest*. Incluso en países latinoamericanos con tradiciones jurídicas muy similares a la colombiana, hoy día se

<sup>25</sup> **Alcolea, J. M. y Pard, J. M.** (2019) *Defensa Corporativa y Compliance*. Editorial Aranzandi, pp.709.

<sup>26</sup> Los aportes en este sentido siguen siendo, hasta ahora, doctrina minoritaria. Sin embargo, en este sentido consultar **Bernate Ochoa, F.** (2018) *El Compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia*. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Vol X, N°20, julio-diciembre 2018, pp.31-49. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/331503896\\_El\\_compliance\\_y\\_la\\_responsabilidad\\_penal\\_de\\_las\\_personas\\_juridicas\\_en\\_Colombia](https://www.researchgate.net/publication/331503896_El_compliance_y_la_responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas_en_Colombia); **Ruiz Rengifo, H. W.** (2017) *El compliance eficaz como causa de irresponsabilidad de las personas jurídicas. La urgente necesidad en Colombia de castigar penalmente a las empresas*. Disponible en sitio web: <https://ficip.es/wp-content/uploads/2017/03/Ruiz-Rengifo.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>; **Milkes Sanchez, S.** (2018) *Los programas de cumplimiento o compliance program en Colombia: ¿una amenaza para la plena garantía de los derechos constitucionales?*. [Tesis de grado] Editorial Universidad Externado de Colombia, pp. 144.

adelantan reformas tendientes a la adopción de este modelo de imputación de responsabilidad penal. Por supuesto, dichas reformas incluyen el respectivo mecanismo de exoneración o atenuación basado en los Programas de Compliance<sup>27</sup>. Por que de hecho, resulta apenas lógico que el reconocimiento de responsabilidad a las empresas, debe tener por complemento unos medios de defensa técnica efectivos que permitan eventualmente acreditar la ausencia de dolo o culpa. Sea cual sea el mecanismo sancionatorio elegido, resulta indispensable dotar a los administrados de unos medios de defensa efectivos. En Colombia podemos concluir que los Programas de Compliance han tenido cierta acogida, sin que se haya hasta ahora rebatido el paradigma clásico que indica que *las personas jurídicas no delinquen*. A falta de este reconocimiento y sin que se permita utilizar estos Programas en el contexto de proceso sancionatorio alguno, se puede concluir que el trasplante de este modelo resulta hasta cierto punto un despropósito. Hasta ahora, la discusión en Colombia se ha enfocado mucho más en defender el rol de estos Programas desde la perspectiva del Buen Gobierno Corporativo, sin que se hayan formulado aún propuestas que propendan por la adecuada asimilación sistémica de estos en el ordenamiento jurídico. Esto es lo que nos permite afirmar que, en Colombia, aparentemente existe una desconexión entre el Compliance y el sistema jurídico. Bajo estas condiciones *¿será entonces el Compliance un modismo pasajero?*

Al respecto cabe mencionar que la comunidad internacional, así como las organizaciones de carácter privado que influyen notoriamente en el mercado global, también han tenido mucho que ver con el auge de este fenómeno. Primero, instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Así por ejemplo en Brasil, desde el año 1998 se incorporó esta responsabilidad en el marco de delitos medioambientales. Posteriormente, la Ley N° 12.846 de 2013 de responsabilidad administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera, conocida como "Ley de la empresa limpia". Por su otro lado, en Chile se promulgó en noviembre del año 2009 la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho y receptación y corrupción (Ley 21.121 de 2018). En Perú, mediante la Ley N° 30424 de 2016 "que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional", aunque la determinación de dicha responsabilidad no se llevará a cabo en sede administrativa, sino en sede penal, por un juez penal, en el marco y con las garantías de un proceso penal. En Ecuador, el principal se introdujo reforma al Código Penal en este sentido, cuyo principal artículo es el 49 del Código Orgánico Integral Penal de 2014, el cual consagra el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. En Argentina, el 8 de noviembre de 2017 se sancionó la Ley 27.401 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la República Argentina. En México, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), el Código Penal Federal (CPF) y otras leyes regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el contexto del nuevo sistema de justicia penal acusatorio y oral. Si bien se introdujo en marzo de 2014, sufrió una importante modificación en junio de 2016 e introdujo, de manera clara y contundente, la necesidad para las empresas de contar, en su seno organizacional, con un programa de cumplimiento normativo (compliance)

<sup>28</sup> "Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas

o la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003<sup>29</sup> sugieren a los estados parte la adopción de un régimen eficiente de responsabilidad a las personas jurídicas sea civil, penal o administrativa. Por supuesto, dicha recomendación viene de la mano con el fenómeno Compliance. Así mismo la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 la cual fue proferida en el seno de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) también incluye en su artículo 2 la misma sugerencia. Por otro lado, pueden identificarse algunas Decisiones Marco<sup>30</sup> y Directivas<sup>31</sup> adoptadas en el seno de la Unión Europea que se orientan en este sentido. Lo mismo ocurre en la legislación norteamericana<sup>32</sup> así como en varias disposiciones de organismos transnacionales<sup>33</sup>. Ahora bien, existe una importante cantidad de regulaciones provenientes del sector privado. Es el caso de la ISO 19600 sobre Compliance management Systems – Guidelines, la ISO 37001 sobre Anti Bribery Management systems, la UE 19601 sobre Sistemas de gestión de riesgo penal o los documentos COSO I y II<sup>34</sup>.

Por supuesto, el trinomio Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas / *auto-regulación* y Compliance no está exento de críticas. En efecto, el hecho de que ciertas empresas puedan optar por diseñar e implementar sistemas cuya único propósito sea cumplir con la exigencia, es otro de los desafíos que deben confrontarse. Es por esto que no pocos manuales indican que *“el objetivo de un programa de cumplimiento debe ser el conseguir que la empresa tenga un comportamiento ético, por lo que la tarea de elaborar un programa de compliance nunca*

---

*por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención”*

<sup>29</sup> Resaltando el carácter vinculante de dicha disposición para Colombia, el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, establece respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, “(...) 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa”.

<sup>30</sup> En este sentido la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo relativa a la protección del medio ambiente y la Directiva 2008/99/UE del Parlamento Europeo relativa a la prevención u lucha contra la trata de seres humanos.

<sup>31</sup> Particularmente la 2000/283 JAI del 29 de mayo de 2000, la 2001/413 JAI; la 2002/629 JAI del Consejo del 19 de julio de 2002, la 2004/68/JAI del consejo del 22 de diciembre de 2003; la 2004/757/JAI del 25 de octubre de 2004; la 2005/667/JAI del 12 de julio de 2005; la 2008/913(JAI del 28 de noviembre de 2008.

<sup>32</sup> Particularmente, *U.S Department of State: Fighting Global Corruption, Business Risk Management (2001); U.S Department of Commerce’s International Trade Administration: Business Ethics, A Manual for Managing a Responsible Business Enterprise in Emerging Market Economies (2004), U.S Department of Justice and Securities and Exchange Commission: Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act (2012)*

<sup>33</sup> Por ejemplo: *Asia-Pacific Economic Cooperation: Anti-Corruption Code of Conduct for Business (2007); Anti Bribery Recommendation, Annex II: Good Practice Guidance on Internal control, Ethics and Compliance – OCDE (2009); ICC Rules con Combating Corruption – ICC (2011) y UK Bribery Act (2010)*

<sup>34</sup> Committee of Sponsoring Organizations (COSO). Particularmente el COSO Internal Control-Integrated Framework conocido como COSO I y el COSO Enterprise Risk Management – Integrated Framework o COSO II.

puede responder a la dinámica del “check the box”<sup>35</sup>. Aunado a lo anterior, resulta bastante difícil fijar con claridad unos criterios mínimos que puedan ser aplicables a los diferentes sectores de la actividad empresarial. Ciertamente, cada empresa es un mundo particular y en ese sentido, el examen de suficiencia o pertinencia de estos Programas, difícilmente podría ser realizado *in abstracto* para así poder delimitar la esfera de la culpabilidad empresarial por defecto de organización. Sobre esto volveremos más adelante.

Para efectos ilustrativos, a continuación ilustramos brevemente el proceso de elaboración de estos Programas, así como su implementación y funcionamiento. Esto con el fin de entender mejor la naturaleza del concepto que, en últimas, soportará gran parte de la presente investigación.

**Figura 1.**  
**Proceso de elaboración de un Programa de Compliance**



*Nota: Tomada del sitio web del World Compliance Association <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>,*

Como puede apreciarse en la **Figura 1**, el diseño de un *Compliance Program* comienza por una primera fase de **análisis previo** en la cual se identifica el contexto general de la organización. Dicho contexto, incluye por supuesto la comprensión de las actividades desarrolladas, el sector específico en el cual se interactúa, las relaciones contractuales y extracontractuales desplegadas, los terceros vinculados a los procesos, las dinámicas internas,

<sup>35</sup> **Moscoso del Prado, J. y Cazorla Prieto, L. M.** (2017) *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos*. Editorial Aranzandi, p.23

el organigrama organizacional, los roles de funcionarios y administradores, y en general, todo aquello que resulte relevante para lograr una visión periférica del negocio. Sin duda, esto permitirá definir el alcance y objetivos del Programa a desarrollar. Para la correcta implementación de este tipo de programas, resulta de vital importancia vincular desde el primer momento a los directivos de la empresa. Esto se conoce como *tone at the top*<sup>36</sup>.

Posteriormente, la actividad empresarial debe ser contrastada con todas aquellas normas, leyes, reglamentos y disposiciones que rigen o influyen la *conducta empresarial* específica (*Código de Ética, Gobierno Corporativo, y en general todas las disposiciones normativas internas que orientan la cultura organizacional*). Mediante esta fase de análisis, lo que se pretende es identificar los deberes y obligaciones de la empresa frente a las normas o parámetros regulatorios, sean estos elementos de *hard o softlaw*<sup>37</sup>. En definitiva, se distinguirá entre lo que se considera cumplimiento legal de aquello que se considera cumplimiento ético. Así, se procede con la elaboración de una matriz de riesgos legales, normativos y éticos que resulta el punto de partida para proceder con el diseño del sistema.

La segunda fase del proceso, puede resumirse como **identificación y definición de los riesgos**. En efecto, luego de establecer las actividades y los procesos de la empresa, se realiza una exhaustiva revisión documental apoyada en entrevistas que permite enlistar lo que se conoce como un *catálogo de riesgos*<sup>38</sup>. Esta labor, consiste básicamente en cotejar la normatividad aplicable a la empresa evaluada, de cara a sus interacciones, y procesos de toma de decisiones. Como resultado final de esta fase, se obtiene un diagnóstico sobre los riesgos legales a los que una empresa está potencialmente expuesta. Posteriormente, debe realizarse un análisis pormenorizado de los riesgos identificados. Con ayuda de cálculos probabilísticos y actuariales, se combina la probabilidad del riesgo con su respectivo impacto sobre la empresa.

---

<sup>36</sup> **Deloitte LLC** (2015) *Tone at the top: The first ingredient in a world-class ethics and compliance program*. Disponible en sitio web: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/risk/us-aers-tone-at-the-top-sept-2014.pdf>; **PricewaterhouseCoopers LLP** (2010) *Tone from the Top. Transforming words into action*. Disponible en sitio web: <https://pwc.blogs.com/files/tone-from-the-top.pdf>; **OCDE** (2015) *Corporate Governance and Business integrity. A Stocktaking of Corporate Practices*. Disponible en sitio web: <https://www.oecd.org/corruption/corporate-governance-business-integrity-stocktaking-corporate-practices.htm>.

<sup>37</sup> Al respecto de esta distinción, consultar: **Pastore, B.** (2014). *Soft Law y las teorías de las fuentes del derecho*, Soft Power, Vol. 1, N°1, enero-junio 2014, pp. 75-89. Disponible en: <http://www.softpowerjournal.com/web/?p=90>; **Abbott, K. W y Snidal, D.** (2000). *Hard and Soft Law in International Governance*. International Organization, Vol. 54, N. 3, pp. 421-456. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/4770665\\_Hard\\_and\\_Soft\\_Law\\_in\\_International\\_Governance](https://www.researchgate.net/publication/4770665_Hard_and_Soft_Law_in_International_Governance); **Shelton, D.** (2003) *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford-New York: Oxford University Press, pgs. 1-18.

<sup>38</sup> Así se afirma por ejemplo en **Moscoso del Prado, J. y Cazorla Prieto, L. M.** (2017) *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos*. Editorial Aranzandi, p.91

Como resultado de esta fase, se obtiene un *mapa o matriz de riesgos* que es frecuentemente representada una gráfica como la que se presenta a continuación. Este análisis, permite decantar el denominado *riesgo inherente*<sup>39</sup> de cada empresa, así como definir el *apetito al riesgo* que se tenga en cada contexto particular.

**Figura 2.**  
**Ejemplo de Mapa de Calor o Matriz de Riesgo**

|                                |    |             |                            |      |          |      |          |
|--------------------------------|----|-------------|----------------------------|------|----------|------|----------|
| Probabilidad de Incumplimiento | P5 | Cierta      |                            |      |          |      |          |
|                                | P4 | Muy elevada |                            |      |          |      |          |
|                                | P3 | Elevada     |                            |      |          |      |          |
|                                | P2 | Moderada    |                            |      |          |      |          |
|                                | P1 | Escasa      |                            |      |          |      |          |
|                                |    |             | Insignificante             | Bajo | Moderado | Alto | Muy Alto |
|                                |    |             | Impacto del incumplimiento |      |          |      |          |

Ejemplo de mapa de riesgos en Compliance

*Nota: Tomada del sitio web EALDE Business School <https://www.ealde.es/mapa-riesgos-compliance/>*

Previa evaluación y clasificación de los riesgos, resta por último establecer los **mecanismos de alerta, canales de comunicación**, recomendaciones para los miembros de la organización y además se le asigna un responsable a cada uno de los factores de riesgo identificados. Es indispensable designar un **Oficial de Cumplimiento o Compliance Officer (CO)** que, en líneas generales, debe prestar soporte e involucrarse activamente en el diseño de las matrices, en el establecimiento de los respectivos sistemas de seguimiento, la identificación de responsables de los procesos de gestión de riesgo, la determinación de la normativa de alto impacto y por último, el establecimiento de las prioridades en cuanto a la postura organizacional frente a los riesgos. Dicho Oficial, debe contar idealmente con independencia, poder decisorio e

<sup>39</sup> Según Moscoso del Prado y Cazoral Prueto (2017) “Se entiende por riesgo inherente el riesgo intrínseco de cada actividad, sin tener en cuenta los controles que de éste hagan en la propia organización. Este riesgo surge de la exposición que se tenga a la actividad en particular y de la probabilidad que un choque negativo afecte la organización. El riesgo inherente, al ser intrínseco, no puede ser eliminado del sistema, es decir, podrá minimizarse su probabilidad y reducir el impacto, pero la propia actividad llevará consigo la posibilidad de su ocurrencia,” p. 172

incluso poder de veto. Usualmente esta persona (o cuerpo colegiado) cuenta con autonomía funcional y orgánica dentro la la empresa.

Como puede apreciarse, los *Compliance Programs* son *sistemas complejos*. Al respecto, el profesor Luhmann caracteriza este tipo de sistemas como aquellos modos de operación mediante los cuales el sistema se produce y se reproduce a sí mismo<sup>40</sup>. Es por esto que el proceso de comunicación y reproducción que los caracteriza puede percibirse sobre todo en la fase posterior a la implementación de los mismos. Mediante el seguimiento y monitoreo que hace constantemente, el programa se retroalimenta y actualiza con el fin de ir reduciendo al máximo los *riesgos residuales*<sup>41</sup>. Solo así podrá tomarse una postura adecuada frente a los riesgos que finalmente la empresa decida asumir, trasladar o tratarl por medio de estrategias complementarias. Se trata pues de una herramienta dinámica y cambiante cuyo objetivo busca alinear los intereses privados con el cumplimiento responsable de las disposiciones legales o éticas aplicables a cada caso particular. Es por esto que se identifican estos sistemas con nociones como *empresa organizada* y *administración diligente*. Mediante la constante reevaluación de estos Programas, se facilita una mejor aprehensión y acatamiento del complejo sistema normativo que influye sobre la actividad empresarial moderna. Esto conlleva a un mejor acatamiento de la norma.

Como hemos expuesto, el Compliance es una concepto que tiene su origen en la tradición jurídica anglosajona. Recientemente, su influencia se ha extendido progresivamente, al punto de permear ordenamientos jurídicos de tradición continental como el colombiano. Por su lado, el modelo de gestión de riesgo preventivo implica básicamente la idea de comprender mejor el *ecosistema normativo* en el cual interactua la empresa, para identificar los riesgos inherentes de la actividad, así como las normas que le son vinculantes. Una vez identificado este panorama, la dinámica consiste en articular un modelo de gestión empresarial que integre procedimientos, sistemas de alerta y canales específicos cuya responsabilidad y uso se le asignan a determinados miembros de la organización. Lo anterior no es cosa distinta a crear un mecanismo

---

<sup>40</sup> Iglesias, C. (2007) *Cerradura operacional y cognición en la Teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann*. VII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Disponible en sitio web: <http://cdsa.aacademica.org/000-106/367.pdf>

<sup>41</sup> Según Moscoso del Prado y Cazoral Prueto (2017), “*El riesgo residual es el que subsiste tras la implementación de controles. Es importante tener en cuenta que el nivel de riesgo al que está sometido una organización nunca podrá ser cero. Es decir, si el riesgo existe por inherente en la organización, el riesgo residual es el espacio que existe entre la situación de la organización tras el establecimiento de medidas para mitigar los resgos y la seguridad absoluta sobre la imposibilida de materialización de un riesgo*” p. 172.

que permita un ejercicio consecuente de la *debida diligencia* y el *deber de cuidado* por parte de los administradores y de la empresa misma, como explicaremos más adelante.

Sin embargo, la asimilación de esta dinámica ha sido mucho más fluida en el ámbito corporativo respecto a la recepción que ha tenido la misma en el ordenamiento. Tal situación, obliga necesariamente a analizar estos Compliance Programs desde la óptica netamente jurídica. Esta discusión nos permitirá anticipar los desafíos que hoy día enfrentan, tanto legisladores, como operadores jurídicos en general frente a la interacción de estos programas con el sistema jurídico actual.

## 1.2 Una aproximación al Compliance desde el sistema jurídico colombiano

Partiendo de la aproximación conceptual que ha sido sintetizada previamente, puede afirmarse que los *Compliance Programs* son una manifestación de la *cultura empresarial ajustada a la ética y al respeto de la norma*. En últimas se trata de “*exigir a las empresas que, en cierto modo, asuman una tarea pública y que se autorregulen con el fin de ponerse al lado del Estado en la tarea de controlar nuevos riesgos, proteger accionistas, o consumidores o evitar hechos delictivos*”<sup>42</sup>. Dicha *auto regulación*, parte del ejercicio de la auto determinación y de la libertad económica y tiene por fundamento un nuevo pacto entre Estado y poder corporativo, donde “*a cambio de los beneficios derivados de la responsabilidad limitada y de la cada vez mayor libertad económica, este se compromete al cumplimiento de determinados fines públicos*”<sup>43</sup>.

En efecto, el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia preceptúa: “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley (...)*” En virtud de este mandato constitucional, se consagra pues la autonomía de la voluntad y la libre iniciativa privada como elementos fundantes de la libertad económica. Dicha libertad, ha sido reconocida de forma pacífica como uno de los pilares fundantes del Estado Social de Derecho.

<sup>42</sup> Nieto Marín, A. (2008) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*. Nueva Doctrina Penal, N°1, p.126 Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740728>

<sup>43</sup> Nieto Marín, A. (2008) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*. Nueva Doctrina Penal, N°1, pp.127 Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740728>

En palabras de la honorable Corte Constitucional colombiana:

*“La definición de cuál es el **“núcleo esencial”** de las libertades económicas no es una tarea sencilla; en materia de **libertad de empresa**, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: **(i)** el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; **(ii)** el derecho a concurrir al mercado o retirarse; **(iii)** la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; **(iv)** el derecho a la libre iniciativa privada; **(v)** el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y **(vi)** el derecho a recibir un beneficio económico razonable”<sup>44</sup> (subrayado fuera del texto original).*

Así mismo dicha Corporación ha manifestado que la libertad de empresa implica un comportamiento negativo por parte de las autoridades públicas, en el sentido de abstenerse de entorpecer la realización de actividades empresariales lícitas. De tal suerte que el empresario cuenta con la libertad de decisión, lo cual implica *“establecer sus propios fines u objetivos económicos y, en función de ellos, organizar la empresa y orientar su actividad”<sup>45</sup> (subrayado fuera del texto original).*

Así pues, desde el punto de vista constitucional, evidenciamos que los empresarios colombianos gozan de total libertad para organizarse y orientar sus actividades. Ahora bien, *¿cómo relacionar esta libertad constitucional con el fenómeno del Compliance?* Sea lo primero mencionar que, por regla general, la ley colombiana no impone la forma en que ha de llevarse a cabo la actividad empresarial. De hecho, es enfático el citado Artículo 333 al prohibir que se exijan permisos o requisitos previos sin autorización de la ley para desplegar dicha actividad. Así las cosas, la implementación de los programas de Compliance pasa por una decisión que parte de la autonomía de los administradores siendo, en principio, algo meramente facultativo. A pesar de lo anterior veremos que poco a poco algunos componentes del Compliance como el SARLAFT han venido imponiéndose por la vía del mandato legal desde hace algún tiempo. Por lo demás,

---

<sup>44</sup> Sentencia C-263 de 2011. Corte Constitucional de Colombia, M.P Jorge Ignacio Pretelt. Referencia.: expediente D-8270.

<sup>45</sup> Sentencia C- 432 de 2010. Corte Constitucional de Colombia, M.P Humberto A.Sierra Porto. Referencia: expediente D-7946

su implementación resulta mucho más una posibilidad (carga) y no un mandato (obligación). Ahondemos un poco más al respecto.

Hemos puesto en evidencia que el Compliance goza de un marco constitucional adecuado. Resta por establecer si este tipo de Programas pueden entenderse entonces como una obligación o más bien como un deber o carga de los administrados. Además, es necesario establecer a quien se hace tal exigencia o de quien se espera la atención de dicho deber. Al respecto, ya se han formulado pronunciamientos en la doctrina que no son nada pacíficos. Mientras que para algunos, los Programas de Compliance tienen la naturaleza de una verdadera obligación de carácter legal<sup>46</sup>, para otros no se trata de una obligación sino más bien de un deber. Al respecto reiteramos que la doctrina sobre Compliance ha sido desarrollada principalmente por autores extranjeros y además, ha surgido en el contexto de ordenamientos que admiten la Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas. Por esto se ha establecido que, al no ser obligatoria la implementación de estos Programas para las empresas, se trata más bien de un interés en cabeza de quien obtenga algún tipo de beneficio al implementarlos<sup>47</sup>. Dicho beneficio, consiste básicamente en la posibilidad que tienen los sujetos procesados de exonerarse de responsabilidad u obtener una menor sanción siempre y cuando logren probar la implementación de un Compliance efectivo (ausencia de un *defecto de organización*).

En nuestra opinión, la comprensión y asimilación del Compliance como una carga, resulta mucho más consecuente. Como expondremos más adelante, en ciertos escenarios sancionatorios la implementación de estos Programas se reconoce ya como un criterio de graduación de algunas sanciones administrativas. Esto permite afirmar que ya se ha comenzado a asimilar el concepto como una carga o interés a cargo de los administrados, toda vez que la empresa que decide asumirla podría eventualmente acceder a beneficios procesales específicos como una minoración en la sanción. Sin embargo, dicho reconocimiento se encuentra aún bastante limitado, como expondremos ampliamente en la **Sección 3.2**. Otro de los principales objetivos del presente análisis consiste justamente en proponer que se le reconozca un beneficio generalizado mayor a quien decida asumir responsablemente la tarea de gestionar su riesgo

---

<sup>46</sup> En este sentido, por ejemplo, **Arocena, G.** (2017) *¿De qué hablamos cuando hablamos de criminal Compliance?* En **Coca Vila, I.; Uribe Marquez, A.; Atahuaman Paucar, J. y Reyba Alfaro, L.** (2017) *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas: Perspectivas comparadas*. Editorial Flores, pp. 1-27.

<sup>47</sup> Puede consultarse la definición de carga jurídica en obras como la de Colombo Campbell, así: “*la carga una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él*” en **Colombo Campbell, J.** (1997). *Los actos procesales*. Editorial Jurídica de Chile, pp. 556.

legal. Entre tanto, conviene detenerse sobre un asunto en extremo relevante y es definir a quien corresponde asumir dicha carga. *¿Acaso a la empresa misma o a sus administradores, shareholders o stakeholders?*

En principio, consideramos que el diseño e implementación de este tipo de Programas es tarea los administradores. En efecto, la implementación de estos Programas resulta una manifestación del *deber de diligencia* de quienes rigen los designios de la empresa. Los principios de conducta que rigen el actuar de los administradores en Colombia se encuentran principalmente en la Ley 222 de 1995. Particularmente el inciso 1º del artículo 23 contempla el deber de obrar *“de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”*. En particular, el deber de diligencia y cuidado es un reflejo de los denominados deberes *fiduciarios o de confianza (fiduciary duties)* en cabeza de los administradores<sup>48</sup>. Dicho deber de confianza, envuelve así mismo una obligación de actuar con diligencia en la gestión de los asuntos empresariales. Sin duda, el parámetro del *buen hombre de negocios* implica un estándar mucho más exigente en comparación al conocido patrón civilista del *buen padre de familia*. Esto repercute naturalmente sobre los efectos y los alcances de la responsabilidad de los administradores<sup>49</sup>. Sobre este punto es importante advertir que el deber de cuidado no equivale a que las decisiones de negocios tengan que ser acertadas en términos de beneficios económicos para la compañía, pues se trata de una obligación de medio y no de resultado. Así, se ha protegido el ejercicio profesional de estos mandatarios mediante la *business judgment rule* o regla de discrecionalidad. Pero entonces, *¿sería más diligente aquel administrador que decida implementar estos Programas?* La tendencia global pareciera indicar que sí.

Ahondando un poco más sobre los mencionados deberes fiduciarios de los administradores, el mismo artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en el numeral segundo, establece un deber específico de los administradores, consistente en *“velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias”*. Por supuesto, esto implica un deber positivo de conducta que se manifiesta en su *“obvia obligación de poner todo su empeño en que se cumplan las normas legales y contractuales tanto en su actividad como en las de sus subalternos”*<sup>50</sup>. De manera que se trata, en cierta medida de un principio de *culpa in vigilando* pues en la norma de

<sup>48</sup> Así lo manifiesta **Reyes Villamizar, F.** (2016) *Derecho Societario. Tomo I.* Tercera Edición, Editorial Temis, pg.700.

<sup>49</sup> Así lo afirma por ejemplo Veiga Copo *“la conducta, el cumplimiento, o por el contrario el apartamiento de los deberes que un administrador debe seguir en el ejercicio de la gestión y representación de la sociedad marcarán el umbral mismo de su posible responsabilidad o no”*. **Veiga Copo, A.** (2014) *Responsabilidad de los administradores SAS. Deberes legales. Pérdidas, insolvencia.* Editorial Universidad del Rosario, pg. 7

<sup>50</sup> **Reyes Villamizar, F.** (2016) *Derecho Societario. Tomo I.* Tercera Edición, Editorial Temis, pg.701.

establece una clara obligación que deriva en responsabilizar al administrador, no solo por sus propias acciones, sino por las de los funcionarios que trabajan bajo su dependencia. En este sentido, si la ley impone un deber de cuidado a los administradores por el cumplimiento de la norma en su órbita personal y además en la de sus subordinados, se entiende que los Programas de Compliance serían herramientas o medios técnicos que permiten alcanzar el estándar de conducta del buen administrador de empresa.

A pesar de lo anterior, cabe recordar que en la actualidad se reconoce ampliamente la gestión empresarial como una actividad que no solo compete a los administradores. Por eso hasta cierto punto puede afirmarse que la carga de la cual venimos hablando se extiende a la empresa misma como organización. En efecto, hoy por hoy el deber de diligencia se hace igualmente exigible a la empresa como un ente que se reconoce dotado de amplias capacidades y facultades de determinación colectiva. Por esto, la decisión de implementar estos Programas de gestión de riesgo se hace en principio exigible al administrador, pero también vincula a los accionistas, grupos de interés y en general a la empresa como sistema orgánico. A fin de cuentas, la empresa usualmente cuenta con una personería jurídica propia y como tal, es sujeto autónomo de derechos y obligaciones. Si bien las empresas despliegan sus actuaciones en el mundo real a través de sus empleados y particularmente a través de sus administradores, definitivamente la responsabilidad derivada del incumplimiento legal le es imputable de forma principal al “ente ficticio”. Sea cual sea el tipo de responsabilidad (penal, civil o administrativa) que derive del incumplimiento del mandato legal, será entonces la empresa misma quien asuma las consecuencias indemnizatorias o sancionatorias que se le impongan. Es por esto que el cumplimiento de la ley no implica únicamente el despliegue del *deber de diligencia* del administrador, sino que de cierta forma se exige que también la empresa misma cumpla con unos parámetros de diligencia previamente definidos. Hoy día se asocian con cierta frecuencia a las corporaciones conceptos como el de *cultura y comunicación* organizacional, *gobierno corporativo*, *ética* empresarial y tantos otros que, otrora, fueran características inherentes al ser humano. Por ejemplo, se ha llegado al punto de reconocen abiertamente ideas como la *conducta* o *diligencia empresarial*<sup>51</sup>. Esto implica hasta cierto punto una caracterización de las corporaciones con rasgos antes fueran considerados netamente humanistas como el conocimiento, la voluntad o el albedrío. En últimas, considérese que son justamente este tipo de

---

<sup>51</sup> Muy dicente resulta el título del documento de la **OCDE** (2018), *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, disponible en sitio web: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

nociones las que han sentado las bases del reproche jurídico-social de *lege data*. Por esto, no sorprende que el ejercicio represivo de los Estados contemporáneos se enfoque cada vez más en vigilar y sancionar a los entes colectivos. Y es que actualmente parece un hecho cierto que no solo los administradores o el personal toman decisiones y actúan, sino que las empresas también lo hacen a su manera. Por eso es necesario encontrar fórmulas que permitan identificar parámetros de conducta empresarial esperada y en caso de ocurrir infracciones a la norma, llegar a establecer el fundamento de una respuesta represiva..

En definitiva, la implementación del Compliance resulta siendo una carga asociada a los administradores e incluso a la empresa misma. No obstante, evidenciaremos que actualmente existe en Colombia una clara tendencia a imponer el Compliance por la vía del mandato imperativo. En efecto, el legislador colombiano ha obligado a ciertas empresas a implementar algunas de las herramientas que pueden catalogarse como componentes de los sistemas de Compliance. En estos casos puntuales, la tendencia legislativa se ha inclinado a convertir esta carga en una verdadera obligación legal. *¿Cuáles son los alcances de este fenómeno? ¿Hasta donde convendría convertir esta carga en una obligación legal?*

En primer lugar, identificamos varias normas que hacen referencia al fenómeno Compliance. Es por ejemplo el caso de la Ley 1778 de 2016 conocida como Ley Anti-Soborno, la cual resulta de la ratificación de la *“Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales”*, así como del reciente ingreso de Colombia a la OCDE con su Convención anticuhecho del año 2005. En concreto, la mencionada ley se obliga a determinadas empresas a implementar *“Programas de Transparencia y Ética Empresarial”*. De forma consecuente, en su artículo 35 se establece que, ante un procedimiento administrativo sancionatorio, se tendrá en cuenta la presencia de estos programas al momento de graduar la sanción<sup>52</sup>. Esto evidencia una correcta integración entre la lógica de hacer y obtener unos beneficios.

Simultáneamente, otro sistema que puede catalogarse como un verdadero Programa de Compliance, o que en todo caso resulta ser uno de los tantos elementos estructurales del Compliance, es el SARLAFT (*Sistema de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y*

---

<sup>52</sup> Ley 1778 de 2016, Art. 35 *“PARÁGRAFO 1o. Para efectos de la graduación de las sanciones monetarias de que trata el presente artículo, se tendrá en cuenta: a) la existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera;”*

*Financiación del Terrorismo*). A través de los artículos 102 al 105 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y del capítulo IV del título IV de la Parte I de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia se consagran las instrucciones relativas al SARLAFT. Como puede evidenciarse, el legislador colombiano comenzó por imponer estos programas como obligación a las entidades financieras. Posteriormente, en el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades se estableció que las empresas del sector real que cumplan con determinados requisitos, relacionados principalmente con sus activos e ingresos, deben también implementar sistemas de gestión de riesgo LA/FT. Como se evidencia, luego del sector financiero, se ha extendido progresivamente la obligación a grandes empresas del sector real. De hecho, los topes para establecer la obligación de implementar el ahora denominado SAGRILAFT han sido actualizados recientemente mediante la *Circular Externa 100-000016 de 2020* de la Superintendencia de Sociedades.

Posteriormente, la lista ha venido creciendo de forma exponencial, estableciéndose la obligación de contar con este tipo de Programas de gestión de riesgo LA/FT en otros sectores como el Cooperativo<sup>53</sup>, Salud<sup>54</sup>, Aduanero<sup>55</sup>, notarías<sup>56</sup>, empresas transportadoras de carga<sup>57</sup>, juegos de azar y suerte<sup>58</sup>, cambios<sup>59</sup>, operadores postales de pagos, seguridad y transporte de valores<sup>60</sup>. Quizás la tendencia de exigir la implementación de este tipo de sistemas de gestión de riesgo via mandato legal ha llegado para quedarse.

Tampoco podría desconsiderar el presente análisis los Decretos 1443 de 2014 y 1072 de 2015 expedidos por el Ministerio del Trabajo, mediante los cuales se estableció la obligación genérica a cargo de las empresas de implementar los ampliamente conocidos SG-SST (Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo). Dado que estos sistemas pretenden optimizar la eficacia de las normas en salud ocupacional, resultan otro claro ejemplo del plurimencionado

---

<sup>53</sup> En el Capítulo XI de su Circular Básica Jurídica la Superintendencia de la Economía Solidaria obliga a implementar SARLAFT.

<sup>54</sup> Mediante la Circular Externa 21 de 2016 de la Superintendencia de Salud obliga a implementar SARLAFT.

<sup>55</sup> Mediante la Circular Externa No. 170 del 10 de Octubre de 2002 la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian) obliga a implementar SIPLA a los usuarios del servicio aduanero.

<sup>56</sup> Mediante la Circular Externa 1536 de 2013 la Superintendencia de Notariado y Registro ordena a las notarías implementar SIPLAFT.

<sup>57</sup> Resolución 74854 del 21 de diciembre 2016, la Superintendencia de Puertos y Transporte obliga a la implementación de SIPLAFT

<sup>58</sup> Resolución 20161200032334 emitida por Coljuegos obliga a la implementación de SIPLAFT

<sup>59</sup> Circular Externa 13 del 26 de diciembre de 2016 la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian) obliga a implementar SARLAFT

<sup>60</sup> Circular Externa 8 de 2011 la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada obliga a implementar SARLAFT.

ideal preventivo que poco a poco gana terreno en la regulación de la actividad empresarial. Sin sorpresa, este fenómeno tiene origen en múltiples convenios y tratados internacionales<sup>61</sup>.

La imposición de estos programas por la vía del mandato legal imperativo, permite concluir que, la asimilación del Compliance por el empresariado colombiano no ha sido tan natural como se esperaría. Es por esto que el legislador parece ha tenido que optar por la política de convertir en obligación legal, lo que en principio debería ser asumido como una carga. Pero esto no ha sido todo. De un tiempo acá, los entes de control y particularmente las Superintendencias, vienen imponiendo cuantiosas sanciones a las empresas que, habiendo sido obligadas a implementar no lo hubieren hecho de manera satisfactoria. Esto implica finalmente que las empresas no solo se encuentran expuestas a la sanción impuesta por infringir la norma, sino a las sanciones por no haber implementado o por contar con programas de Compliance defectuosos.

Entre tanto, parece aún muy limitada la posibilidad de otorgar un tratamiento especial a las empresas que de forma obligada o espontánea deciden implementar Programas de gestión de riesgo. Claramente, adherimos a la posibilidad de reconocer un tratamiento preferencial a las empresas que gestionen su riesgo, pues esto tiene un soporte claro: la debida *diligencia organizacional*. Y es que la moderna noción de culpabilidad empresarial tiene justamente por fundamento la *negligencia estructural*<sup>62</sup> o el *defecto organizativo*<sup>63</sup>. A pesar de que el cumplimiento o incumplimiento de la norma sea, la más de las veces, una consecuencia de la acción o inacción de sus administradores, también se espera que la empresa misma realice esfuerzos por cumplir los mandamientos normativos y éticos mediante una *cultura organizacional* orientada en este sentido. Esta idea se encuentra directamente asociada a la necesidad de establecer unos criterios propios de culpabilidad que no se limiten a establecer una *responsabilidad vicarial o por reflejo* por la actuación de los administradores.

---

<sup>61</sup> Por solo mencionar algunos, el Convenio N° 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981; Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981; Convenio N° 161 sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985; Convenio N° 187 sobre el marco profesional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006

<sup>62</sup> Así la catalogan sobre todo autores norteamericanos como **Gobert, J. y Punch, M.** (2003) *Rethinking Corporate Crime*, Editorial Cambridge University Press, pp.379.

<sup>63</sup> En este sentido: **Cigüela Sola, J.** (2017) *Culpabilidad, identidad y organización colectiva*. Política criminal, vol.12, N°24, dic.2017, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200908>; **Silva-Sánchez, J. M.** (2013) *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Editorial Atelier, pp. 336; **Tiedemann, K.** (1988) Die "Bebüssung" von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bek.mpfung der Wirtschaftskriminalit.t., NJW, 41, p.g. 1172; sobre el desarrollo que efectúa su discípulo M. Brender (1989: particularmente 105 y ss.).

En otras palabras, pareciera que ciertos paradigmas del derecho sustancial resultan anacrónicos frente al desarrollo de la administración y de la comunicación organizacional moderna. La empresa en su conjunto es, no solamente un sujeto de derechos y obligaciones, sino también un actor social que conoce y decide atender o desatender los mandatos normativos. Resulta urgente que el ordenamiento jurídico colombiano asimile de una vez por todas esta realidad y decida finalmente adherirse a la tendencia global.

Definitivamente los desarrollos que han ocurrido ya en otras latitudes, ofrecen alternativas interesantes en materia de eficacia regulatoria. Como hemos expuesto brevemente, ya se ha avanzado mucho en el debate sobre la culpabilidad y los modelos de imputación de los entes colectivos. De la mano de estas discusiones, también se han realizado grandes avances en materia de Compliance, extendiéndose la posibilidad de gestionar el riesgo de cumplimiento legal a ciertas áreas como el derecho laboral, mercantil, ambiental o tributario<sup>64</sup>; también comienzan a explorarse complejos terrenos como la gestión de riesgo legal en materia de libre competencia, datos personales, propiedad intelectual o relaciones de consumo. Conviene tener presentes estos avances, para encontrar formas de potencializar y asimilar mejor un concepto que, hasta ahora, no parece tener un rumbo muy claro en el ordenamiento analizado. Si bien hemos podido establecer que hoy día los Compliance Programs se entienden como una manifestación del *deber de diligencia* de los administradores, podría pensarse en ellos como los pilares de un estándar de comportamiento exigible al ente colectivo mismo. De esta forma logra suplirse el vacío del elemento culpabilidad que resulta indispensable a la hora de imponer cualquier tipo de sanción. Tal vez por esta vía podría articularse sistema de responsabilidad en materia sancionatoria mucho más garante del principio de culpabilidad, permitiendo una Defensa basada en la prueba de una conducta empresarial ajustada a derecho.

Sintetizando, podemos afirmar que el Compliance en Colombia parece ser, hasta ahora, un trasplante jurídico en desarrollo. En los términos del profesor Watson (1993)<sup>65</sup> dicho concepto se entiende básicamente como el desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro. Claramente, este desplazamiento genera con cierta frecuencia una distorsión de las instituciones trasplantadas, así como un potencial conflicto con el sistema jurídico receptor. En particular, hemos expuesto que el Compliance no solo proviene de un ordenamiento jurídico

---

<sup>64</sup> A manera de ejemplo, en la obra de **Moscoso del Prado, J. y Cazorla Prieto, L. M.** (2017) *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos*. Editorial Aranzandi, pp.460 se encuentran guías específicas sobre la forma de gestionar riesgos laborales, tributarios, entre otros.

<sup>65</sup> **Watson, A.** (1993) *Legal transplants: an approach to comparative law*. University of Georgia Press, 2<sup>nd</sup> Ed, pp.144

foráneo, sino que su auge guarda estrecha relación con procesos de armonización transnacional de ciertas normas. Sin embargo, el mismo Watson anticipó en su obra la principal problemática de este tipo de trasplantes: con frecuencia, el fenómeno implica un trasvase normativo de un sistema jurídico (*país de origen*) a otro (*país receptor*) sin considerar las diferencias de sus culturas jurídicas y contextos particulares. Esta situación deriva en situaciones donde se llevan a cabo estos trasplantes, sin que ocurra la correspondiente articulación del ordenamiento jurídico en su conjunto. Al parecer, esto es justamente lo que ocurre actualmente con el Compliance y su recepción en Colombia. Mientras que en los ordenamientos jurídicos de origen se le reconoce al Compliance su rol preponderante como medio de Defensa Corporativa ante eventuales procesos sancionatorios, en Colombia aún queda mucho por avanzar en este sentido. En este propósito hemos considerado útil comenzar por analizar el fenómeno desde su concepción misma (**Sección 1.1**) para luego tratar de aprehenderlo desde la óptica del ordenamiento colombiano como receptor (**Sección 1.2**).

Una vez establecidas las bases del presente análisis, conviene recordar que nuestro propósito consiste en establecer la posibilidad de asimilar el Compliance en Colombia como elemento que permita atenuar o incluso exonerar responsabilidad administrativa. Tal vez de esta forma tendría más sentido y prospectiva la recepción del instituto que analizamos. Posiblemente esta sea la manera de dar mayor coherencia a un trasplante jurídico que hasta ahora no encuentra mucha coherencia sistémica.

A continuación, analizaremos la viabilidad de dicha propuesta desde la óptica de la racionalidad económica. Porque si bien podría el legislador colombiano tratar de seguir imponiendo progresivamente este tipo de Programas por la vía del mandato, a lo mejor resulte mucho más eficiente considerar una estrategia que se adapte mejor a los criterios que orientan la toma de decisiones en el ámbito empresarial: la fórmula del estímulo positivo.

## Capítulo II: Análisis económico del Compliance y su eventual reconocimiento como medio de Defensa Corporativa

Por regla general, cualquier manifestación de la función estatal represiva implica una decisión de Política Pública. En el ordenamiento jurídico colombiano, la investigación y sanción de los denominados *ilícitos empresariales* ha sido encomendada de forma prioritaria y casi exclusiva a las autoridades administrativas de control. Esto implica, sin duda, que dicho ejercicio se encuentra disciplinado por las reglas y principios del Derecho Administrativo Sancionador<sup>66</sup>.

Mientras que en ordenamientos foráneos se ha ido reconociendo progresivamente la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas<sup>67</sup>, en Colombia el legislador permanece reacio a recibir esta tendencia por cuestiones dogmáticas que no son objeto del presente estudio. Así las cosas, la actividad empresarial colombiana se encuentra vigilada y controlada por entidades que, si bien ejercen de forma legítima unas delegadas funciones jurisdiccionales, en últimas se encuentran adscritas al poder ejecutivo y al Gobierno nacional. Esto es motivo más que suficiente para reflexionar sobre la necesidad de dotar al empresariado de unos medios de Defensa Corporativa eficaces en sede administrativa, y en general, obliga a cuestionarse sobre las garantías procesales actuales de los administrados. Evidentemente, se trata de procesos sancionatorios en los cuales el margen de la Defensa Corporativa es mucho más limitado, tanto por el régimen que se utiliza, como por las instancias procesales que se despliegan.

Pero esta realidad institucional actual, no impide volver sobre la panorámica completa. En el fondo, lo que pretende el Estado mediante su rol intervencionista es minimizar la ocurrencia de conductas de mercado que resultan socialmente reprochables. Claramente, esta discusión comparte los mismos presupuestos racionales y teóricos de cualquier debate sobre política

<sup>66</sup> **Ramírez-Torrado, M. L. y Anibal-Bendek, H. V.** (2015) *Sanción administrativa en Colombia*. Revista Universitas, N°131, pp. 107-148. Disponible en: [http:// dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.saec](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.saec); **Ossa Bocanegra, C. E.** (2015). *Análisis económico de las sanciones administrativas en el derecho de la competencia y el consumo*, Revista Derecho del Estado n.º 35, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2015, pp. 151-179. Disponible en línea: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n35.06>.

<sup>67</sup> **Petro, I. R.; Mosquera, J. y Torres, L. E.** (2014) *La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia*. Revista Criminalidad, N°56, pp. 87-102. Disponible en: [https://www.policia.gov.co/sites/default/files/la\\_responsabilidad\\_penal\\_de\\_personas\\_juridicas\\_como\\_omision\\_legislativa\\_en\\_colombia.html](https://www.policia.gov.co/sites/default/files/la_responsabilidad_penal_de_personas_juridicas_como_omision_legislativa_en_colombia.html); **Bernate Ochoa, F.** (2018) *El Compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia*. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Vol X, N°20, julio-diciembre 2018, pp.31-49. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/331503896\\_El\\_compliance\\_y\\_la\\_responsabilidad\\_penal\\_de\\_las\\_personas\\_juridicas\\_en\\_Colombia](https://www.researchgate.net/publication/331503896_El_compliance_y_la_responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas_en_Colombia); **Bacigalupo, S.** (1998) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Primera edición. Bosch Casa Editorial, pp.403; **Foffani, L.** (2010). *Bases para la imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?*, Revista Nuevo Foro Penal, Vol. 6, N°75, julio-diciembre 2010, pp.41-52. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1885>

criminal. Es por esto que los argumentos derivados del Análisis Económico del Derecho Penal, los cuales no solo tienen una mayor trayectoria en la doctrina especializada, sino que en casi todo su razonamiento, pueden ser aplicados al derecho sancionatorio en general por sustracción de materia. Porque en últimas la función represiva es una sola y por ende parte de presupuestos racionales análogos.

Para nutrir el postulado que proponemos, realizaremos primero un análisis económico general sobre el régimen sancionatorio y sobre los Programas de Compliance (**Sección 2.1**). Luego evaluaremos, desde esta misma perspectiva racional, la propuesta de integrar estos programas de Compliance como posible medio de Defensa Corporativa en el marco de procesos sancionatorios (**Sección 2.2**)

## **2.1 Política represiva, Compliance y efectos económicos**

El presupuesto básico del análisis económico clásico, parte de aceptar que los individuos toman decisiones racionales tendientes a maximizar sus beneficios. En el ámbito del presente análisis, este presupuesto adquiere aún mayor relevancia, dado el propósito esencial que caracteriza la actividad empresarial: el *ánimo de lucro*.

Como fundamento del presente análisis, supondremos entonces que la actividad empresarial lleva implícitos unos costos *marginales privados* (CMP). Dichos costos, básicamente consisten en los costos derivados de producir una unidad más de un bien o servicio. Por otro lado, las actividades productivas generalmente generan unos impactos para la sociedad en su conjunto, los cuales se denominan *costos marginales sociales* (CMS). Bajo una situación teórica de competencia perfecta, los *costos marginales privados* tienden a equipararse a los *costos marginales sociales*. Justamente, la distorsión del mercado se presenta cuando los costos marginales sociales sobrepasan con creces los costos marginales privados. En otras palabras, los beneficios derivados del proceso productivo, implican unos altos costos que, en últimas, debe asumir la sociedad en su conjunto a manera de *externalidades negativas*. Generalmente se acepta que la actividad empresarial genera un agregado de externalidades negativas que deben tratar de corregirse mediante la regulación y el control sobre el mercado. Lo contrario, implicaría un perjuicio social que finalmente terminaría por generar la implosión del sistema económico. Por lo menos así lo han llegado a establecer la mayoría de economistas de la era post keynesiana. Así las cosas, se justifica la injerencia estatal sobre el mercado, toda vez que debe los agentes

del mercado que generan distorsiones deben asumir unas consecuencias que normalmente consisten en sanciones. Es por esto que el monto de dichas sanciones debe establecerse desde la consideración del impacto que dichas conductas desviadas generan en el mercado. Esto justifica que, casi siempre, la sanción administrativa o incluso penal que se imponga sea de naturaleza monetaria (multas). Realmente, se trataría de lograr una suerte de indemnización colectiva por el daño que genera la transgresión del mandato y la causación de un impacto social negativo.

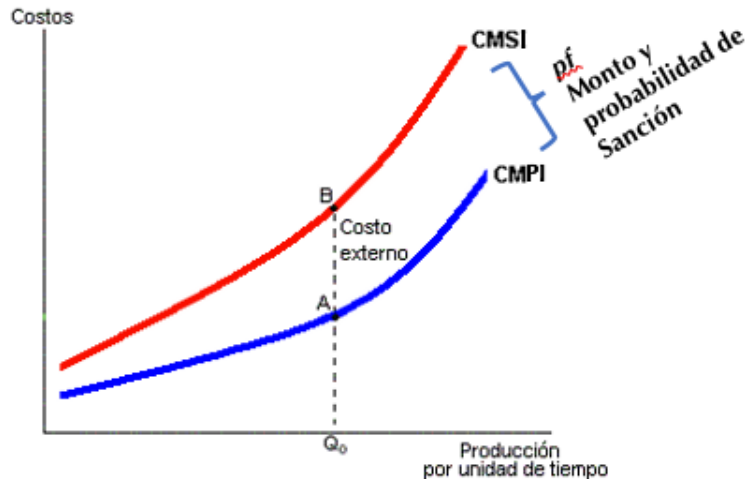
Claro es que las normas jurídicas influyen de diversas formas sobre las conductas de los actores del mercado. Justamente uno de los propósitos esenciales de las normas que regulan la actividad empresarial es reducir al máximo las *externalidades negativas*. En efecto, dichas externalidades se producen cuando cierto actor del mercado no asume todos los costes negativos de sus actividades, sino que los traslada a la sociedad en su conjunto. Dicho de otra forma, la infracción de la norma genera un *costo social* en la medida que la sociedad en su conjunto es quien sufre las consecuencias nocivas del actuar de la empresa infractora.

Justamente, los regímenes sancionatorios que venimos analizando, tienen por objetivo principal la corrección de las distorsiones del mercado, procurando que los infractores *internalicen las externalidades negativas* mediante la asunción de una consecuencia sancionatoria. Como cualquier política represiva, esta tiene como punto de partida la consideración de los *costos marginales sociales* (CMS) que ocurren a causa de las infracciones que pretenden evitarse. La labor del Estado consiste pues en encontrar el mecanismo más eficiente que permita minimizar los impactos sociales derivados de las infracciones. Y en cierta medida esto se logra al aumentar, tanto el monto de la sanción, como la probabilidad de imponerla (*pf*). De esta forma, el *costo marginal privado en un escenario de infracción* (CMPI) tendería a equipararse con el *costo marginal social* en un supuesto de infracción de la norma (CMSI). Esta tendencia puede identificarse claramente con lo que ha ocurrido hasta ahora en Colombia, donde el reflejo natural de la Política Pública ha sido tratar de aumentar, tanto el monto de la sanción, como la probabilidad de imponerla: incrementando *pf*, se buscaría finalmente equiparar las variables CMPI y CMSI:

$$CMPI \ll CMP + pf \ll CMSI$$

En otras palabras, desde una perspectiva de Política Pública, el monto y probabilidad de la sanción debería fijarse de forma tal que pueda restablecerse la distorsión que ocurre cuando un agente del mercado obtiene beneficios privados que generan unos costos sociales marginales injustificados. Hasta cierto punto, la sanción buscaría cerrar la brecha entre CMSI y CMPI, así:

**Figura 3.**  
**Costo marginal privado, social y monto de la sanción**



**CMSI** = Costo Marginal Social bajo el supuesto de la comisión de una Infracción  
**CMPI** = Costo Marginal privado bajo el supuesto de la comisión de una infracción  
**pf** = Probabilidad y monto de la sanción

Habría que decir también que las normas jurídicas tienen sus propios *costos asociados*. Tratándose de normas de naturaleza represiva, dicho costo se conoce como *costo de disuasión* y supone, por ejemplo, la destinación de recursos públicos enfocados en fortalecer unidades investigativas, administrativas o jurisdiccionales, en detrimento de la posible destinación de estos recursos en otros aspectos como infraestructura, educación o salud. Esta destinación de recursos supone otro factor que se agrega como costo social, bajo el entendido de que estos recursos dejan invertirse en aspectos que podrían generar un mayor bienestar social. Es por esto que, cualquier decisión de política represiva, debe igualmente considerar los recursos estatales destinados al control. Esto permite en últimas evaluar cuál sería la política pública más eficiente. Evidentemente, a mayor destinación de recursos destinados a fortalecer e incrementar el espectro de los ejercicios represivo, menor será la destinación de recursos públicos en importantes aspectos como los ya mencionado. A nuestro sentir, conviene repensar la fórmula hasta ahora propuesta, toda vez que los *costos sociales marginales* (CMS) también podrían

incrementar como resultado de una destinación desmedida de recursos en represión y control (costos de disuasión). De cierta forma aplicaría un argumento similar al que se propone con frecuencia en el debate sobre la lucha contra las drogas: *¿hasta que punto los costos disuasivos terminan sobrepasando los costos sociales marginales que pretendan evitarse?* Y más importante aún, dichos costos de disuasión, *¿están generando los resultados esperados?* Para el Estado se trata también de un análisis de costo/beneficio que conlleve finalmente a la optimización los recursos públicos.

En resumidas cuentas, se presentan entonces dos posibilidades de intervención estatal que deben conjugarse de forma armónica. Por un lado, puede optarse por establecer unos mayores *costos potenciales* (sanciones) para quienes incurran en actos socialmente reprochables (a manera de *incentivos negativos*). Sin embargo, ya hemos puesto en evidencia que esta estrategia tiene notorias limitaciones que la realidad pone a diario en evidencia. Así las cosas, un complemento apenas lógico del incremento en **pf** consistiría justamente en otorgar beneficios a quienes cumplan o realicen su mayor esfuerzo por cumplir la norma (*incentivo positivo o estímulo*). A nuestro sentir, debería establecerse el justo medio entre la represión y el estímulo, lo cual se conoce como la estrategia de la “zanahoria y el mazo” (*carrot and stick approach*)<sup>68</sup>.

Para ahondar un poco más en este razonamiento, haremos referencia expresa a la obra de Arocena (2017)<sup>69</sup>. En efecto, dicho autor explica que la variable definida como *probabilidad de condena (p)* debe articularse con las consecuencias de incrementar el *potencial castigo (f)*. Así pues, el resultado de multiplicar la probabilidad de ser detectado por las consecuencias de la transgresión de la norma, permite a los sujetos calcular el *costo de la sanción evitada (pf)*.

$$\begin{aligned} f &\rightarrow \text{monto de la sanción / consecuencia} \\ p &\rightarrow \text{probabilidad de ser detectado y sancionado} \\ pf &\rightarrow \text{costo de la sanción evitada} \end{aligned}$$

A nuestro sentir, pareciera que, hasta ahora, la decisión de Política Pública en Colombia evidencia una marcada intención de querer aumentar las consecuencias (**f**) mediante la

<sup>68</sup> Andreoni, J.; Harbaugh, W. y Vesterlund, L. (2003). *The Carrot or the Stick: Rewards, Punishments, and Cooperation*. American Economic Review, N°93(3), pp. 893-902. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/4981030\\_The\\_Carrot\\_or\\_the\\_Stick\\_Rewards\\_Punishments\\_and\\_Cooperation](https://www.researchgate.net/publication/4981030_The_Carrot_or_the_Stick_Rewards_Punishments_and_Cooperation)

<sup>69</sup> Arocena, G. (2017). *Acerca del denominado Criminal Compliance*. Revista crítica penal y poder. N°13, pp. 128-145. <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/19320>

implementación de unas sanciones administrativas cada vez mayores. De igual forma, la creciente expansión de los entes de control, así como la asignación de amplias facultades de investigación y sanción, sugieren una tendencia a querer aumentar también la probabilidad de condena (**p**)<sup>70</sup>. A pesar de que estos esfuerzos no resulten para nada despreciables, la cotidiana ocurrencia de graves infracciones a la regulación del mercado, obliga por lo menos a cuestionarse sobre la idoneidad de la estrategia propuesta. Hasta cierto punto, pareciera que incrementar la severidad de las sanciones e invertir cada vez más recursos en vigilancia y control no está generando el *estímulo negativo* suficiente para que las empresas se abstengan de realizar las conductas reprochadas. En este sentido, los *costos de disuasión* del Estado parecen haber llegado a un punto en que arrojan *rendimientos marginales decrecientes*<sup>71</sup>. Definitivamente, hasta los costos de disuasión tienen un límite de efectividad pues, ni el incremento en el monto de la sanción (**f**) ni una mayor destinación de recursos enfocados en aumentar la probabilidad de imponerla (**p**) generan actualmente el efecto disuasivo esperado *¿Hasta que punto podría el Compliance ofrecer alternativas frente a esta problemática?*

Como hemos mencionado previamente (**Sección 1.1**) los *Compliance Programs* son sistemas que integran un conjunto de mecanismos adoptados por una organización para disuadir, detectar y sancionar la comisión de actos ilícitos relacionados con su actividad. De esta concreta definición se desprende que la implementación de estos Programas implica un verdadero traslado de los *costos de disuasión estatales* a las empresas mismas. En otras palabras, el *costo marginal social (CMS)* disminuye porque se les traslada a las empresas, llegando a sumar al *costo marginal privado (CMP)*. En política criminal, esto se conoce como una *estrategia de prevención primaria*<sup>72</sup>, la cual consiste en que el Estado opta por trasladar a los particulares una carga que, en principio le corresponde. De esta forma se pretende optimizar la eficacia de la regulación por la vía de la prevención *ex ante*. Naturalmente, esto le permite al fisco ahorrar recursos destinados a una vigilancia y control *ex post*.

<sup>70</sup> **García, J. F.** (2009). *¿Inflación de superintendencias? Un análisis crítico desde el derecho regulatorio*. Revista Actualidad Jurídica, N°19, enero 2009, pp.337-372. Disponible en: <https://derecho.udd.cl/investigacion/files/2010/05/Inflaci%C3%B3n-de-superintendencias-Un-diagn%C3%B3stico-cr%C3%ADtico-J-F-GARC%C3%8DA.pdf>

<sup>71</sup> Según la ley microeconómica de rendimientos (marginales) decrecientes, incrementar la cantidad de un factor productivo en la producción del bien o servicio en cuestión, provoca que el rendimiento de la producción sea menor a medida que incrementamos este factor. Siempre y cuando se mantengan el resto de factores a nivel constante (*ceteris paribus*). Aplicado al caso sub examine, existe un punto en el cual un incremento en los costos de disuasión por parte del Estado, no necesariamente conlleva al aumento en la probabilidad de detectar conductas ilícitas.

<sup>72</sup> **García Pablos de Molina, A.** (1991) *La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho*. Estudios penales y criminológicos, N°15, pp. 79-98, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2103557>

No obstante, la implementación de estos Programas supone la asunción de un costo adicional para las empresas y esto es motivo suficiente para que la decisión de implementarlos no siempre sea tan espontánea como se quisiera. Es por esto que, la tendencia regulatoria en Colombia tiende a forzar la implementación de este tipo de programas por la vía del mandato imperativo tal como lo hemos expuesto en la **Sección 1.2**. A pesar de ello, pareciera que no basta con que el legislador recomiende, estimule o incluso obligue a la conformación de un Programa de Compliance “*sino que deben darse, además, las condiciones para que tal conformación resulte económicamente atractiva para las empresas*”<sup>73</sup>. Porque si la viabilidad económica de la empresa se contrapone a la lógica del cumplimiento normativo, de poco sirve la promoción o imposición de este tipo de modelos de gestión de riesgo. De cierta forma, la implementación del Compliance implica una destinación de recursos que los empresarios no ven necesariamente compensada al momento de afrontar procesos sancionatorios. Es posible resulte atractivo para el Estado obligar a las empresas a implementar Compliance por vía del mandato. Sin embargo, podría pensarse en una fórmula alternativa que estimule cada vez más la implementación de estos programas para que no terminen siendo una barrera más que se imponga a los empresarios que pretendan acceder a ciertas actividades que terminan siendo obligatoriamente reguladas.

Por otro lado, conviene proponer una reflexión complementaria acerca del impacto que generan estos programas en la *probabilidad de sanción (p)*. Naturalmente, uno de los principales propósitos del *Compliance* es evitar que ocurran infracciones a las regulaciones del mercado. Por eso, a mayor gestión preventiva, podría afirmarse que serán menos las situaciones de infracción que deriven en sanciones. En principio, la lógica indicaría que la implementación del Compliance implica que las empresas sean sancionadas con menor probabilidad; algo que finalmente se traduce en la disminución de *(p)*. Sin embargo, es posible que la implementación de los programas de Compliance termine llevando a las empresas y administradores a situaciones de necesaria e incluso obligatoria denuncia o confesión de infracciones que se detecten, una vez implementados los programas. Es el caso por ejemplo de la comisión de ciertas conductas delictivas que implican no solo el deber sino la obligación de denunciar. Ante la capacidad limitada que tienen los entes de control, muchas veces dichas conductas podrían pasar desapercibidas. Sin embargo, los mecanismos de alerta y detección temprana que integran estos sistemas de Compliance, ponen en evidencia infracciones que difícilmente podrían llegar

---

<sup>73</sup> **Arocena, G.** (2017). *Acerca del denominado Criminal Compliance*. Revista crítica penal y poder. N°13, pp. 128-145. <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/19320>

a detectar las autoridades administrativas. Esto hace que, para las empresas, no solo estos programas signifiquen un mayor *costo marginal privado*, sino que de cierta forma su implementación termina aumentando la probabilidad ( $p$ ) de sanción. Es precisamente por esto que otorgar beneficios a las empresas que destinen recursos en Compliance, no necesariamente afecta el equilibrio de la ecuación que busca equiparar el *costo marginal social* con el *costo marginal privado*. En particular, consideramos que el otorgamiento de un estímulo positivo, podría incluso significar que, no solo se motiven las empresas a invertir en Compliance, sino que también puedan denunciar con tranquilidad, sabiendo de antemano que se les tratará con menor severidad ante un eventual proceso administrativo sancionatorio. Claramente este recurso podría derivar en el aumento de la probabilidad de sanción. Sin embargo, resulta apenas lógico restablecer el equilibrio de la balanza mediante una posible reducción de la sanción impuesta. De lo contrario, no existen estímulos racionales suficientes para que se invierta en Compliance, toda vez que no solo implican un mayor costo marginal privado (*CMP*), sino que aumentan de cierta forma la probabilidad de ser sancionada ( $p$ ). Todo lo anterior, sin que se modifique el monto de la sanción esperada ( $f$ ). Probablemente los *Compliance Programs* ofrezcan una alternativa eficiente en cuanto disminuyen notoriamente los *costos de disuasión* del Estado, aumenten la probabilidad de sanción y por ende conllevan a un mayor beneficio social. A manera de ejemplo, considérese la siguiente situación hipotética que presenta Goldman (2018)<sup>74</sup>:

**Tabla 1.**  
**Modelo Hipotético comparativo sobre Compliance y Beneficio social**

| <b>Escenario Sin Compliance</b>  | <b>Escenario con Compliance</b>   |
|--|---|
| Costo social de la infracción o perjuicio anual al erario público: USD\$ 100.000.000               | Costo social de la infracción o perjuicio anual al erario público: USD\$ 100.000.000  |
| Costos de disuasión asumidos por el estado o financiamiento de aparato judicial: USD \$ 70.000.000 | Costos de disuasión trasladados a las empresas (inversión en Compliance): USD \$30.000.000<br><br>+<br>Costos de disuasión estatales: \$5.000.000 |
| <b>Beneficio social neto: \$30.000.000</b>   | <b>Beneficio social neto: \$65.000.000</b>  |

<sup>74</sup> **Goldman, D. H.** (2018) *Bases para el análisis económico de los sistemas de compliance penal*. Revista IUS ET VERITAS, N°57, p.21  
[https://www.researchgate.net/publication/332826616\\_Bases\\_para\\_el\\_analisis\\_economico\\_de\\_los\\_sistemas\\_de\\_compliance\\_penal](https://www.researchgate.net/publication/332826616_Bases_para_el_analisis_economico_de_los_sistemas_de_compliance_penal)

La **Tabla 1** describe un escenario hipotético que hemos adaptado del que fuera originalmente propuesto por Goldman (2018)<sup>75</sup>. En este caso, se asume que costo social marginal que genera determinada infracción sería de USD \$100.000.000. En un primer escenario denominado “Sin Compliance” los costos de disuasión deben, en teoría, multiplicarse exponencialmente, ascendiendo hasta una suma igualmente hipotética de USD \$70.000.000. Esto incluye por ejemplo inversión en mantener la operatividad de los entes de control, financiar las investigaciones o incluso asumir las reclamaciones por fallas del servicio. En este caso, el beneficio social neto terminaría siendo de USD \$30.000.000, sin considerar que el aumento en los costos de disuasión, no necesariamente se traduciría en una menor cantidad de infracciones, como ya hemos expuesto.

Ahora bien, en el escenario denominado “Con Compliance”, evidenciamos que ocurre un traslado de los costos de disuasión del Estado a las empresas. Si bien es cierto que estos programas implican unos costos de implementación, el modelo teórico asume que estos costos resultan en todo caso inferiores a lo que cuesta sostener un aparato represivo como el que se prevé en el primer escenario. Para efectos ilustrativos, se optó por tasar estos costos disuasivos trasladados en la suma de USD \$30.000.000, debiendo estos ser asumidos por las empresas si se les estimula a implementar Compliance (inversión en Compliance). Ahora bien, estos costos deben en todo caso sumarse, a los recursos que debe seguir destinando el Estado a mantener el aparato represivo, los cuales se conservan constante en una suma de USD \$ 5.000.000 pues no habría inversiones nuevas. En teoría, puede concluirse que el escenario “Con Compliance” resulta en un mayor Beneficio social neto (USD\$65.000.000). Esto se justifica, no solamente desde el punto de vista del ahorro en gasto público, sino que podría el Compliance derivar, bien sea en una disminución de la ocurrencia de infracciones, o en su defecto en un mayor grado de detección por parte de las empresas, que finalmente supondría un aumento en la probabilidad de sanción.

Desde esta perspectiva, estimular la implementación de los Programas de Compliance, implicaría una disminución general en los *costos marginales sociales (CMS)* y también un incremento en los *costos marginales privados (CMP)*. En últimas, se terminaría atendiendo al mismo propósito que describimos en la **Figura 3** consistente en cerrar la brecha entre costos

---

<sup>75</sup> **Goldman, D. H.** (2018) *Bases para el análisis económico de los sistemas de compliance penal*. Revista IUS ET VERITAS, N°57, p.21  
[https://www.researchgate.net/publication/332826616\\_Bases\\_para\\_el\\_analisis\\_economico\\_de\\_los\\_sistemas\\_de\\_compliance\\_penal](https://www.researchgate.net/publication/332826616_Bases_para_el_analisis_economico_de_los_sistemas_de_compliance_penal)

*marginales privados* y *costo marginales sociales*, solo que mediante una estrategia que al parecer resultaría mucho más eficiente en comparación con la que se ha planteado hasta ahora y que consiste en tratar de aumentar exponencialmente **pf**. El modelo hipotético que hemos presentado, permite concluir que el Compliance no solo podría implicar unos *costos marginales sociales (CMS)* menores sino también un aumento de los *costos marginales privados (CMP)*. Esto conlleva a que brecha que en últimas pretende cerrarse mediante el incremento de la sanción y la probabilidad de imponerse, tienda disminuirse aún más si se logra estimular la implementación responsable del Compliance. Y es que en la medida en que el empresario decida optar racional y espontáneamente por destinar recursos en ejercer sus actividades con un mayor grado de diligencia, el resultado puede ser incluso mejor que imponer sanciones que no ejemplarizan a tantos como se quisiera. Pero entonces *¿cómo generar estímulos suficientes que motiven al empresario a implementar un Compliance responsable y efectivo?*

Parece haber quedado claro que el Compliance es un complemento regulatorio eficiente que conlleva a una situación de mayor *bienestar social general*. Sin embargo, también debe entenderse que la implementación de estos sistemas implica una importante destinación de recursos por parte de las empresas. Para los efectos del modelo propuesto, estas inversiones en Compliance se relacionarán como *costos de Compliance (Cc)*. Reiterando la salvedad que ya hemos mencionado previamente, asumiremos para efectos de nuestro modelo teórico que la implementación de estos programas disminuye la *probabilidad de sanción*. En este caso, la variable se integrará al modelo como **(z)**.

*Cc* → *Costos del Compliance*  
*z* → *probabilidad sanción habiendo implementado compliance*

Naturalmente, el análisis racional indicaría que los administradores y/o empresarios decidirán invertir recursos en estos programas, siempre y cuando el *Costo de la sanción con Compliance* resulte menor al *Costo de la sanción sin Compliance*. Es allí justamente donde el agente del mercado encuentra el estímulo positivo que lo motive a implementar estos programas.

En el mismo sentido resulta consecuente asumir que la empresa destinará mayores recursos en el desarrollo del Compliance en la medida que los recursos invertidos (**Cc**) sean menores o iguales al *costo de la sanción evitada* (**pf**)<sup>76</sup>.

$$\begin{array}{ccc} Cc & \leq & z(pf) \\ \text{Inversión en Compliance} & & \text{Costo de la sanción evitada} \end{array}$$

Si esto no ocurre, no se genera un incentivo racional suficiente para que se justifique la inversión. Bajo este escenario, lo más probable es que el empresario simplemente decida realizar sus actividades, asumiendo el riesgo de sanción ya que no encuentra un beneficio suficiente que lo motive a invertir en gestión de riesgo. A falta de estímulo positivo, ocurrirá un efecto adverso que consiste en incentivar en últimas un mayor apetito al riesgo.

Según podemos evidenciar, el análisis del *status quo* en Colombia permite inferir que actualmente parecen no importar las inversiones que el empresario colombiano realice en debida diligencia pues finalmente asume el mismo grado de responsabilidad y probablemente la misma sanción que si no invirtiera en Compliance. Peor aún, al monto de la sanción administrativa por infringir la norma siempre deberán sumarse los Costos de Compliance (**Cc**). Así las cosas, para la empresa colombiana resulta siempre más costoso implementar Compliance que no hacerlo, por lo menos de cara a un proceso administrativo sancionatorio.

$$\begin{array}{ccc} (1 - z)(pf) + Cc & > & (pf) \\ \text{Costo de la sanción con Compliance.} & & \text{Costo de la sanción sin Compliance} \end{array}$$

Lógicamente, si la inversión en este tipo de programas no supone un beneficio suficiente al empresario, termina este último asumiendo de forma desproporcionada los *costos de disuasión* que el Estado ha decidido trasladarle. Allí justamente es donde el *status quo* parece flaquear pues, bajo el régimen administrativo sancionatorio actual, salvo contadas excepciones<sup>77</sup> no se reconoce beneficio alguno a las empresas que demuestren haber implementado este tipo de

<sup>76</sup> Para consultar el análisis completo, ver **Miller, G.** (2014) *An Economic Analysis of Effective Compliance Programs*. NYU Law & Economics Research Paper Series Working Paper N°14-39, diciembre 2014, Forthcoming in Jennifer Arlen, ed., *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing* (Edward Elgar 2015) Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2533661](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2533661)

<sup>77</sup> La posibilidad de reconocer a los programas transparencia y ética empresarial como circunstancia atenuante de la sanción administrativa en Colombia ha sido expresamente reconocida mediante el artículo 7 numeral 7 de la Ley 1778 de 2016 sobre soborno transnacional. Dicha normativa dispone expresamente que "(...) 7. La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el Artículo 23 de esta Ley" será considerada al momento de graduar la sanción. Sin embargo, esta disposición se orienta únicamente a las entidades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades en los términos de la Resolución 100-002657 de 2016 y la Circular Externa 100-000003 de 2016.

programas. Por el contrario, las Superintendencias Financiera y de Sociedades se han enfocado en sancionar a aquellas empresas que, habiendo sido obligadas a implementar estos programas, han omitido o presentan defectos en el diseño de los mismos<sup>78</sup>. De esta forma, se trata de una regulación que revela una doble dimensión sancionatoria: primero porque se enfoca en castigar la infracción de una determinada norma y segundo, porque la falta o indebida implementación de un Programa de Compliance deriva igualmente en un escenario de sanción administrativa. Así las cosas, concluimos parcialmente que el *Costo de la sanción con Compliance* resulta siendo siempre superior al *Costo de la sanción sin Compliance* pues, al monto de la sanción que se imponga, termina siempre agregándose el monto de las inversiones realizadas en gestión de riesgo. Lo anterior se traduce en que racionalmente no existe incentivo suficiente para destinar recursos en estos Programas. Simplemente al empresario no le resulta suficientemente atractivo.

Tal parece que la estrategia del legislador consiste en ampliar cada vez más el espectro represivo al aumentar, tanto el monto, como la cantidad de sanciones impuestas. De esta forma se esperaría enviar un mensaje consistente en que las consecuencias exceden el beneficio potencial de la transgresión. Se trata de un arcaico mecanismo de sanción ejemplarizante, lo cual comulga con el raciocinio de la *prevención general y especial* que ha sido ampliamente revaluado por la criminología contemporánea. De nuevo, parece que la doctrina penal puede arrojar algunas luces frente a todos estos interrogantes. En efecto, la postura represiva viene siendo sustituida en el campo del Derecho Penal por aproximaciones alternativas como el *Criminal Compliance* o la gestión de riesgo preventivo<sup>79</sup>. Sobre este punto reiteramos que el fenómeno de los Programas de Compliance ha tenido su mayor auge y desarrollo en esta rama del Derecho. Al parecer dicha aproximación parece haber arrojado mejores, o por lo menos distintos resultados frente a la clásica postura prohibicionista y represiva. Además, esta rama del derecho también ha procurado entender el fenómeno de la transgresión de la norma prohibitiva como el resultado de un cálculo racional que realizan los actores<sup>80</sup>. Es por esto que el análisis de

<sup>78</sup> Según Infolaft, durante el año 2017 la Superintendencia Financiera de Colombia impuso 8 sanciones a entidades financieras por valor total de 491 millones de pesos, mientras que entre el año 2018 y 2019 se impusieron 17 sanciones por valor total aproximado de 1.670 millones de pesos. Información disponible en línea: <https://www.infolaft.com/2018-un-ano-de-sanciones-por-incumplir-el-sarlaft/>

<sup>79</sup> Esta tendencia, supone una de las principales características que distingue la corriente del Derecho Penal Liberal, el cual se contrapone al Derecho Penal Clásico. Al respecto, ver **Velásquez Velásquez, F.** (1985) *Derecho penal liberal y Estado de derecho*. Nuevo Foro Penal, N° 29, pp. 279-281. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4324>; **Demetrio Crespo, H.** (2006). *Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo"*. Nuevo Foro Penal, N° 69, pp. 64-99. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2216833>

<sup>80</sup> **Goldman, D. H.** (2017) *Análisis Económico del Derecho penal y Derecho penal liberal: confluencias y bifurcaciones*. Revista Derecho penal y criminología, Vol. 38, N° 104, pp.13-74, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5208>

dichas tendencias es relevante, aún si en Colombia la discusión deba trasladarse al escenario del Derecho Administrativo Sancionador. A fin de cuentas, este último también es una manifestación de la función estatal represiva.

En el fondo, considérese que el ejercicio del *ius puniendi* atiende a lógicas similares, sea cual sea la vía o denominación que se escoja. Claramente la sanción administrativa tiene sus particularidades y características propias. Sin embargo, la reflexión que antecede dicho ejercicio no debería ser muy distinta a las discusiones que orientan la Política Criminal. Así como en el Derecho Penal se ha podido establecer que la imposición de penas consideradas como ejemplarizantes, no deriva necesariamente en un mayor grado de acatamiento de la norma, tampoco parece muy consecuente aumentar de forma casi irreflexiva los montos de las multas en sede administrativa; mucho menos seguir otorgándole cada vez más facultades de vigilancia y control a los entes administrativos, incluso si ejercen facultades jurisdiccionales. Este tipo de políticas siempre implican un riesgo inherente que consiste en derivar en ejercicios represivos desbordados y potencialmente arbitrarios. Es por esto que deben revisarse propuestas que estimulen más y que obliguen menos a realizar inversiones en prevenir las infracciones que puedan cometerse en el desarrollo de la actividad empresarial. A lo mejor este cambio de paradigma podría resultar un buen complemento al ejercicio sancionatorio actualmente propuesto.

Por más que se sugiera, motive u obligue a incurrir en este tipo de inversiones en Compliance, desde que esta inversión no se traduzca en un beneficio real para la empresa diligente que decida invertir en ellos, difícilmente podrá alcanzarse el objetivo preventivo propuesto. Y es que de ninguna manera estamos obviando los muchos otros beneficios asociados a la gestión de riesgo preventivo. Ciertamente reconocemos las bondades que idealmente se asocian a este tipo de Programas. Pero en el contexto del presente análisis hemos decidido limitarnos de forma consciente a los beneficios de estos Programas, de cara a los procesos sancionatorios. Es justamente por esto que nuestro enfoque se orienta al debate sobre el ajuste de unos adecuados medios de Defensa Corporativa.

A nuestro sentir, resulta cuando menos responsable echar un vistazo a la tendencia global de los modelos de gestión de riesgo para tratar de entender y aprehender mejor su dinámica. Todavía queda un buen camino por recorrer en cuanto a la incorporación de esta tendencia en el ordenamiento colombiano. Pero, en definitiva, si nunca llegan los esperados beneficios que

deberían reconocerse a las empresas colombianas diligentes que incursionen en un Compliance serio, es posible que terminen por implementarse Programas de Compliance *cosméticos*<sup>81</sup> que solo sirvan para cumplir con una obligación legal.

Dada la naturaleza misma del proceso administrativo sancionador, así como los principios que rigen la imputación de responsabilidad en esta área<sup>82</sup>, resultan actualmente irrelevantes los esfuerzos por cumplir la norma que realizan hoy por hoy las empresas colombianas. Recordemos que estos procesos, impera un régimen de responsabilidad de culpa presunta, que incluso algunos califican como responsabilidad objetiva<sup>83</sup>. A todas luces, en Colombia se acude con una preocupante frecuencia a un mecanismo sancionatorio en el cual no queda mucho margen para el análisis de la culpa. Esto no resulta consecuente con la proscripción de la responsabilidad objetiva en materia sancionadora que contempla la Constitución Política (Arts. 1 y 29) ni con derechos fundamentales que tradicionalmente han sido asociados al ejercicio represivo como los de culpabilidad, presunción de inocencia o proporcionalidad de la sanción.

Así pues, todo ejercicio de Defensa Corporativa que tenga por fundamento la prueba de una debida diligencia o de una ausencia de culpa y que así mismo pretenda una exoneración o atenuación de responsabilidad resultaría improcedente en sede administrativa. Este pareciera ser motivo más que suficiente para explicar la escasa acogida que han tenido estos Programas por parte del empresariado colombiano. Falta promover estímulos reales que finalmente incentiven al empresario, dejando atrás y la estrategia del mandato imperativo.

---

<sup>81</sup> **Así han sido catalogados aquellos programas que no cumplen a cabalidad los propósitos previstos, ver** Gutierrez Perez, E. (2015) *Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015*. Revista General de Derecho Penal, N°24, pp-1-24, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5327628>

<sup>82</sup> Así por ejemplo en Cueto Pérez (2008) “*el derecho administrativo sancionador trata de proteger el cumplimiento del ordenamiento jurídico en aras del interés general que legitima la actuación administrativa, por ello cumple con una clara función preventiva, sin que exista ningún interés en el reproche moral al individuo*” **Cueto Pérez, M.** (2008). *Los principios de la potestad sancionadora de la Administración pública. Tipicidad y responsabilidad*, Documentación Administrativa, n.º 280-281, Inap, 2008, p. 108. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principios-potestad-sancionadora-tipicidad-331674242>. En el mismo sentido, **De Palma del Teso, Á.** (1996) *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, pp. 41 y ss. Más recientemente, de la misma autora, *Principio de culpabilidad. Definición y aplicación a las personas físicas*, en Diccionario de sanciones administrativas, Lustel, pp. 705-706.

<sup>83</sup> Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de la reponsabilidad en el ámbito administrativo sancionatorio, así como en la aplicabilidad del principio de culpabilidad. Al respecto, ver **Jimenez Jimenez, D. F.** (2015) *La culpa en el Derecho administrativo sancionador*. Editorial Universidad de los Andes, pp. 145; **Ossa Arbelaez, J.** (2009) *Derecho administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. 1ª edición, Editorial Legis S.A, pp. 700; **Vaca Oneto, V.** (2019) *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano*. Revista Digital de Derecho Administrativo. N°21, pp.313-344. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708>

El análisis económico presentado, ha permitido evidenciar que, en Colombia, el *costo de la sanción con Compliance* es igual o incluso superior al *costo de la sanción sin Compliance*. Así mismo, la inversión en Compliance (*Cc*) nunca podría llegar a ser inferior al *costo de la sanción evitada z (pf)* porque sencillamente la inversión nunca se traduce en un beneficio real desde el punto de vista de la responsabilidad y la sanción administrativa. En otras palabras, al empresario le cuesta lo mismo la sanción administrativa si hace esfuerzos por cumplir o si no los hace. De hecho, le costaría más si los hace, toda vez que debe asumir la sanción y además el costo de las inversiones asociadas al diseño e implementación de estos Programas. Esto desincentiva notoriamente la adopción espontánea del Compliance por parte del empresario promedio. *¿Convendría entonces evaluar la posibilidad de integrar estos Programas de Compliance en el ordenamiento como medio de Defensa Corporativa a manera de estímulo?*

## **2.2 Los Programas de Compliance como medio de Defensa Corporativa desde una perspectiva racional**

Ya ha sugerido previamente el profesor Goldman<sup>84</sup> que la privatización de la acción sancionatoria y el traslado de los *costos de disuasión* a los particulares, resulta ser una asignación mucho más eficiente de recursos por parte del Estado para alcanzar un óptimo ejercicio represivo. Dicha maximización, resulta de la disminución del *costo social de la infracción*, persiguiendo solo las conductas que causan daños mayores al *costo de disuasión*. De esta forma se obtiene una sanción efectiva al menor costo posible.

Sin embargo, el problema con las infracciones en el contexto de la actividad empresarial es que estas suponen unos elevados *costos de disuasión* para el Estado<sup>85</sup>. Es por esto que una mayor asignación de recursos destinados a la investigación, acusación y enjuiciamiento, no siempre arroja mejores resultados pues difícilmente estos *costos de disuasión estatal* tienden a equipararse con el *costo social de la infracción*. Es precisamente esto lo que justifica el traslado de dichos costos a las empresas como una manera efectiva de internalizarlos y así lograr una mayor eficiencia. Hasta allí no pareciere haber ningún inconveniente.

---

<sup>84</sup> Goldman, D. H. (2018) *Bases para el análisis económico de los sistemas de compliance penal*. Revista IUS ET VERITAS, N°57, pp.14-28, [https://www.researchgate.net/publication/332826616\\_Bases\\_para\\_el\\_analisis\\_economico\\_de\\_los\\_sistemas\\_de\\_compliance\\_penal](https://www.researchgate.net/publication/332826616_Bases_para_el_analisis_economico_de_los_sistemas_de_compliance_penal)

<sup>85</sup> Claramente, las empresas contemporáneas son organizaciones complejas dotadas de las más diversas estructuras internas. En especial, dicha complejidad deriva por ejemplo de complejos entramados societarios (holdings y grupos empresariales), modernos modelos de gestión y toma de decisiones, especialidad y tecnificación de actividades específicas, entre otras variables.

Sin embargo, la asunción de los *costos de disuasión* por parte de las empresas, sin que esto se traduzca en una recompensa o beneficio como la exención o reducción de la responsabilidad, conlleva finalmente a establecer un incremento en los *costos potenciales de la sanción*. Evidentemente, no solamente se vería el empresario obligado a asumir las consecuencias económicas de la sanción prevista por la desatención de la norma, sino que además no encontraría beneficio alguno en los esfuerzos destinados a asumir de manera responsable los costos de disuasión trasladados.

A continuación, se presenta de forma comparativa un resumen de una **situación A** en la cual no se reconocen beneficios a la empresa que hace Compliance, frente a una **situación B** en la cual si se reconocen:

**Tabla 2.**  
**Comparativo hipotético sobre situación de reconocimiento de beneficios por implementar Programas de Compliance**

| <b>Situación A</b>   | <b>Situación B</b>  |
|--|---|
| Elevados beneficios potenciales de la infracción                               | Elevados beneficios potenciales de la infracción  |
| Alto costo social de la infracción   | Alto costo social de la infracción  |
| Alto costo de disuasión por parte del Estado y nulos por parte de particulares | Disminución costos de disuasión por parte del Estado (traslado vía Compliance) – Asunción de estos costos por parte de la empresa   |
| El costo potencial de la infracción es constante                               | El costo potencial de la infracción es relativo: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si se ha implementado Compliance y se presenta la infracción, el costo potencial es menor.</li> <li>• Si NO se implementa Compliance y se presenta infracción, el costo potencial es mayor</li> </ul> |

La situación previamente descrita, pone en evidencia un notorio desbalance en favor del Estado que ciertamente opera en detrimento de las empresas. En principio, no habría problema en trasladar los costos de disuasión a las empresas pues, siendo ellas quienes mejor conocen

su actividad, su estructura y su campo de acción, se encuentran en una mejor posición para optimizar recursos destinados a la prevención del ilícito. Lo que no parece muy consecuente es pretender trasladar todos estos costos sin restituir el balance de la ecuación. Sin duda esto puede resultar atractivo a mediano y corto plazo, sobre todo en un contexto de constante déficit presupuestal público como el colombiano. Pero, *¿Será esta una solución adecuada a largo plazo?*

Cierto es que la implementación de estos programas de Compliance *per se* no requeriría de un estímulo. Idealmente, las empresas deberían simplemente acatar a cabalidad los mandatos de la norma sin pretender obtener beneficios. Sin embargo, el Análisis Económico propuesto permite concluir que, a largo plazo, si no se reconoce ningún tipo de beneficio efectivo a las empresas que hagan esfuerzos reales por cumplir, naturalmente estas preferirán continuar realizando sus actividades sin invertir en Compliance. La falta de implementación generalizada y espontánea de estos programas, que por cierto llevan ya un buen tiempo en el mercado, es fiel reflejo de que, bajo las condiciones actuales, las empresas estarían dispuestas a continuar asumiendo los riesgos de la sanción administrativa. Al parecer, no es que las empresas colombianas han aumentado su apetito al riesgo sino más bien que los estímulos para prevenir parecieran quedarse cortos.

Es por lo anterior que se comparte nuevamente la postura de Goldman (2018) quien considera que *“además de contribuir con la prevención de la delincuencia corporativa, los programas de cumplimiento deben constituir, cuando se encuentran adecuadamente diseñados y son eficaces, una salvaguarda que atenúe o elimine la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos cometidos por los individuos que lograron saltar los mecanismos de control interno”*<sup>86</sup>. La verdadera paradoja consistiría en que la imposición de estos programas vía imperativa, podría resultar en un incentivo negativo para realizar una verdadera gestión de riesgo. En efecto, es posible que dicha imposición conduzca a las empresas a implementar programas solo por cumplir el mandato legal. Por lo menos así se evitaría el reproche por no haber acatado la orden de implementarlos.

---

<sup>86</sup> **Goldman, D. H.** (2018) *Bases para el análisis económico de los sistemas de compliance penal*. Revista IUS ET VERITAS, N°57, p,19, [https://www.researchgate.net/publication/332826616\\_Bases\\_para\\_el\\_analisis\\_economico\\_de\\_los\\_sistemas\\_de\\_compliance\\_penal](https://www.researchgate.net/publication/332826616_Bases_para_el_analisis_economico_de_los_sistemas_de_compliance_penal)

Conviene sobre este punto insistir en que las distintas legislaciones que han reconocido la responsabilidad penal o administrativa de las empresas, contemplan precisamente que el hecho de haber implementado un Programa de Compliance eficaz tiene un efecto eximente o cuando menos atenuante respecto de las sanciones. Para citar algunos casos afines a la tradición jurídica colombiana, se encuentran por ejemplo los casos de Perú (L. 30.424 artículo 17.1), Argentina (L.27.401 artículo 9) o España (artículo 31 inciso 2 del Código Penal). Sin embargo, la tendencia puede confirmarse en sistemas como un poco menos afines como el norteamericano<sup>87</sup> y francés<sup>88</sup>.

Al parecer, en otros países se ha reconocido ya esta posibilidad, toda vez que el traslado de los *costos de disuasión* resulta una política pública mucho más eficiente, de cara al control de las distorsiones del mercado. Más no se trata simplemente de sugerir el trasplante legal irreflexivo de un modelo foráneo. De hecho, la invitación sería a todo lo contrario. Actualmente resulta indispensable contemplar unos ajustes en el ordenamiento que permitan integrar de forma armónica el Compliance al ordenamiento como unidad sistémica. A nuestro sentir, el ajuste debe pasar por el reconocimiento expreso y generalizado de estos programas como medio de Defensa Corporativa. Y como dicha defensa tendrá que llevarse a cabo en el marco de procesos administrativos sancionatorios, obligatorio es discutir sobre la viabilidad de esta propuesta. Lamentablemente hasta el momento tales consideraciones parecen ser escasas en la doctrina nacional y además brillan por su ausencia en la agenda legislativa. Hasta ahora el asunto ha sido tratado como una tendencia mundial atractiva sin que se evidencien mayores esfuerzos por proponer los ajustes consecuentes.

Definitivamente, la imposición por la fuerza de estos modelos les imprime una connotación restrictiva y además termina convirtiéndose en una carga excesivamente onerosa para los administrados. De contera, si la regulación impide reconocerles su valor como atenuantes o eximentes de responsabilidad, la tendencia pasajera podría resultar en un

---

<sup>87</sup> Así por ejemplo se evidencia en el conjunto normativo norteamericano, compuesto, entre otros, por The Bribery Act 2010 – Minister of Justice; FCPA A Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practice Act (2012) – Criminal Division of the U.S Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S Securities and Exchange Commission; Guidelines Manual (Chapter 8) Sentencing of Organizations (2015) – U.S Sentencing Commission.

<sup>88</sup> En Francia, la Autorité de la concurrence no garantiza ninguna reducción si la empresa implementó previamente un programa de cumplimiento, pero si establece un procedimiento específico (procédure de non-contestation des griefs) bajo el cual las compañías que se acepten cargos durante la fase acusatoria pueden obtener una rebaja de la sanción de hasta el 15% si se asume el compromiso de mejorar las prácticas restringidas.

verdadero fracaso<sup>89</sup>. De hecho, la situación actual ya ha sido catalogada por algunos como una verdadera “*trampa de disuasión*”<sup>90</sup> pues, de cierta forma, la imposición de sanciones excesivamente altas, implica en el largo plazo un riesgo mucho mayor para la economía ya que se desincentiva la incursión en ciertas actividades económicas por obligarse a la implementación de estos programas. Infortunadamente, en lugar de servir como mecanismos preventivos, el Compliance tiende a convertirse en una verdadera *barrera de mercado*. Prueba de esto es que actualmente la implementación obligatoria ha comenzado a vincular a las entidades financieras y algunas grandes empresas del sector real que cumplan con un tope superior de ingresos o de activos. En palabras del respetado profesor Richard Posner “*bajo un sistema que no admita la defensa basada en Compliance, la única vía que queda para evitar sanciones consistiría en reducir el nivel de las actividades potencialmente riesgosas o abandonarlas definitivamente*”<sup>91</sup>. Este desincentivo no favorece en nada a la economía en general y, por el contrario, tiende a concentrar ciertas actividades en unos pocos actores.

Por lo anterior, el reconocimiento de estos Programas como medio de Defensa Corporativa debería extenderse de forma generalizada a todas las empresas que decidan invertir en ello y no solamente a aquellas que hubieren sido obligadas por la ley. De cierta forma, si se sigue imponiendo la implementación del Compliance únicamente a empresas catalogadas como “grandes”, finalmente se estaría privilegiando indirectamente a unos actores que se encuentran de por sí en mejores condiciones de asumir sanciones. Esto no tendría mucho sentido. Es por esto que la promoción de esta tendencia mediante el estímulo, como alternativa a su imposición enfocada a las grandes empresas, supone otorgar un tratamiento igualitario a empresas diligentes, sin importar su tamaño, activos o ingresos. En el fondo, el reconocimiento de estímulos a quienes implementen estos Programas, permitiría promover una cultura de gestión de riesgo generalizada y no sectorizada como ocurre actualmente. Considerando que Colombia es un país de pequeña y mediana empresa<sup>92</sup>, toda intervención regulatoria sobre el mercado debería incluir

---

<sup>89</sup> **Goldman, D. H.** (2018) *Bases para el análisis económico de los sistemas de compliance penal*. Revista IUS ET VERITAS, N°57, p.22, [https://www.researchgate.net/publication/332826616\\_Bases\\_para\\_el\\_analisis\\_economico\\_de\\_los\\_sistemas\\_de\\_compliance\\_penal](https://www.researchgate.net/publication/332826616_Bases_para_el_analisis_economico_de_los_sistemas_de_compliance_penal)

<sup>90</sup> **Aguilera Gordillo, R.** (2018) *Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance Program* [Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, UCOPRESS] Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/16714>

<sup>91</sup> **Posner, R.** (2007). *El análisis económico del Derecho*. Traducción de Eduardo Suárez. Editorial Fondo de Cultura Económica, p.260.

<sup>92</sup> Según datos de ACOPI, las MIYPMES representan alrededor del 96% del tejido empresarial en Colombia, aportan más del 40% al PIB y generan más de 17 millones de empleos. Al respecto, consultar: **Monterrosa, H.** (31 de agosto de 2019). *Mipymes representan 96% del tejido empresarial y aportan 40% al PIB*. La República. Recuperado de: <https://www.larepublica.co/economia/mipymes-representan-96-del-tejido-empresarial-y-aportan-40-al-pib-2903247>

a estos pequeños y medianos actores. A nuestro sentir, resulta desacertado imponer estos programas como obligación a quienes están en una mejor condición de invertir en ellos, en lugar de generar estímulos suficientes para aquellos que decidan hacerlo de forma espontánea, sin importar su tamaño.

A pesar de que han sido expuestos argumentos de peso en favor del reconocimiento de los Programas de Compliance como medios de Defensa Corporativa, también existen algunas voces críticas que deben ser consideradas como contrapeso.

Como primera medida, podría argumentarse que el régimen de responsabilidad administrativa aplicable en estos procesos ha sido caracterizado como de una *culpa presunta*, *culpa normativa* y que en todo caso tiende a la *responsabilidad objetiva*<sup>93</sup>. Bajo este supuesto, se confirma que el principio de culpabilidad en este ámbito se encuentra “matizado”<sup>94</sup>, toda vez que la transgresión de una norma de naturaleza policiva implica la presunción de una culpa o por lo menos de un actuar negligente del administrado<sup>95</sup>. Así pues, cualquier esfuerzo por probar diligencia o deber de cuidado que tenga por sustento la pre existencia de un Programa de Compliance sería en vano. Esto se explica por que la presunción de culpa difícilmente admite prueba en contrario en sede del proceso administrativo sancionatorio. En otras palabras, al ente de control le basta probar el hecho típico y antijurídico y es por esto que, en principio, no son de

<sup>93</sup> En los ordenamientos jurídicos occidentales la regla es la existencia de regímenes de responsabilidad subjetivos, siendo los casos de responsabilidad objetiva considerados como excepciones. Al respecto, será necesario tener en cuenta, por un lado, que la culpa puede ser probada de manera indiciaria y, por otro, que, tratándose de la violación de disposiciones normativas, se ha considerado que la violación de la norma es la prueba misma de la culpa. Existirá culpa normativa cuando el agente, independientemente de elemento psicológico, haya violado disposiciones normativas que le imponían deberes concretos. Esta definición es válida para la culpa contractual y para la extracontractual. **Tamayo Jaramillo, J.** (1999). *De la responsabilidad civil, t. i*, en Teoría General de la responsabilidad. Bogotá, Editorial Temis, p.203. Así mismo, se ha sugerido que todo desconocimiento de una regla explícita imperativa es en sí mismo ilícito y en consecuencia, culposo sin que sea necesario además una negligencia, una imprudencia, un defecto de cuidados o una deficiencia cualquiera del comportamiento del autor. La ley puede en efecto, al igual que el contrato, imponer deberes más o menos estrictos, los que van desde la simple obligación de emplear ciertos medios o de utilizar ciertas precauciones hasta la de obtener un resultado determinado cualquiera sean las circunstancias en las cuales se despliega la actividad contemplada” **Genevieve, V. y Jourdain, P.** (1982). *Traité de droit civil. Le conditions de la responsabilité*, Tomo IV, L.G.D.J, p. 41, citado por Tamayo Jaramillo (1999: 204).

<sup>94</sup> Así por ejemplo Nieto García (1994): “*En rigor, no hay necesidad ni lógica jurídica de aplicar al Derecho Administrativo sancionador materiales y principios procedentes del Derecho Penal, aunque ello es recomendable dada su mayor maduración dogmática. Ahora bien – continua- dicha aplicación (transitoria) debe hacerse de una forma matizada, lo que supone que no siempre y no todos los principios penales son aplicables, sin más, al ámbito de las infracciones administrativas (págs..159 y 166)*” **Nieto García, A.** (1994). *Derecho Administrativo sancionador*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, pp. 494.

<sup>95</sup> En este sentido Alessandri (1981) “*La apreciación de la conducta del autor del daño es innecesaria si éste proviene de la violación de una obligación determinada impuesta por la ley o una regla si hay lo que algunos denominan culpa contra la legalidad. (...) Cuando así ocurre, hay culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues ello significa que omitió las medidas de prudencia o precaución que una u otro estimó necesarias para evitar un daño*”. **Alessandri Rodríguez, A.** (1981) *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Editorial Jurídica de Chile Imprenta Universal p.175.

recibo descargos tendientes a probar una conducta diligente por parte de la empresa acusada. En otras palabras, el reconocimiento de estos Programas como prueba de una ausencia de culpa, resulta irrelevante a la luz del modelo de responsabilidad que hoy día irradia los procesos administrativo sancionatorios. Por esto podría argumentarse que la transposición de la lógica detrás del Compliance como medio de Defensa en sede de procesos penales, no tiene cabida en el régimen de la sanción administrativa actualmente imperante en Colombia. Ya volveremos sobre esta cuestión en líneas posteriores, reservándonos por el momento la posibilidad de diferir sobre este asunto en particular.

Por otro lado, se cuestiona el hecho de reconocer este tipo de beneficios a empresas que, incluso habiendo invertido en Compliance, permitieron la comisión de la infracción que finalmente llega a ser detectada por el ente de control. Primero, debe recordarse que no existe Programa infalible. Como fuera expuesto en la **Sección 1.1**, se trata de sistemas que buscan identificar y evaluar el riesgo inherente de las actividades para luego tratarlos y llegar a un *riesgo residual* después de su implementación. Sin embargo, la noción misma de riesgo residual, implica que los riesgos inherentes a la actividad empresarial nunca pueden llevarse a cero. Así las cosas, no pareciera apropiado reprochar un incumplimiento a aquellas empresas diligentes, incluso ante una eventual falla del sistema implementado. Por el contrario, si los Programas son considerados como idóneos a la luz de unos estándares pre establecidos<sup>96</sup>, lo más lógico sería otorgar un tratamiento diferenciado a las empresas que realicen esfuerzos por ajustarse a la norma.

Existe además una importante crítica formulada por el citado profesor Posner (2007) quien sugiere que *“si los esfuerzos corporativos por impedir la comisión de delitos por los empleados corporativos aumentan simultáneamente la probabilidad de que se descubran los delitos, y de que se persigan luego, la corporación podría optar por reducir sus esfuerzos preventivos”*<sup>97</sup>. A pesar de que esto pueda parecer ser a simple vista cierto, considérese que la empresa contemporánea se preocupa, no solo por los riesgos sancionatorios, sino también por los riesgos reputacionales. Así las cosas, para la empresa resulta preferible implementar unos programas que permitan la detección temprana de las infracciones, con la consecuente

---

<sup>96</sup> Sin duda, uno de los referentes mundiales para definir los estándares mínimos de los programas de cumplimiento es el Department Of Justice norteamericano. Para mayor detalle, consultar **U.S Department Of Justice Criminal Division** (Abril 2019) *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. Disponible en línea: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download> Al respecto también puede consultarse **Asociación Española de Compliance** (2017) *El libro blanco sobre la función de Compliance*. ASCOM, Madrid, pp. 51 Disponible en línea: <https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>

<sup>97</sup> **Posner, R.** (2007). *El análisis económico del Derecho*. Traducción de Eduardo Suárez. México DF: Fondo de Cultura Económica, p.673

posibilidad de proceder con una intervención y corrección oportuna. Ahora bien, si la conducta no pudiera evitarse y además esta fuera detectada por la empresa misma, siempre será preferible denunciar a los individuos implicados, para así proteger la imagen corporativa. Si bien estos Programas puedan poner en evidencia conductas ilícitas o incluso delictivas en el seno de la organización, siempre será mejor controlar las consecuencias “en casa” o, si es del caso, llevar a los verdaderos responsables ante las autoridades. Por esta razón, no se comparte la conclusión a la que llega el respetado autor. Por el contrario, si además de reconocer una exención o atenuación de responsabilidad a las empresas, se establece un sistema que permita la obtención de beneficios por poner a los individuos infractores a disposición de los entes de control, se obtendría un estímulo aún mayor que incentive aún más la cultura de gestión de riesgo preventivo.

Ahora bien, desde un punto de vista racional, podría igualmente argumentarse que permitir la exoneración o atenuación de las sanciones, implica reducir el *costo de la sanción* y por ende se estaría enviando un incentivo perverso para que se incumpla deliberadamente la norma. En efecto, algunos autores presentan situaciones hipotéticas en las cuales las empresas podrían llegar al extremo de implementar Programas aparentemente cumplidores que, en últimas, solo perfeccionarían sus procesos para lograr que las infracciones resulten indetectables. Por ejemplo el profesor Wils (2013) presenta un caso en el cual una empresa que obtenga notorios beneficios de la transgresión, podría incluso reclutar un Oficial de cumplimiento tan especializado que finalmente termine imposibilitando la detección de las conductas típicas por parte del ente de control y del Programa mismo<sup>98</sup>. A nuestro sentir, si bien existe algo de lógica detrás de este argumento, resultaría imposible legislar si se llevan siempre al extremo este tipo de presunciones de mala fe por parte del empresariado. Si bien el reconocimiento de estos Programas como medio de Defensa Corporativa conlleva a reducir el costo de la sanción, esto no podría automáticamente ser bajo ninguna circunstancia. Como veremos más adelante en la **Sección 4.2** ya se ha recorrido bastante camino en la definición de los estándares mínimos que deberían tener estos Programas para que se reconozcan al empresario los beneficios propuestos. Evidentemente, no bastaría con la simple existencia de tales Programas para que automáticamente se reduzcan los *costos de la sanción*. En relación con la exención o atenuación, en caso de haber adoptado y ejecutado con eficacia el Compliance antes de la comisión de la infracción “*no se refiere únicamente a haber redactado los modelos de prevención y control, sino*

---

<sup>98</sup> **Wils, Wouter P.J** (abril 2013) *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*. *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol.1, N°1.

*que debe existir una efectiva implantación de los mismos en la organización junto con unos requisitos de prueba que demuestren su efectivo cumplimiento y vigilancia especificando en qué momento y por qué mecanismos se lleva a cabo. Todo ello debe ser custodiado en un repositorio seguro y específico*<sup>99</sup>.

Una vez explorado brevemente los argumentos que soportan nuestra propuesta desde el punto de vista económico, lo propio es ahondar en argumentos igualmente favorables desde el la perspectiva netamente jurídica. Toda vez que hemos podido confirmar que la noción de Compliance se encuentra directamente asociada al contemporáneo concepto de culpabilidad empresarial, justo es dedicar algunas líneas a indagar sobre la noción de la culpabilidad en sede administrativa. Porque en últimas, la única forma de que nuestro propósito se sostenga bajo el estado de cosas actual, es repensando la forma en que viene aplicándose el principio de la culpabilidad y también revaluándose la dinámica detrás del régimen de responsabilidad que orienta los procesos administrativos sancionatorios. Como veremos en el siguiente capítulo, a pesar de que esto parezca un desafío inalcanzable, ciertas tendencias actuales del legislador parecen orientarse hacia el mismo camino que hemos decidido recorrer en la presente investigación.

### **Capítulo III: Discusiones sobre culpabilidad y el reconocimiento actual del Compliance como criterio de graduación de la sanción administrativa**

A todas luces, la responsabilidad que se atribuye a las empresas busca reforzar la responsabilidad individual que de antaño se ha reconocido en los administradores, delegados y miembros del ente colectivo. De hecho, la coexistencia de diferentes tipos de responsabilidad aplicables en el ámbito empresarial, atiende a la necesidad de estructurar una intervención estatal de carácter multidimensional.

Como de evidenció en líneas precedentes, pareciera que las empresas se encuentran funcional y económicamente en mejores condiciones de modular y controlar el comportamiento de sus agentes, así como en mejor posición de establecer la mejor forma de organizarse para

---

<sup>99</sup> **Rayón Ballesteros, M. C.** (2018) *Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso*. Anuario Jurídica y Económico Escorialense AJEE, N°51, pp. 197-222. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6332784>

ajustar sus actividades a derecho. Esto se reconoce como un *self-policing approach*<sup>100</sup>. Así mismo hemos mencionado que, por el momento, no es totalmente claro si el reproche a las personas jurídicas debe pasar por la vía de sanción penal o administrativa. En particular, compartimos la opinión de que las sanciones que actualmente se imponen a las personas jurídicas (*llámense penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas o consecuencias accesorias*) pertenecen a lo que “*el Tribunal Europeo de derechos humanos ha denominado Derecho Penal en sentido amplio; es decir, sanciones que por sus características afflictivas son materia penal, y le son de aplicación las garantías básicas del derecho penal*”<sup>101</sup>. De hecho, la doctrina publicista de antaño hacía referencia a un verdadero Derecho Penal Administrativo<sup>102</sup>. En otras palabras, sin importar la etiqueta que se asigne a las medidas represivas, todas ellas encarnan una manifestación del *ius puniendi*. Es por esto que debe garantizarse el respeto de ciertos pilares esenciales de la potestad sancionatoria estatal, lo cual pasa por establecer un criterio propio de culpabilidad empresarial que ciertamente podría basarse en el defecto de organización.

Si bien existen notorias diferencias entre las penas propiamente dichas y las sanciones administrativas, particularmente en cuanto a su finalidad, mecanismos de imputación y normas aplicables, en últimas existen principios comunes que no pueden obviarse. De hecho, es bastante sano volver con cierta frecuencia sobre dichos principios, sobre todo si se recuerda que para algunos autores como Goldschmidt (2010) la delimitación entre el derecho penal administrativo y el derecho penal criminal no es absoluta sino relativa y ello debe ser materia de regulación

<sup>100</sup> Ver al respecto: **Iwasaki, M.** (2020) *A model of Corporate Self-Policing and Self-Reporting*. International Review of Law and Economics, Vol.63, septiembre-2020, Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3449512](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449512); **Goldsmith, M. y King, C.** (1997) *Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance Programs*. Vanderbilt Law Review, Vol.50, N°1, enero-1997, pp.3-18. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vanlr50&div=18&id=&page=>

<sup>101</sup> **Nieto Marín, A.** (2008) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*. Nueva Doctrina Penal, N°1, p. 131. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740728>. En el mismo sentido **Ponce Barba, J.** (2015) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva de la legislación mexicana ¿sanción penal o medida administrativa?* [Tesis Doctoral, CEU Universidad San Pablo], p.20. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20170908\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20170908_03.pdf)

<sup>102</sup> De hecho el capítulo VIII de su obra se titula Derecho Penal Administrativo. Ver **Ossa Arbelaez, J.** (2000) *Derecho administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. 1ª edición, Editorial Legis S.A, pp. 700. También **Reyes Echandía, A.** (1986) *Derecho Penal-Parte General*. Decima Edición. Publicaciones universidad Externado de Colombia, p.128 “*el derecho penal administrativo es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre la administración pública y los sujetos subordinados y cuya violación trae como consecuencia una pena. La sanción prevista en el derecho penal administrativo se distingue de la del derecho penal ordinario o común por el órgano que la aplica: aquella es generalmente impuesta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público y ésta por funcionarios de la rama jurisdiccional*”; **Fernández Carrasquilla, J.** (1986) *Derecho Penal Fundamental*. Segunda edición, Vol.I, Ed. Temis, p.51 “*por tal debe entenderse el conjunto de normas jurídicas extrapenales de derecho público interno que, a violación de los intereses perceptivos, funcionales o sociales de la Administración, asocian una represión administrativa (pena en amplio sentido jurídico, pero no jurídico-criminal)*”.

legislativa “*siendo en últimas una cuestión de política criminal de cada Estado definir a quien le corresponde el área criminal propiamente dicha y a quien la administrativa o policiva*”<sup>103</sup>.

Lógicamente el presente análisis parte del presupuesto que en Colombia se ha optado hasta el momento por la responsabilidad empresarial de tipo administrativo. Por tal motivo, la propuesta que formularemos debe partir de los lineamientos y principios que le son actualmente aplicables al Derecho Administrativo Sancionador. De ninguna manera pretendemos cuestionar la comentada elección de Política Pública, toda vez que no proponemos ninguna apología ni mucho menos crítica política. Nuestro propósito consiste más bien en volver sobre los principios básicos que orientan el ejercicio sancionatorio en general, para concluir que en Colombia pareciera evidenciarse un desbalance sistémico en aquellos principios que orientan la sanción administrativa (**Sección 3.1**). Así mismo, se analizará el rol que tienen actualmente los Programas de Compliance frente a los distintos procesos administrativo sancionatorios en Colombia para delimitar el alcance de nuestra propuesta (**Sección 3.2**)

### **3.1 La matización del principio de culpabilidad en sede administrativa: ¿un camino sin retorno?**

De forma genérica se ha definido la sanción como “*una medida con un fin aflictivo, que no únicamente busca reponer las cosas a un estado anterior, sino que busca imponer un castigo, causar un nuevo mal a quien hubiera sido responsable de una conducta considerada punible*”<sup>104</sup>. Consecuentemente, se entiende que la conducta objeto de reproche debe primeramente existir (*por acción u omisión*), ser atribuible al sujeto a quien se imputa y afectar injustificadamente un bien jurídico.

Por regla general, todo ejercicio sancionatorio exige pues la constatación de un dolo, o por lo menos de una negligencia por parte del sujeto sancionado. Es justamente este el motivo por el cual los Estados modernos tienden a proscribir con cada vez mayor contundencia las

<sup>103</sup> **Goldschmidt, J.** (2010) *Derecho, Derecho penal y proceso. Problemas Fundamentales del Derecho*. Traducción al español, Editorial Marcial Pons, pp.883

<sup>104</sup> **Suay Rincón, J.** (1989) *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, pgs. 167 y ss. No debe confundirse el “contenido aflictivo”, que puede ser común a otras formas de reacción que prevé el ordenamiento jurídico ante una conducta ilícita, con el “fin aflictivo”, que es propio de las sanciones. Al respecto, por ejemplo, Manuel Rebollo Puig, “Derecho penal y derecho administrativo sancionador...”, óp. cit., p. 317; y “El contenido de las sanciones”, *Revista Justicia Administrativa*, número extraordinario, Valladolid: Lex Nova, 2001, pp. 155 y ss. La importancia del “fin aflictivo” en las sanciones fue puesta de relieve tiempo atrás por Sebastián Martín Retortillo, “Multas administrativas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 79, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1976, p. 10.

situaciones de *responsabilidad objetiva*. En teoría, se limita este tipo de responsabilidad a circunstancias en extremo residuales, siendo necesaria la constatación de una conducta *típica, antijurídica y culpable* para sancionar, sea cual sea la naturaleza de la sanción impuesta.

Ya un sinnúmero de autores ha establecido con suficiencia las diferencias que existen entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador. Por ejemplo, Cueto Pérez (2008) afirma que “*el derecho administrativo sancionador trata de proteger el cumplimiento del ordenamiento jurídico en aras del interés general que legitima la actuación administrativa, por ello cumple con una clara función preventiva, sin que exista ningún interés en el reproche moral al individuo*”<sup>105</sup>. También se afirma con bastante lucidez que “*el delito administrativo no es un delito de daño, sino un delito de auxilio frustrado: la falta al deber de colaborar con la administración, o sea al bien social*”<sup>106</sup>. Así pues, desde el derecho Penal Administrativo se entiende la sanción como la consecuencia derivada de la inobservancia de una norma administrativa. Sin embargo, por definición de principio la sanción administrativa parte del supuesto que el administrado faltó a su *deber de colaborar con la administración*, algo que no es totalmente cierto si el empresario realizó esfuerzos comprobados por colaborar mediante la implementación de Compliance Programs.

Como se ha dicho, el Compliance supone un verdadero traslado de *costos disuasivos* que ubica a los particulares en el epicentro de la función preventiva. De hecho, ya pudo evidenciarse cómo la lógica económica detrás de estos modelos de gestión, atiende a una necesidad estatal de delegar funciones regulatorias. Así pues, aún si ocurre una transgresión de la norma administrativa después de haber implementado un sistema de gestión de riesgos, no resulta proporcionado sancionar por igual al sujeto que colabora con la administración y al que no. Antes de ahondar sobre dicha posibilidad, conviene por lo menos esbozar los argumentos que enmarcan la discusión sobre el principio de culpabilidad en sede del Derecho Administrativo Sancionador.

---

<sup>105</sup> **Cueto Pérez, M.** (2008). *Los principios de la potestad sancionadora de la Administración pública. Tipicidad y responsabilidad*, Documentación Administrativa, n.º 280-281, Inap, pp. 95-117. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principios-potestad-sancionadora-tipicidad-331674242> En el mismo sentido, **Del Teso, A.** (1996) *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, 1996, pp. 41 y ss. Más recientemente, de la misma autora, “Principio de culpabilidad. Definición y aplicación a las personas físicas”, en Diccionario de sanciones administrativas, Madrid: Iustel, 2010, pp. 705-706.

<sup>106</sup> **Villegas Basavilbaso, B.** (1949) *Derecho Administrativo*. Tipográfica Editora Argentina, Citado en **Pinzón, J. y Carrillo, F.** (1985) *Sector Financiero y delincuencia económica*. Ed. Temis, Bogotá, p.300

Indudablemente, existen diferencias entre el ámbito penal y administrativo que la doctrina cataloga como “*matizaciones de principios*”<sup>107</sup>. El reflejo más evidente de dicha matización es que en el proceso Administrativo Sancionador no se exige prueba de dolo o culpa, como en efecto sucede en el proceso penal por regla general. Así pues, se ha ido reconociendo progresivamente que el principio rector de la *culpabilidad* tiene un tratamiento distinto en ambas ramas de la ciencia jurídica. Sin embargo, matizar o dar un tratamiento distinto a un principio no significa obviar o prescindir del mismo. *¿Hasta dónde las matizaciones en la aplicación de los principios generales del ius puniendi pueden derivar en su negación absoluta?*

Cuando se acude a la vía administrativa para sancionar a las personas jurídicas, no puede olvidarse que en últimas se trata de la imposición de un verdadero castigo. Como tal, deben respetarse de forma imperativa los postulados que integran el ejercicio de la potestad sancionatoria desde su concepción unitaria. A diferencia del Derecho Penal, donde la regla general es que resulta exigible el dolo o la culpa para poder sancionar, se acepta que en el *Administrativo Sancionador resulta suficiente la culpa, pero en todo caso resulta indispensable*<sup>108</sup>. Por otro lado, ya se ha dicho que existe culpa o negligencia “*cuando se produzca el resultado no querido por la norma o se realice la conducta generadora del riesgo, pese a que el sujeto pudo y debió evitarlo, observando y cumpliendo una norma que imponía un deber de cuidado*”<sup>109</sup>.

Justamente es sobre este punto que evidenciamos que existe hoy día un desbalance en la fórmula represiva elegida por el legislador colombiano: salvo las contadas excepciones, actualmente no se reconoce ningún beneficio a aquellas empresas que de forma espontánea o por obligación legal hayan implementado Programas de Compliance. En otras palabras, resulta actualmente inviable alegar *debida diligencia y ausencia de culpa* mediante la prueba de una implementación *ex ante* de Compliance Corporativo. Básicamente esto se explica porque, en sede administrativa, se ha permitido una matización del principio cardinal de *culpabilidad*

<sup>107</sup> **Baca Oneto, V.S.** (2019) *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial referencia al derecho peruano*, Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N.º 21, 2019, pp. 313-344. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.13>

<sup>108</sup> **Baca Oneto, V. S.** (2019) *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano*. Revista Digital de Derecho Administrativo. N°21, pp.313-344. Disponible en: <https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708>

<sup>109</sup> Véase, **Gallardo Castillo, M.J** (2008) *Los principios de la potestad sancionadora administrativa. Teoría y práctica*, Editorial Lustel, pp.336. De acuerdo a esta autora, existirá culpa cuando se vulnere un deber objetivo de cuidado y, además, exista una inobservancia del deber de cuidado, subjetivamente considerado, para lo cual deben incorporarse dos requisitos alternativos, de modo que al menos uno debe estar presente: a) que el peligro sea previsible para el individuo en particular; o b) que al sujeto le sea normativamente exigible su conocimiento (pp. 165 y ss.).

*¿Bastaría entonces con tipificar la conducta anti normativa para sancionar a las empresas colombianas?*

Al respecto, las posiciones doctrinales no han sido pacíficas. Por un lado, “*algunos autores tienden a concluir que en Derecho Administrativo sancionador no rigen los principios de personalidad y de culpabilidad o, por lo menos, que tienen una enorme excepción respecto a las personas jurídicas (...) Como mínimo ante estas, el Derecho Administrativo sancionador se rige por un sistema de responsabilidad puramente objetiva*”<sup>110</sup>. Desde una postura diametralmente opuesta, se encuentran aquellos que opinan que resulta desproporcionado censurar a una empresa por el incumplimiento de una norma o por un defecto organizativo cuando se dotó a la misma de un Compliance serio *ex ante*, concluyendo que “*no tiene sentido preventivo alguno que, si un sujeto ha agotado todos los medios a su alcance para impedir la comisión de tales hechos, pese a ellos se le sancione. Se trataría de un inaceptable e inconstitucional supuesto de responsabilidad objetiva*”<sup>111</sup>. En particular, adherimos esta última opinión, toda vez que se ajusta a los mandatos constitucionales vigentes como explicaremos.

Aparentemente, uno de los elementos que son objeto de controversia en el ámbito de la responsabilidad de las empresas es el dilema sobre el elemento culpabilidad. Para tratar de suplir los vacíos que originan esta controversia, conviene volver sobre algunas propuestas que la doctrina penal ha venido desarrollando como fundamentos de una verdadera *Culpabilidad Empresarial*<sup>112</sup>. En últimas, consideramos que la matización del principio de culpabilidad en sede administrativa no puede entenderse como la aceptación expresa de un régimen genérico de responsabilidad objetiva. Sobre este punto conviene reiterar que dicha responsabilidad en materia sancionatoria está constitucionalmente proscrita y por ende no se reconoce su

---

<sup>110</sup> **Rebollo Puig, M.** (2016) *Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores*. Revista IUS ET VERITAS, N°53, diciembre 2016, pgs. 220-245. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6083523>. Sobre todo, se ha insistido en la falta de culpabilidad. Y ello, ya no solo por la doctrina penal clásica, sino por los administrativistas. Véase **Nieto Garcia, A.** (2012) *Derecho Administrativo sancionador*, 5ª ed. (Madrid: Tecnos, pp. 391 y siguientes; y, sobre todo, 401-3 y 428, donde simplemente afirma que a las personas jurídicas no se les exige culpabilidad y que ello está “*fuera de duda*”. Para **Parada Vásquez, R.** (2019) *Derecho Administrativo, II, Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 22ª edición, Editorial Open, pgs.398-399, la responsabilidad de las personas jurídicas es “*una excepción al principio de la necesidad del elemento de culpabilidad*”. Asimismo, véase **Pemán Gavín, J. M.** (2000) *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones administrativas*, Editorial Cedecs, pgs. 363-364.

<sup>111</sup> **Gómez Tomillo, M.** (2017) *La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento*, Revista de Administración Pública, N°203, mayo-agosto 2017, pgs. 57-88.. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.02>

<sup>112</sup> **Gómez-Jara Díez, C.** (2011) *Fundamentos Modernos de la Culpabilidad Empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 1ª Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, pp.393

aplicación, salvo expreso mandato normativo como ocurre por ejemplo en los regímenes Cambiario<sup>113</sup> o en ciertos ámbitos de la actividad financiera.

Múltiples han sido los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, amparando principios como el de *tipicidad, legalidad, celeridad, eficacia, favorabilidad, igualdad o prevalencia del interés general*<sup>114</sup>. Tampoco son pocos aquellos que reiteran otros principios de obligatoria garantía en sede sancionatoria como la *proporcionalidad, el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y la culpabilidad*<sup>115</sup>. Si bien es cierto que el Consejo de Estado<sup>116</sup> ha llegado a admitir la criticada tendencia de matizar el principio de la culpabilidad en ciertos procesos administrativo sancionatorios, indudablemente dicho principio se encuentra ligado de forma ineludible a otros han sido objeto de protección manifiesta como el de *proporcionalidad, debido proceso y derecho a la defensa*. No está de más recordar que todos estos principios han sido aplicados y reconocidos de forma unitaria y genérica como pilares de todo ejercicio sancionatorio. Incluso si se aceptan matices, todos ellos ameritan especial protección, sobre todo en contextos políticos y culturales particulares como el colombiano.

Por su relevancia frente al presente análisis, considérese por ejemplo lo que ha dispuesto la Honorable Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-690 de 1996:

---

<sup>113</sup> Según el Artículo 24 del Decreto 1092 de 1996, se establece que en materia cambiaria opera excepcionalmente el régimen de responsabilidad objetiva. Esta disposición cuenta con aval de constitucionalidad mediante Sentencia C-599 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz, reiterada por la Sentencia C-506 de 2002, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: *En efecto, la Corte ha admitido, de manera excepcional y en virtud de los derechos a la libertad y a la dignidad humana, la responsabilidad objetiva en el algunos campos del derecho administrativo sancionador, cuya exequibilidad debe ser objeto de estudio por parte de esta Corporación en cada caso de acuerdo con las características propias de la norma que se juzga. Por ejemplo, en un fallo reciente se reiteró que "establecer por vía de la regulación legal correspondiente, que las infracciones cambiarias no admiten la exclusión de la responsabilidad por ausencia de culpabilidad o de imputabilidad del infractor, o lo que es lo mismo, señalar que la responsabilidad por la comisión de la infracción cambiaria es de índole objetiva [...] no desconoce ninguna norma constitucional"*

<sup>114</sup> Sobre tipicidad, ver Sentencias T-350/98, C-280/96 Corte Constitucional de Colombia. Sobre legalidad ver Sentencias C-537/95, C-037/96, T-301/96. Sobre celeridad ver Sentencias T-162/97, T-141/96, T-566/98, T-325/98. Sobre eficacia ver Setnencias T-715/96, T-068/98, C-572/97. Sobre favorabilidad T-465/98, T-438/92, SU.637/96, C-481/98. Sobre igualdad ver Sentencias C-407/97, T-387/98, C-102/96, C-183/98, C-386/96. Sobre prevalencia del interés general ver Sentencias C-542/93, C-489/95 Corte Constitucional de Colombia.

<sup>115</sup> Sobre proporcionalidad ver Sentencias C.285/95, T-254/94 Corte Constitucional de Colombia. Sobre derecho a la defensa ver Sentencias T-433/98, C-432/96, SU-620/96, T-417/98. Sobre culpabilidad ver Sentencias C-310/97, C-626/96, C-690/96, C-239/97 y C.285/97 Corte Constitucional de Colombia.

<sup>116</sup> Sentencia del 11 de octubre de 1993, Consejo de Estado.. Sección Cuarta M.P Delio Gómez Exp. N°4747 *"Tampoco exonera de la imposición de la sanción la falta de culpa, el error excusable de buena fe, ni la ausencia de dolo, alegados por la demanda, porque (...) tratándose de contravenciones administrativas, la responsabilidad es de carácter meramente objetiva, y resulta de la simple transgresión de la norma"*. En igual sentido las Sentencias del 28 de febrero de 1992, Consejo de Estado, M.P Consuelo Sarria Exp. N°3622; Sentencia del 16 de octubre de 1990, Consejo de Estado, M-P Jaime Abella, Exp.N°2057, entre otras.

*“Las actuaciones administrativas sancionatorias deben regirse bajo los parámetros del debido proceso, por consiguiente, las garantías individuales mínimas que de este derecho se derivan deben aplicarse en el ámbito del poder tributario. Por ello la infracción administrativa tributaria requiere de la tipificación legal preexistente al acto que se imputa, de la manifestación clara de la antijuricidad del hecho y de la imputabilidad de la conducta. **Igualmente, en materia penal, y en general en el campo sancionatorio, la Corte ha reconocido también, que el debido proceso implica la proscripción de la responsabilidad objetiva, toda vez que aquella es "incompatible con el principio de la dignidad humana" y con el principio de culpabilidad acogido por la Carta**”.* *(negrilla fuera del texto original)*<sup>117</sup>.

De hecho, mediante sentencia C-320 de 1998 la Honorable Corte Constitucional acogió los argumentos que sustentaron la demanda de inconstitucionalidad de una norma que incluía una sanción cuyo destinatario eran las personas jurídicas. Básicamente, el fundamento de su decisión radicó en el hecho de que esta norma pretendía reconocer un supuesto de responsabilidad objetiva en materia sancionatoria, lo cual controvertía los principios esenciales del *ius puniendi*:

***“No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad. Justamente, la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de***

---

<sup>117</sup> Sentencia C-690 de 1996, Corte Constitucional de Colombia, M.P Alejandro Martinez Caballero. También incluye importantes precisiones al respecto: *“La sanción administrativa que se impone a quien incumple el deber constitucional de tributar goza de ciertas prerrogativas en beneficio de la administración, toda vez que esa facultad es un instrumento que permite la realización de la naturaleza misma del Estado, de tal forma que los derechos y garantías de los ciudadanos se atenúan o matizan en relación con las garantías máximas del derecho penal. Una vez probado por la administración que la persona fácticamente no ha presentado su declaración fiscal, entonces es admisible la ley presuma que la actuación ha sido culpable, esto es, dolosa o negligente. Lo anterior no implica una negación de la presunción de inocencia, la cual sería inconstitucional, pero constituye una disminución de la actividad probatoria exigida al Estado, pues ante la evidencia del incumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria, la administración ya tiene la prueba que hace razonable presumir la culpabilidad del contribuyente. Sin embargo, el principio de culpabilidad quedaría anulado con grave afectación del debido proceso administrativo, y principalmente del derecho a ser oído, si no se le permite al contribuyente presentar elementos de descargo que demuestren que su conducta no ha sido culpable, por ejemplo, por cuanto no le era posible presentar personalmente la declaración por haberse encontrado secuestrado en ese tiempo, por lo cual ésta fue presentada por un agente oficioso. Estos descargos no son entonces simples negativas de la evidencia, sino pruebas certeras que demuestran el advenimiento de hechos ajenos a la culpa de la persona obligada a declarar, las cuales deben ser tomadas en consideración por la Administración, resulta contrario al debido proceso, a la dignidad humana y a la equidad y justicia tributarias sancionar a la persona por el sólo hecho de incumplir el deber de presentar la declaración fiscal, cuando la propia persona ha demostrado que el incumplimiento no le es imputable sino que es consecuencia de un caso fortuito o una fuerza mayor.*

*acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la "responsabilidad objetiva", la cual en cambio sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil". (negrilla fuera del texto original)<sup>118</sup>*

Aparentemente, mientras la Corte Constitucional declara, sin reservas, la plena aplicación del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, por su parte la postura del Consejo de Estado muestra franca renuencia a reconocer la importancia de dicho principio en sede administrativa. Esta compleja situación evidencia un “choque de trenes” que por lo menos obliga una vez más a recorrer y tratar de deconstruir aquella delgada línea que separa los principios aplicables al derecho penal y al derecho administrativo sancionador. Lo cierto del caso es que *“la posición contemporánea apunta a la proscripción de la responsabilidad objetiva y dentro de ese marco conceptual se ha venido ilustrando la tendencia de los autores, profesores y publicistas que ensayan en sus escritos los más diversos argumentos”*<sup>119</sup>. Es precisamente desde esta tendencia que proyectamos nuestro propósito.

Volviendo a nuestra línea argumentativa, conviene mencionar que la doctrina penal ha logrado ya establecer con cierto éxito unos fundamentos teóricos aplicables a la culpabilidad en el ámbito empresarial<sup>120</sup>. Resultaría de gran relevancia extrapolar dicha discusión al escenario del Derecho Administrativo Sancionador, tratando de generar un desarrollo teórico autónomo. Si lo que se quiere es salvaguardar el núcleo esencial de los procesos sancionatorios, debería comenzarse por retomar la premisa de cualquier ejercicio represivo, esto es, la culpabilidad del sujeto sancionado. En lugar de perpetuar la defensa arcaica de una matización de principios que peligrosamente se acerca a la desatención de los mismos, convendría estructurar una teoría propia de *culpa administrativa* dirigida al ámbito empresarial. Esto podría lograrse acudiendo a la fuente natural por excelencia del derecho administrativo sancionador, recordando que *“históricamente, lo normal ha sido la influencia del derecho penal sobre el derecho administrativo*

<sup>118</sup> Sentencia C-320 de 1998, Corte Constitucional de Colombia, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>119</sup> **Ossa Arbelaez, J.** (2000) *Derecho administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. 1ª edición, Editorial Legis S.A, p.395.

<sup>120</sup> Por ejemplo la doctrina de la Culpabilidad por Defecto de organización propuesta por Klaus Tiedemann que actualmente ha sido transplantada a la doctrina penal, fue propuesta bajo los lineamientos del ordenamiento jurídico alemán, en donde tiene aplicación en el ámbito administrativo. De hecho se trata de una construcción que fue concebida para ordenamientos que aplican la sanción administrativa y no penal a las empresas. Ver **Tiedemann, Klaus** (1988) *Die “Bebüssung” von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bek.mpfung der Wirtschaftskriminalit.t.*, *NJW*, 41, p.g. 1172; sobre el desarrollo que efectúa su disc.pulo M. Brender (1989: particularmente 105 y ss.).

*sancionador, ante la evidencia de su común origen histórico y su más que probable unidad esencial*<sup>121</sup>.

Así como la doctrina Penal ha podido generar alternativas que permiten esclarecer las múltiples dudas que subyacen sobre el tema de la responsabilidad penal colectiva, podría trasladarse esta discusión al escenario del derecho administrativo. En todo caso, habría que “*darle a la culpabilidad una orientación administrativa sin caer en el peligrosismo de las desviaciones especulativas de índole criminal*”<sup>122</sup>, y esto partiendo de la innegable necesidad de una doctrina propia y de un diseño teórico autónomo. Solo así podrá sobrepassarse el apego a los viejos moldes de la objetividad sancionatoria y sobre todo de la concepción de la culpabilidad como aquel elemento extraño que representa un engendro en el *jus puniendi* de la Administración (Ossa Arbeláez, 2000).

Optar por una vía sancionatoria en la cual tiende a obviarse el elemento culpabilidad, parece cuando menos una decisión que opera en detrimento de los sujetos sancionados y en el contexto particular, en detrimento de los empresarios. Tal parece que las respuestas a la cuestión sobre la culpabilidad empresarial podrían encontrarse actualmente en aquella rama del Derecho que se ha descartado por considerarse paquidérmica e incapaz de asumir los desafíos del mercado y las corporaciones modernas. Sobre este asunto particular, mientras que la doctrina penal propone avances significativos, algunos autores son categóricos al afirmar que “*las doctrinas que en el derecho sancionatorio administrativo especulan sobre la culpabilidad no han arrancado aún*”<sup>123</sup>. Definitivamente este silencio frente al principio de culpabilidad en sede del Derecho Administrativo Sancionador justifica en gran medida el precario desarrollo que ha tenido la Defensa Corporativa en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios en Colombia. Por cuestión de igualdad de armas y garantías procesales de los administrados, conviene evaluar propuestas en este sentido.

Prescindir de la culpabilidad en procesos sancionatorios, sea cual sea su naturaleza, implica aceptar que las sanciones tienen por único fundamento la prevención de las infracciones.

---

<sup>121</sup> **Gómez Tomillo, M.** (2017) *La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento*. Revista de Administración Pública, 203, 2017, p.60. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.02>

<sup>122</sup> **Ossa Arbeláez, J.** (2000) *Derecho administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. 1ª edición, Editorial Legis S.A, p.387

<sup>123</sup> **Ossa Arbeláez, J.** (2000) *Derecho administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. 1ª edición, Editorial Legis S.A, p.388

Al respecto, también se ha expuesto que lo que busca el Derecho Polícivo es la disuasión y el respeto del ordenamiento, en lugar de realizar juicios morales de reproche. Sin embargo, el principio de la culpabilidad se encuentra ligado de forma ineludible a importantes instituciones jurídicas como la *proporcionalidad de las sanciones, el derecho a la defensa y el debido proceso*. Más que un principio meramente declarativo, la culpabilidad tiene categoría de norma positiva y como tal impregna de contenido obligacional todo el espectro sancionatorio del Estado. *¿Cómo graduar de manera efectiva las sanciones sin establecer previamente un grado de culpa?* Pareciera que los criterios de graduación de sanción en materia empresarial atienden más a la naturaleza de los sujetos administrados, a sus ingresos y a la condición de las empresas, y no tanto al grado de atención o desatención de los mandatos legales<sup>124</sup>. *¿Cómo garantizar el derecho a la defensa si no se admite una Defensa Corporativa efectiva basada en la debida diligencia o Due Diligence Defense?* En nuestro criterio, la garantía de dicho principio debería pasar necesariamente por el reconocimiento de medios de prueba que permitan demostrar una debida diligencia o ausencia de culpa ante la acusación del ente administrativo. Por eso esta propuesta, implica antes que nada volver sobre una cuestión de principios.

Claramente, admitir un modelo sancionatorio que tenga por fundamento la responsabilidad objetiva cierra de golpe la posibilidad de materializar la posibilidad que contemplamos en la parte propositiva de este análisis. Sin embargo, hemos podido evidenciar que, a pesar de que la tendencia de avalar un régimen que se inclina hacia la objetividad, existe argumentos constitucionales, normativos y teóricos de peso que permiten cuestionar dicho *status quo*. En palabras de una autoridad en materia de derecho administrativo sancionador *“no parece adecuado a la tendencia moderna invertir la regla, imponiendo como conducta general, la sanción por la culpa objetiva y solo excepcionalmente introduciendo la responsabilidad subjetiva”*<sup>125</sup> (Ossa Arbeláez, 2000) Es por eso que vale la pena aunar esfuerzos en este sentido, siendo este apenas una aproximación tangencial a un problema de fondo.

También debemos mencionar que los fundamentos teóricos de la culpabilidad empresarial reposan sobre novedosas instituciones como la debida organización corporativa y los modelos de gestión de riesgo. En lo consecutivo, analizaremos el reconocimiento que

---

<sup>124</sup> Así por ejemplo en tratándose de infracciones al régimen de competencia (Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009, artículo 25) se incluye como criterio de graduación de la sanción administrativa la “6. *La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción. 7. El Patrimonio del infractor.*”

<sup>125</sup> **Ossa Arbeláez, J.** (2000) *Derecho administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. 1ª edición, Editorial Legis S.A, p.395

actualmente se ha dado a los Programas de Compliance como criterio de graduación de la sanción administrativa. Esto, por supuesto, bajo el amparo de principios cardinales en materia sancionatoria como el de culpabilidad y proporcionalidad de la sanción.

### **3.2 La posibilidad manifiesta de reconocer la implementación de Compliance como criterio de graduación de sanciones administrativas**

Por disposición expresa del legislador colombiano, los procesos administrativos sancionatorios se encuentran disciplinados en normas y regímenes especiales. En la actualidad, casi todos los entes de control (Superintendencias, DIAN, ente otros) cuentan un régimen propio. Sin embargo, ocurre con cierta frecuencia que la norma especial remita de forma expresa a las disposiciones generales sobre la materia y que se encuentran condensadas en el Artículo 47 y ss. del CPACA (*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*). En todo caso, lo cierto es que existen unos lineamientos básicos que rigen de forma genérica este tipo de procesos.

Antes de establecer la viabilidad de reconocer al Compliance como circunstancia atenuante y, excepcionalmente como causa eximente de responsabilidad, conviene hacer algunas aclaraciones previas. Esto permitirá delimitar mejor el alcance de la postura defendida en la presente investigación.

En primer lugar, mencionaremos que solo de forma excepcional se avala legal y jurisprudencialmente la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva en el marco del derecho administrativo sancionador. El ejemplo más emblemático de este tipo de excepción sería el Régimen Cambiario (Art.24 Decreto 1092 de 1996). Por esta circunstancia, la aplicación de nuestra propuesta quedaría excluida de tajo en materia de infracciones al régimen de cambios.

Ahora bien, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en varios pronunciamientos, el aval que se ha reconocido a este tipo de responsabilidad tiene un carácter excepcionalísimo. Tanto así que se ha establecido de forma reiterada que *“los principios del derecho penal –como forma paradigmática de control de la potestad punitiva– se aplican, con ciertos matices, a toda las formas de actividad sancionadora del Estado”*<sup>126</sup>, llegando incluso al punto de confirmar que,

---

<sup>126</sup> Sentencia C-616 de 2002, Corte Constitucional de Colombia, M.P Manuel José Cepeda. Al respecto pueden consultarse también las sentencias C-599 de 1992, C-390 de 1993, C-259 de 1995, C-244 de 1996, entre otras.

en un tema que toca las más profundas fibras del orden económico y social como es el de la tributación, *“la Corte considera que resulta desproporcionado y violatorio de los principios de equidad y justicia tributarios la consagración de una responsabilidad sin culpa en este campo, por lo cual considera que en este ámbito opera el principio de nulla poena sine culpa como elemento integrante del debido proceso que regula la función punitiva del Estado”*<sup>127</sup>. En otras palabras, se entiende que los procesos administrativo sancionatorios deben atender, por regla general y a pesar de sus matices, aquellos principios que se han considerado históricamente como orientadores del *ius puniendi*. Esta salvedad resulta fundamental para proceder con nuestro ejercicio analítico, veamos.

Según disposición expresa del CPACA:

*Artículo 3. PRINCIPIOS: **Todas las autoridades** deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos **a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política**, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

*Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*

Así mismo, el artículo 47 del CPACA, establece que los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio que no estén regulados por leyes especiales se sujetarán a las disposiciones generales del mismo código<sup>128</sup>. En síntesis, se entiende que, por mandato expreso del legislador, los principios que se asocian vía mandato constitucional a la potestad estatal sancionatoria, se aplican igualmente a los procedimientos administrativo sancionatorios por sustracción de materia.

Ya en líneas anteriores pudimos exponer brevemente la discusión en cuanto a la aplicación del principio de culpabilidad en sede administrativa. En nuestra opinión, cualquier proceso judicial o administrativo que tenga por finalidad la imposición de una sanción, debería

<sup>127</sup> Sentencia C-690 de 1996, Corte Constitucional de Colombia, Alejandro Martínez Caballero

<sup>128</sup> CPACA, *Artículo 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO: Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio **no regulados por leyes especiales** o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.*

tener por fundamento el elemento culpabilidad del procesado o del administrado. A pesar de la innegable matización de la culpabilidad en sede administrativa, el establecimiento de regímenes de *responsabilidad objetiva* o *culpa probada* debe ser expresamente contemplado por el legislador como una excepción a la norma general. De lo contrario, puede inferirse que, en los casos en que la ley no contemple dicha posibilidad, el elemento de la *culpabilidad* tiene que ocupar un rol preponderante en la motivación del acto administrativo que dispone finalmente sobre la sanción.

En particular, es posible evidenciar que, en algunos de los regímenes sancionatorios que resultan relevantes para el presente análisis, por lo menos se ha previsto ya incluir la gestión de riesgo preventivo como un criterio de graduación de la sanción. Es por ejemplo el caso del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el cual se reconoce “*el grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes*”<sup>129</sup> como criterio de minoración de la sanción. De hecho, este tipo de disposiciones especiales, derivan del mandato genérico del Artículo 50 numeral 6° del CPACA<sup>130</sup> que ya incluía este mandato imperativo. Otro ejemplo de este reconocimiento expreso se encuentra en el Estatuto Colombiano de Protección del Consumidor, donde se enumeran unos criterios específicos de graduación de las sanciones, incluyendo taxativamente el *grado de prudencia y diligencia* del empresario vendedor o productor. En el mismo sentido se orienta el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero al contemplar disposición similar en su artículo 208, numeral 2, literal e). También se reconoce esta posibilidad en artículo 7 numeral 7 de la Ley 1778 de 2016 en la norma referente en materia de Soborno Transnacional<sup>131</sup>.

Lo anterior pone en evidencia que, en varios regímenes sancionatorios especiales, se reproduce o en todo caso se acoge el mandato genérico que contiene el citado artículo 47 CPACA. Hasta cierto punto esto puede interpretarse como un mandato que opera de forma general para todos los procesos administrativos sancionatorios y no solo para algunos específicos, lo cual permite confirmar nuestra postura: no solo la responsabilidad objetiva esta

---

<sup>129</sup> Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Art.208, numeral 2° literal e)

<sup>130</sup> CPACA, Artículo 50. GRADUACION DE LAS SANCIONES: Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables: (...) 6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.

<sup>131</sup> Artículo 7 numeral 7 de la Ley 1778 de 2016 sobre soborno transnacional. Dicha normativa dispone expresamente que “(...) 7. La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el Artículo 23 de esta Ley” será considerada al momento de graduar la sanción.

proscrita por regla general, sino que ya el ordenamiento reconoce la diligencia y atención a los mandatos legales como criterio de minoración de sanciones administrativas.

Ya expusimos previamente los motivos por los cuales consideramos que la implementación de Compliance puede entenderse como una manifestación de *prudencia* y *diligencia* del administrador y de la empresa misma (**Sección 1.2**). Como se ha dicho, el Compliance legal busca fomentar y propiciar la atención de mandatos normativos (**Sección 1.1**), así como velar por la debida aplicación de las normas en el ejercicio de la actividad empresarial. Así las cosas, evidenciamos que la prueba de implementación *ex ante* de Programas de Compliance, puede actualmente servir como un argumento de Defensa Corporativo que por lo menos sirva para obtener una minoración de la sanción prevista. En todo caso, si se llegara a desconocer este elemento por parte del ente sancionador, podría eventualmente alegarse la desatención al principio de proporcionalidad de la sanción e incluso recurrirse el acto administrativo que contenga la sanción por indebida motivación.

Ahora bien, existen regímenes especiales en los cuales no se contempla expresamente el grado de prudencia y diligencia como criterio de graduación de la sanción administrativa. Es particularmente el caso del régimen colombiano de libre competencia<sup>132</sup>. Por el contrario, existen otros como el régimen de protección de Datos Personales, en los cuales se empieza a integrar la lógica. En efecto, en el régimen sancionatorio asociado a los Datos Personales rige el principio de *responsabilidad demostrada* como máxima. Este concepto se asemeja mucho a los de responsabilidad objetiva, cuasi objetiva o de culpa presunta. A pesar de ello, tanto el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 (Artículo 2.2.2.25.6.2<sup>133</sup>) como en los más recientes

---

<sup>132</sup> Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009, artículo 25: “Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación ya cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150 % de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado; 2. La dimensión del mercado afectado; 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta; 4. El grado de participación del implicado; 5. La conducta procesal de los investigados; 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción. 7. El Patrimonio del infractor. Parágrafo. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción: La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción”.

<sup>133</sup> Decreto Unico Reglamentario 1074 de 2015 “Artículo 2.2.2.25.6.2 (...) La verificación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de la existencia de medidas y políticas específicas para el manejo adecuado

pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio, se ha reconocido una disminución de la sanción cuando el responsable demuestre haber implementado previamente un Programa Integral de Gestión de Datos Personales (PIGDP) que en todo caso siga los lineamientos pre establecidos en la *Guía Accountability* de la misma entidad<sup>134</sup>. Entre otras cosas, esto pone una vez más en evidencia la asimilación del fenómeno de la *autorregulación regulada* por parte del legislador colombiano.

Por lo visto, el ordenamiento analizado no ha sido del todo ajeno a la lógica de otorgar incentivos a aquellos que hagan esfuerzos por cumplir. Sin embargo, queda aún mucho camino por recorrer. En nuestra opinión, no existe motivo suficiente que permita justificar la inclusión del mencionado criterio en algunos regímenes administrativos mientras que en otros no. Sin entrar en mayores detalles, queda la sensación de que se despliega un ejercicio sancionatorio aparentemente laxo en ciertos ámbitos regulatorios, mientras que en otros se es mucho más severo. Porque en últimas, las empresas que infrinjan disposiciones en materia de consumo o datos personales, podrían eventualmente obtener una sanción menor si prueban debida diligencia, cosa que no podrían hacer aquellas empresas que infrinjan, por ejemplo, el régimen de libre competencia. Ahora bien, recordemos que las empresas obligadas a implementar este tipo de programas se consideran actualmente como empresas grandes. Sin duda, esto además implica que, por ahora, el beneficio se estaría reconociendo únicamente a unos pocos actores del mercado. De hecho, convendría ahondar sobre esta problemática mediante un análisis complementario. A nuestro sentir, los criterio de graduación de sanción son aplicables a todos los regímenes administrativo sancionatorios por igual, salvo en los casos en que abiertamente se reconoce y avala el recurso a un régimen de responsabilidad objetiva como por ejemplo en materia tributaria o cambiaria.

Quizás no sea superfluo poner de relieve que el reconocimiento actual de la prueba de debida diligencia como criterio de graduación de sanción administrativa, supone algo distinto a reconocer a los Programas de Compliance una vocación como circunstancia atenuante o eximente de responsabilidad. Porque la posibilidad de obtener una menor sanción en el marco de procesos administrativo sancionatorios, supone de antemano haber establecido una plena responsabilidad del administrado dentro del proceso. En otras palabras, no es lo mismo una

---

de los datos personales que administra un Responsable será tomada en cuenta al momento de evaluar la imposición de sanciones por violación a los deberes y obligaciones en la presente ley y en el presente capítulo”

<sup>134</sup> Al respecto, por ejemplo consultar la Resolución No. 36863 de 2018, Resolución 27708 de 2017, Resolución 44026 de 2018, Resolución 4082 de 2019 y Resolución 4086 de 2019 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

causa eximente de responsabilidad que una circunstancia o criterio de graduación de sanción. Por eso nuestra propuesta pretende ir un paso más allá de lo que se ha llegado a aceptar en la actualidad. De cierta forma defendemos la posibilidad de asignar un mayor alcance a estos Programas en el ordenamiento jurídico, esto desde la defensa de los principios cardinales del derecho sancionatorio. Pero esta propuesta no está exenta de críticas que discutiremos en el siguiente capítulo. Definitivamente la propuesta de reconocer al Compliance como medio de Defensa Corporativa en el marco de procesos administrativos sancionatorios, supone afrontar gigantescos retos sobre los cuales deberá seguirse trabajando. Sin embargo, las perspectivas parecen alentadoras, en cuanto promueven un ejercicio represivo mucho más balanceado y económicamente eficiente. Como hemos podido evidenciar en la presente sección, por lo menos ya existe un precedente claro que demuestra que se puede seguir avanzando en el sentido propuesto.

#### **Capítulo IV: Perspectivas y retos del Compliance como medio de Defensa Corporativa**

Ha sido ilustrado con cierta suficiencia que, hoy día, el ordenamiento jurídico colombiano admite, en ciertos casos, la posibilidad de reconocer la implementación de Programas de Cumplimiento como criterio de graduación de la sanción administrativa. Esto bajo el supuesto de que estos modelos de gestión de riesgo representan una manifestación de la debida diligencia de los administradores: entre más esfuerzos se hagan por cumplir, menor debería ser la sanción recibida. Pero en últimas, *¿no es esto lo mismo que afirmar que, a mayor esfuerzo por cumplir, menor es el grado de responsabilidad? ¿Podría entonces reconocerse a estos Programas una vocación como eximente o atenuante de responsabilidad administrativa en el marco de procesos sancionatorios, más allá de su reconocimiento como criterio de graduación de sanción?*

Desde la noción de la *culpabilidad empresarial por defecto de organización*, analizaremos la posibilidad de reconocer a los Programas de Compliance únicamente su vocación como circunstancia atenuante de la responsabilidad en sede administrativa **(Sección 4.1)** Por último, concluiremos sobre algunas características mínimas que deberían tener dichos programas para alcanzar el propósito particular que defendemos **(Sección 4.2)**

#### 4.1 La implementación de Programas de Compliance como posible circunstancia atenuante de responsabilidad: un análisis desde la culpabilidad empresarial por defecto de organización

Al abordar el espinoso asunto de la culpabilidad de las personas jurídicas, existen al menos tres posibles posturas. La primera, consiste en prescindir o matizar el elemento culpabilidad cuando se trate de valor la responsabilidad de una persona jurídica, acudiendo a figuras como la presunción u objetivación. Por otro lado, también es posible acudir a figuras alternas como la *culpabilidad por representación*, imputando la culpabilidad de la persona física al ente colectivo en lo que ha sido denominado como una responsabilidad “por rebote” (*par ricochet*). Por último, puede defenderse la necesidad de estructurar una forma de culpabilidad que sea aplicable a las empresas o entes colectivos. A nuestro sentir, esta última sería la más acertada, aunque, por supuesto, resulta hoy por hoy la más retardadora.

En cuanto ya hemos demostrado que en Colombia no parece constitucionalmente acertado aplicar una responsabilidad objetiva en sede de administrativa, restaría establecer si el mecanismo para establecer culpabilidad sería por vía de la denominada *responsabilidad por rebote/vicarial* o si por el contrario debe acudirse a propuestas que buscan establecer un criterio autónomo de responsabilidad colectiva. De hecho, esta discusión es la que se viene presentando hace algún tiempo entre la doctrina penal contemporánea.

Sobre este punto, coincidimos con la opinión de Gómez Tomillo (2017) quien considera necesario estructurar un modelo autónomo de responsabilidad al indicar que *“probablemente la construcción más adecuada en el estado actual de la ciencia jurídica es, con ciertos matices, la desarrollada al hilo de infracciones administrativas por Tiedemann, conforme la cual debe hablarse de culpabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización”*<sup>135</sup>. Y es que

---

<sup>135</sup> **Gómez Tomillo, M.** (2017) *La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento*. Revista de Administración Pública, 203, 2017, p.67. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.02>. Este autor cita como referencia a: **Tiedemann, K.** (1988) *Die “Bebüßung” von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität.*, NJW, 41, p.g. 1172; sobre el desarrollo que efectúa su discípulo **Brender, Marcus** (1989): particularmente 105 y ss.). De alguna manera se puede entender que la doctrina administrativista española acepta en algunos casos el modelo propuesto. **Rebollo Puig, M.** (1989) *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración Pública INAP, p.g. 769 y, sobre todo, 771; recoge la posibilidad sin pronunciarse sobre la misma **Gallardo Castillo, M.J** (2008) *Los principios de la potestad sancionadora administrativa. Teoría y práctica*, Editorial Lustel, p.g. 210; véase, sin utilizar expresamente tal construcción; del mismo modo, **Lozano Cutanda, B.** (1992) ha sostenido que debe imputarse a la persona jurídica la responsabilidad por defecto de vigilancia de sus empleados (1992: 227); con acierto, expresamente acoge la construcción de Tiedemann, **de Palma del Teso, A.** (1996) *El principio de culpabilidad en Derecho administrativo sancionador*, Madrid, p.g. 203, si bien como criterio de atribuidad de la infracción, con lo que, entiendo, se confundirían los planos de la culpabilidad y de la tipicidad; de la misma autora (2001), *Culpabilidad.*, en *Infracciones, Sanciones y Procedimiento Administrativo Sancionador.*, Justicia Administrativa, número extraordinario, singularmente p.gs. 29 y ss. Entre los penalistas que acogen el criterio, véanse, por ejemplo, **Nieto Marín, A.** (1996:

justamente Tiedemann, autor de referencia obligada entre aquellos doctrinantes que han tratado el tema de la responsabilidad penal de personas jurídicas, desarrolló la teoría de la *culpa por defecto de organización* en el marco de un ordenamiento jurídico que se inclina por la vía de responsabilidad y de la sanción administrativa (y no penal) de las empresas. *¿Por qué no acudir entonces a este valioso recurso?*

De forma sucinta, la mencionada teoría propone censurar el actuar de las personas jurídicas porque aquellas han omitido la oportuna adopción de medidas organizativas de precaución que les son exigibles para garantizar el ejercicio lícito de sus actividades. Conviene advertir que el juicio de censura aplicable a las empresas se entiende desprovisto de connotaciones éticas, toda vez que la desaprobación deriva de parámetros sociales, culturales o puramente jurídicos según Cigüela Sola (2015)<sup>136</sup>.

Si bien se ha admitido que la noción tradicional de la culpabilidad de las personas naturales se ha articulado como un juicio complejo integrado por elementos como la conciencia de antijuridicidad, imputabilidad y ausencia de causales eximentes, en materia de culpabilidad empresarial, la discusión supone dificultades aún mayores. Sin embargo, ya en otras latitudes se ha avanzado mucho sobre esta discusión. No siendo este el objeto principal del presente análisis, presentamos solo a manera de ilustración algunos puntos que el profesor Gómez Tomillo (2017) propone como fundamentos de la culpabilidad del ente colectivo *por defecto de organización*, a saber, (1) *la evaluación de si ha habido o no una adecuada vigilancia, supervisión o control sobre el personal sin poder de dirección;* (2) *la culpabilidad será patente cuando el hecho protagonizado por la persona jurídica no se debe a la actuación particular de un sujeto enmarcado en ella, sino a cúmulo de incorrectas operaciones individuales;* (3) *Establecer si existen instrucciones expresas por parte de quien tiene el poder de dirección frente al trabajador, a fin de que se abstenga de llevar a cabo la conducta;* (4) *La presencia de presencia de causales de inimputabilidad en administradores o empleados, no implica la exoneración de sanción a la persona jurídica; por el contrario, esto revelaría un síntoma de defecto de organización – se reprocha no haber contratado una persona idónea;* (5) *Debe considerarse el carácter doloso o*

---

202 y ss.); **Zugaldía Espinar, J. M.** (1994) *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*, CPC, N°53, p.g. 624. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=50002>; **Rodríguez Ramos, L.** (1996) *Societas delinquere potest. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión*, La ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N°5, págs.1490-1495. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_08.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_08.pdf); **Feijoo Sánchez, B. J.** (2002: 69 y ss.), quien, sin embargo, la rechaza en el marco del derecho penal, estimándola propia de sanciones administrativas (lo que no es compaginable con el carácter unitario de delitos e infracciones administrativas, en nuestra concepción).

<sup>136</sup> **Cigüela Sola, J.** (2015) *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, pp.441

*imprudente de la persona física que actúa, pero como un dato que revela defecto de organización, no como un elemento de la infracción; (6) Relevancia del nivel jerárquico del autor individual – Esto es un indicador del grado de culpabilidad de la empresa; (7) **Resulta esencial la presencia o ausencia de un programa serio de cumplimiento***<sup>137</sup>.

Desde esta perspectiva, el elemento de la culpabilidad empresarial en sede administrativa podría entonces enmarcarse desde la valoración del compromiso que demuestren, tanto los directivos, como las empresas mismas en velar porque su *cultura organizacional* y sobre todo sus interacciones se enmarquen dentro de una Programa de Compliance efectivo. Si esto logra acreditarse mediante el despliegue de una Defensa Corporativa en este sentido, se estaría desvirtuando o atenuando el indispensable elemento de la culpa. Este ejercicio podría derivar potencialmente en la exoneración o en la atenuación de la responsabilidad empresarial. Claramente, en el escenario procesal operaría una inversión de la carga de la prueba, toda vez que sería la empresa quien está en mejores condiciones de probar una adecuada organización y no el ente acusador, tal como lo afirma Baca Oneto (2019)<sup>138</sup>.

No obstante, sobre este punto conviene volver sobre el Análisis Económico del Derecho (AED) para analizar con un mejor criterio la viabilidad de esta alternativa. En primera medida, debe establecerse si convendría reconocer la exoneración total de responsabilidad desde el la racionalidad económica.

Al respecto, resulta bastante clara la opinión del profesor Wils (2013) cuando afirma que otorgar inmunidad total a compañías que hayan implementado previo al ejercicio sancionatorio un Programa de Compliance, crearía incentivos perversos en el sistema<sup>139</sup>. En efecto, parece lógico que, dados los altos beneficios económicos que potencialmente resulten de infringir ciertos

<sup>137</sup> **Gómez Tomillo, M.** (2017) *La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento*. Revista de Administración Pública, 203, 2017, p.60. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.02>

<sup>138</sup> **Baca Oneto, V. S.** (2019) *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial referencia al derecho peruano*, Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019, p.338. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.13>

<sup>139</sup> **Wils, W.P.J** (2013) *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*". Journal of Antitrust Enforcement, Vol.1, N°1, p.21. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/254939608\\_Antitrust\\_Compliance\\_Programmes\\_Optimal\\_Antitrust\\_Enforcement](https://www.researchgate.net/publication/254939608_Antitrust_Compliance_Programmes_Optimal_Antitrust_Enforcement) "Granting immunity from fines to companies that have a compliance programme would create perverse incentives for companies: Given that antitrust infringements can bring great financial benefit to companies, that a company can easily encourage antitrust infringements, notwithstanding any antitrust compliance programme, in particular by setting excessive financial targets and incentives, and that the cost of setting up a compliance programme is low compared to the potential benefits from antitrust infringements, companies would have a clear incentive to set up a compliance programme so as to obtain immunity from fines, while maximising antitrust infringements through excessive performance targets and incentives"

regímenes como el de libre competencia, si se comparan los beneficios particulares obtenidos con los costos de implementación del Compliance, es posible que las empresas tiendan a implementar estos programas, solo por apariencia, y luego decidan voluntariamente transgredir la norma. Es por esto que la mera existencia de un Programa de Compliance, por si sola no puede conllevar a la exoneración total de la consecuencia jurídica asignada a la infracción.

Llevando al extremo esta perspectiva, el mismo autor presenta un escenario hipotético en el cual las empresas podrían incluso llegar al punto de contratar un Oficial de Cumplimiento altamente especializado que logre diseñar un Programa que resulte efectivo en apariencia, pero que realmente impida la detección de las infracciones. De todas formas, si se permitiera la exoneración total de la responsabilidad mediante la prueba de implementación de un sofisticado Programa, podría evitarse la sanción, incluso habiendo decidido de manera consciente infringir la norma. Cabe mencionar además que, si en lo particular se ha llegado al punto de adelantar un proceso administrativo, esto ocurre porque evidentemente el Programa diseñado fue incapaz de evitar el incumplimiento del mandato legal. De cierta forma, el incentivo perverso consiste en enviar un mensaje a las empresas de que, bajo la premisa de que no existe Programa de Compliance infalible, el solo hecho de acreditar que se ha diseñado e implementado un Programa aparentemente idóneo, podría ser motivo suficiente para obtener la exoneración de la sanción. Esta es una de las principales razones por las cuales se descarta la eventual exoneración total de responsabilidad.

Ahora bien, este argumento de naturaleza económica puede complementarse y amplificar su contundencia mediante el análisis jurídico de la postura. Porque en el fondo, a pesar de lo mucho que hemos criticado la tendencia actual de prescindir del elemento culpabilidad en sede administrativa, debemos volver al propósito esencial de la sanción y en general del Derecho Político. Al respecto, generalmente la doctrina publicista establece que *“la sanción administrativa no es otra cosa que el mal que la administración inflige a un administrado por el quebranto responsable de sus normas. Técnicamente la administración impone una pena al administrado que desconoce sus mandatos”*<sup>140</sup>. En otras palabras, el fin que persigue la sanción administrativa es la salvaguarda del ordenamiento jurídico y lo que se reprocha en particular al sujeto sancionado es la puesta en peligro del ordenamiento en si mismo<sup>141</sup>. Es por esto que reconocer

---

<sup>140</sup> **Ossa Arbelaez, J.** (2000) *Derecho administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. 1ª edición, Editorial Legis S.A, p.560

<sup>141</sup> Al respecto afirma Garrido-Falla que “la potestad sancionadora tendría una finalidad represiva para cuando la obligación impuesta por la administración no se haya cumplido” **Garrido-Falla, F.** (2006) *Tratado de derecho administrativo, vol. 2*, Duodécima edición, Editorial Tecnos, pgs. 193-197.

la posibilidad de exonerar totalmente a la empresa de sanción administrativa, incluso habiendo evidenciado la transgresión de la norma, no haría más que erosionar la función policiva del Estado.

Por todo lo anterior, preciso es concluir que, incluso si se demuestra que la empresa implementó un Programa de Compliance de alta sofisticación, debe persistir en últimas cierto grado de reproche por haberse materializado transgresión de la norma. En otras palabras, si la empresa es incapaz de impedir la transgresión de la norma, incluso evidenciando grandes esfuerzos en acatar los mandatos normativos, esto implica de cierta forma que el esfuerzo realizado no fue suficiente y por tanto resultaría improcedente argumentar una ausencia total de culpa. Claramente, la empresa no estaría completamente bien organizada, siendo aquel defecto de organización, por mínimo que sea, lo que finalmente justifique el reproche. Por supuesto, el ejercicio de Defensa Corporativa basado en el Compliance, podría evidenciar que la transgresión de la norma ocurrió por el hecho exclusivo y aislado de un miembro de la corporación que de alguna forma logró evitar las medidas previstas. Si este fuera el caso, la culpa empresarial podría eventualmente desvirtuarse, pudiendo alegarse en cambio la culpa exclusiva de un tercero vinculado. Esto tampoco resulta ajeno a las causales de exoneración típicamente reconocida en los procesos administrativos sancionatorios.

Ahora bien, quedaría por analizar la posibilidad de reconocer al Compliance su vocación como circunstancia atenuante de responsabilidad y como criterio de minoración de la sanción administrativa. En primer lugar, precisaremos que dicha postura tiene por fundamento la necesaria salvaguarda del principio de proporcionalidad, estableciendo de antemano que *“la existencia de programas de cumplimiento en materia de competencia debería estimarse como atenuantes de la responsabilidad administrativa, siendo valorados como tales e incorporados, a falta de norma expresa, en la forma de cálculo de la sanción administrativa”*<sup>142</sup>. Claramente, a pesar de que los regímenes de sanción administrativa contemplan ya estos Programas como posibles criterios de graduación de sanción, es evidente que, al momento de establecer la sanción y particularmente llegada la necesidad de cuantificar las multas, no existen fórmulas exactas. A lo sumo, se han dispuesto unos criterios auxiliares que integran factores por lo menos controversiales como son el tamaño de la empresa, el impacto sobre el mercado, entre algunos

---

<sup>142</sup> **Benítez Rodríguez, D.** (2016) *Derecho administrativo sancionador, competencia y programas de cumplimiento*. Artículo publicado en el Blog Legal Today el 17/11/2016, p.3. Disponible en el sitio web: [http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d\\_administrativo/derecho-administrativo-sancionador-competencia-y-programas-de-cumplimiento](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/derecho-administrativo-sancionador-competencia-y-programas-de-cumplimiento)

otros. De paso cabe mencionar que esta circunstancia podría potencialmente atentar contra importantes principios como el de legalidad y proporcionalidad de la sanción. Es por esto que coincidimos en que, la autoridad administrativa debería valorar de forma positiva o negativa la presencia o ausencia de Programas de Compliance a la hora de establecer el grado de responsabilidad, haciendo por supuesto la salvedad de que la eficacia del Programa tendría que ser valorada en cada caso concreto como lo afirma Benítez Rodríguez (2016)<sup>143</sup>. Porque en últimas no parece suficiente reconocer a estos Programas como criterio de graduación de la sanción, sino que resultaría una prueba fehaciente de un menor grado de culpabilidad y por ende, menor responsabilidad. Esto ya pudimos explicarlo con cierta suficiencia en el **Capítulo 1**. Por otro lado, desde el punto de vista económico, ya expusimos en el **Capítulo 2** que el reconocimiento de estos Programas como criterio de atenuación de responsabilidad, supondría un estímulo positivo para que las empresas destinen cada vez más recursos en la gestión de riesgo legal. Ahondemos un poco más sobre los argumentos jurídicos en favor de la hipótesis defendida.

Primero, reconocer la posibilidad de estructurar una Defensa Corporativa basada en la implementación *ex ante* de Programas de Compliance en sede administrativa, supone garantizar en mayor medida la *presunción de inocencia*, el *derecho a la defensa* y también fomentar el respeto del principio cardinal de la *culpabilidad*. Insistimos sobre este punto en que los Compliance Programs son una manifestación de la debida diligencia y el deber de cuidado de los administradores y la empresa misma. Además, la posibilidad de controvertir la presunción de culpa que opera en este tipo de procesos administrativos, también garantiza en cierta medida el importante derecho a la contradicción y la defensa. Por último, pero no menos importante, consideramos que el grado de culpabilidad de aquella empresa que demuestre haber implementado estos Programas de forma responsable, resulta naturalmente menor que el de una empresa que no los ha implementado. Esto en últimas sirve para reforzar el principio de igualdad desde la concepción moderna que obliga a “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, sobre todo si recordamos que el Estado es quien traslada unos *costos de disuasión* que, en principio, le corresponden. No parece muy razonable que, a cambio de sus grandes esfuerzos, el empresariado no merezca un trato acorde con su diligencia frente a un eventual proceso sancionatorio.

---

<sup>143</sup> **Benítez Rodríguez, D.** (2016) *Derecho administrativo sancionador, competencia y programas de cumplimiento*. Artículo publicado en el Blog Legal Today el 17/11/2016. Disponible en el sitio web: [http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d\\_administrativo/derecho-administrativo-sancionador-competencia-y-programas-de-cumplimiento](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/derecho-administrativo-sancionador-competencia-y-programas-de-cumplimiento)

Resulta bastante diciente que justamente en este sentido se orienten actualmente los U.S Sentencing Guidelines en materia de competencia. En efecto, el profesor Makan Delrahim (*Asistant Attorney general de la división Antitrust del Departamento de Justicia norteamericano*) sostiene que actualmente la constatación de que la empresa implementó un Programa de Compliance idóneo, da lugar a una atenuación de la responsabilidad empresarial durante el proceso de imputación<sup>144</sup>. Sin duda, la referencia a esta autoridad norteamericana no es producto del azar. Definitivamente en materia de sanción de corporaciones y su estrecha relación con los modelos de Compliance, los *U.S Sentencing Guidelines* resultan una referencia obligada. Primero porque los modelos de Compliance tienen su origen en el derecho anglosajón. Pero además, el ordenamiento jurídico norteamericano tiene amplia trayectoria en el diseño de políticas públicas y sanciones orientadas a modular la actividad empresarial y el mercado. Al parecer, el enfoque en materia represiva de los entes colectivos, tiende a reconocer la utilidad de proceder mucho más por la vía del estímulo, quedando cada vez más relegada la aproximación represiva. Así mismo existe la posibilidad de reconocer que la implementación o el compromiso de mejora *ex post* de los Programas de Compliance, serviría eventualmente como criterio que permite aminorar la sanción en un porcentaje fijado por la norma. De hecho, así lo reconoce la *Autorité de la Concurrence* francesa, igualmente procediendo con la lógica del estímulo económico.

Sin duda, es un hecho cierto que, actualmente, no existe ordenamiento jurídico que por lo menos en materia de competencia, reconozca el beneficio de exoneración total a empresas que hacen Compliance. Sin embargo, si existen algunas legislaciones que en efecto permiten la atenuación de la responsabilidad y que otorgan residualmente una reducción de la sanción como ocurre en los regímenes de competencia del Reino Unido, Francia y Estados Unidos<sup>145</sup>. En otras

---

<sup>144</sup> **NYU School of Law** [Program on Corporate Compliance and Enforcement]. (2019, Agosto 5). *A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs* [Archivo de video] Recuperado de: [https://www.youtube.com/watch?v=OhSAT\\_8oLSY](https://www.youtube.com/watch?v=OhSAT_8oLSY)

<sup>145</sup> **Wils, Wouter P.J** (2013) *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*. *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, N°1, p.7 "I am not aware of any competition authority granting immunity from fines to companies that have a compliance programme. Among the national competition authorities of the E.U Member States, there is however one authority, the UK Office of Fair Trading, which regularly grants fine reductions of up to 10% on the ground of adequate steps having been taken with a view to ensuring compliance (...)" "Like the European Commission and most national competition authorities of the EU Member States, the French competition authority (Autorité de la concurrence) does not grant any reduction in the amount of fines to companies that had a compliance programme at the time of the infringement. 12 However, French law provides for a settlement procedure (procédure de non-contestation des griefs), under which companies that do not contest the statement of objections sent to them by the Autorité de la concurrence may obtain a fine reduction. 13 In the context of this specific procedure, the Autorité de la concurrence is willing to grant, in addition to a 10 % fine reduction corresponding to the settlement proper, and to a further 5 % reduction that may be awarded in return of other commitments, a fine reduction of up to 10 % to companies that did not have a compliance programme in place at the time of the issuing of the statement of objections and that commit to set up a compliance programme meeting the best practices set out by the Autorité de la concurrence".

palabras, lo que aquí proponemos no resulta ajeno a la lógica que avalan ya ciertos legisladores del mundo.

En cuanto al ordenamiento jurídico colombiano, consideramos que esta tendencia se ha integrado en disposiciones que de hecho se encuentran ya vigentes. En efecto, el primer paso se ha dado en materia de Soborno Transnacional, toda vez que en el artículo 11 el Estatuto Anti Corrupción (Ley 1471 de 2011) se obliga a algunas empresas a adoptar medidas de control *apropiadas y suficientes*, mientras que el artículo 7 numeral 7 de la Ley 1778 de 2016 sobre soborno transnacional dispone expresamente que “(...) 7. *La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el Artículo 23 de esta Ley*” será considerada al momento de graduar la sanción. Claramente, dicha posibilidad sigue siendo considerada como algo residual y aplicable únicamente en ciertos regímenes específicos. Sin embargo, esto parece ser el eco de una tendencia global que avanza a pasos agigantados. En el fondo la lógica económica y jurídica detrás de estas disposiciones, parece bastante consecuente. Por lo menos ya se han sentado las bases de la discusión, lo cual obliga a evaluar la posibilidad de trasladar esta fórmula a otros escenarios y regímenes.

Pero no podríamos concluir el presente análisis sin antes considerar un aspecto crítico: *¿cómo establecer la idoneidad de un Programa de Compliance para que su implementación derive en una atenuación de responsabilidad y en la posible minoración de la sanción administrativa?* Este asunto es aún materia de profundas discusiones, como veremos en la siguiente sección.

#### **4.2 El problema de los estándares mínimos en materia de Compliance**

Sin lugar a duda, la idoneidad de los Compliance Programs no puede establecerse *in abstracto*. Si bien el fenómeno de la *autorregulación regulada* implica la definición previa de una serie de criterios mínimos por parte del legislador, resulta ilusorio establecer de antemano unos criterios objetivos que permitan establecer su contenido ideal y que sea aplicable para todo escenario.

En primer lugar, recordemos que el Compliance abarca un sinnúmero de alternativas que van desde la gestión de riesgos operativos, hasta la gestión de riesgos legales. Más aún, en materia de gestión de riesgos legales, el abanico se extiende a la posibilidad de integrar la totalidad de disposiciones normativas que podrían ser objeto de transgresión por parte de la empresa. De hecho, la actividad empresarial debe ajustarse, no solo a diversas normas de carácter nacional, comenzando por aquellas de índole constitucional, y abarcando el resto de normas civiles, comerciales, laborales, administrativas, tributarias, cambiarias, medioambientales, penales, entre tantas otras<sup>146</sup>. Esto sin contar con que muchas veces también influyen sobre la actividad empresarial disposiciones foráneas, supranacionales e incluso anacionales. Actualmente el Compliance adquiere pues cada vez mayores dimensiones y aplicaciones, pudiendo abordarse desde prácticamente todas las áreas del derecho. De nuevo insistimos en que, en últimas, la noción de Compliance no implica cosa distinta al cumplimiento genérico de la norma. Por esta razón, establecer un estándar mínimo que abarque todo el ecosistema normativo, parece un ejercicio quijotesco.

Por otro lado, debemos recordar que el fenómeno del Compliance se encuentra en una fase de desarrollo primario, especialmente en Colombia. No en vano la definición de los estándares mínimos puede diferir de un ordenamiento a otro, así como difieren de un sector regulatorio a otro<sup>147</sup>. Prueba de esto es que las normas de *soft law* que se consideran referencia global en materia de Compliance como la ISO 19600 son objeto de constantes actualizaciones.

A pesar de lo anterior, consideramos que el U.S Attorneys Manual contiene unas preguntas que debería formularse el ente acusador al tratar de establecer si efectivamente un Programa de Compliance resulta adecuado.

Primero, debe confirmarse si el Programa se encuentra efectivamente bien diseñado. Por ejemplo, si la valoración de determinado Programa gira entorno a la conducencia frente al

---

<sup>146</sup> Al respecto, considérese por ejemplo las recomendaciones contenidas en la obra de **Alcolea, J. M. y Pard, J. M.** (2019) *Defensa Corporativa y Compliance*. Editorial Aranzandi, pp.709, la cual incluye capítulos específicos titulados Compliance en materia Tributaria p.339, Prevención de riesgos y Compliance en el ámbito laboral p.371, Cumplimiento de la normatividad de consumidores y usuarios p.387, El Compliance en el ámbito del derecho administrativo p.433, Los programas de cumplimiento en derecho de la competencia. Como diseñar un programa efectivo p.459, Cumplimiento de la normatividad de protección de datos p.527, Compliance publicitario p.549, Compliance a la luz de la nueva ley 1/2019 de 20 de febrero de secretos empresariales p.569, Compliance y las nuevas tecnologías p.589.

<sup>147</sup> En particular, en el ordenamiento norteamericano difieren los requisitos mínimos según el sector en el cual se exige la implementación de Compliance Programs. Así, por ejemplo, difieren los requisitos contemplados en el Bank Secrecy Act (1970), los U.S Sentencing Guidelines, U.S Attorneys Manual, Volcker Rule, Foreign Corrupt Practices Act, entre otros.

cumplimiento de regulaciones en materia de competencia, se entiende que el programa debe incluir medidas idóneas en este sentido. Naturalmente, aún si existiera un Programa de gestión de riesgo legal en la empresa, pero a este se le dio un enfoque hacia el cumplimiento de otro tipo de normas, claramente habría una deficiencia en el diseño para el caso concreto. Luego, debe evaluarse si el Programa ha sido aplicado *de forma seria y de buena fe*. En esta valoración, deberá comprobarse que no se trate de un Compliance meramente cosmético o que haya sido formulado de forma manifiesta para “cumplir por cumplir”; incluso para disimular el incumplimiento de las normas. Por último, se sugiere establecer si el Programa realmente funciona, en cuanto haya sido ampliamente socializado y explicado, además de que este incluya mecanismos de alerta y contingencia eficientes.

En cuanto a la Norma ISO 19600 de 2014, se prevee así mismo que los Sistemas de Gestión de Compliance deben basarse en cuatro pilares, a saber:

- (1) Análisis: estudio del contexto de la organización, de las obligaciones de cumplimiento, del alcance del sistema de gestión de los riesgos de cumplimiento y su evaluación;*
- (2) Implementación: desarrollo de las medidas tanto operacionales como estratégicas;*
- (3) Mantenimiento: monitoreo continuo y presentación de informes de cumplimiento y*
- (4) Evaluación: revisión del sistema, auditoría y mejora continua<sup>148</sup>.*

Por otro lado, la Norma UNE 19601 de 2017 sobre Sistemas de gestión de Compliance penal expone en su capítulo cuarto enlista algunos elementos clave que deberían contener estos programas, a saber:

- (1) Contexto de la organización: particularmente conocer la organización, las necesidades de las partes afectadas y el alcance objetivo y subjetivo del sistema;*
- (2) Liderazgo: estableciendo el necesario tone from the top y la necesidad de contar con órganos específicos en la organización para ocuparse de la gestión de riesgos;*

---

<sup>148</sup> Norma ISO 19600 de 2014. Disponible en sitio web: <https://www.iso.org/standard/62342.html>

(3) *Planificación: lo cual implica la adecuada evaluación de los riesgos (identificación, análisis, valoración, revisión y documentación);*

(4) *Elementos de apoyo como herramientas que fomenten la cultura de cumplimiento como códigos de ética y manuales de gobierno corporativo;*

(5) *Operación: lo que implica la planificación y fijación de objetivos y procesos;*

(6) *Evaluación del desempeño y*

(7) *Mejora del sistema*<sup>149</sup>.

En el ordenamiento jurídico colombiano, los requisitos mínimos de algunos componentes de Compliance como el SARLAFT, SAGRLAFT, SAGRILAFT o SIPLAFT, han sido igualmente establecidos por vía de Circulares y Resoluciones proferidas por distintos entes de control que vigilan su implementación sectorizada. Lo mismo ha ocurrido con ciertos programas que atienden a la misma lógica del cumplimiento como el Programa Integral de Gestión de Datos Personales (PIGDP) o el Programa de Transparencia y Ética Empresarial (PTEE). Esto permite confirmar que el ordenamiento jurídico colombiano no es del todo ajeno a la gestión de riesgo y el fenómeno de la *autorregulación regulada*.

Recordemos que, de manera general, los lineamientos para implementar un programa de Compliance han sido ya descritos en la **Sección 1.1**. Sobre este punto conviene recordarlo, antes de atrevernos a proponer un estándar mínimo que se articule con la propuesta que venimos defendiendo. A nuestro sentir, el propósito último de un sistema integral de cumplimiento, sería alcanzar la sinergia entre los distintos tipos de Programas que deban implementar las empresas para gestionar los diferentes tipos de riesgo que afrontan. El Compliance como un todo, es un concepto que atiende a una lógica común, lo cual implica que estos Programas de Cumplimiento podrían, en principio, diseñarse y adaptarse de forma tal que converjan en un control centralizado y unidireccional. De cierta forma, la meta final consistiría en implementar un programa de

---

<sup>149</sup> **Moscoso del Prado, J. y Cazorla Prieto, L. M.** (2017) *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos*. Editorial Aranzandi, p.43 y en particular consultar la Norma UNE 19601 de 2017. Disponible en sitio web: <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/busca-tu-norma/norma?c=N0058338>

cumplimiento que pudiera abarcar y gestionar el cumplimiento de la mayor cantidad de normas posibles. Por supuesto, los mecanismos de reacción, los procedimientos y los responsables varían de un sector a otro, así como de un marco regulatorio a otro. Sin embargo, en aras de sentar las bases de nuestro propósito, podríamos recapitular el contenido que, a nuestro sentir, resulta esencial para estructurar cualquier programa de cumplimiento:

1. **Análisis, diagnóstico y conocimiento de la actividad.** Sea cual sea la normatividad a integrar, es indispensable conocer la actividad de la empresa y sus interacciones. Esto no solamente sirve como punto de partida, sino que permite establecer el alcance del Programa. Esta fase deberá hacerse conjuntamente con las directivas, quienes deben asumir un compromiso y rol proactivo en el desarrollo y ejecución del Programa (*tone from the top*).
2. **Identificación y medición del riesgo.** Toda regulación implica una situación potencial de incumplimiento. Por esto es necesario identificar las fuentes del riesgo de incumplimiento legal, así como establecer y medir sus consecuencias. Los documentos asociados a esta fase son la Matriz de Riesgo y el Mapa de Calor.
3. **Mecanismos y procesos operativos de gestión de riesgo y respuesta.** Cada fuente de riesgo se asocia a determinados actores y procesos dentro de la organización. Además, cada mecanismo diseñado debe tener un responsable delegado. Dependiendo del tipo de regulación cuyo cumplimiento pretenda asegurarse, deben formularse Estrategias de Reacción, Sistemas de Alerta y Reporte, Canales de Comunicación y en general todos aquellos mecanismos y procesos que faciliten el propósito último.
4. **Evaluación, control y desempeño.** Como todo sistema complejo, este requiere de una información que le permita retroalimentarse, ajustarse y evolucionar constantemente. Para esto es preciso dotar al sistema de herramientas de medición que permitan monitorear los procesos y resultados.
5. **Capacitación y mejora periódica.** El cumplimiento de las normas es tarea que involucra a todos los miembros de la empresa. Es por esto que el sistema debe contar con lineamientos e intervenciones que permitan garantizar la capacitación constante

del personal, además de incluir instancias para propiciar la mejora constante del programa.

6. **Identificación clara del responsable del Programa.** Si bien todo el personal debe involucrarse en el funcionamiento del programa, debe delegarse una persona o grupo de personas encargadas del Programa. No solamente se asigna una responsabilidad clara frente a las posibles fallas del programa que se presente, sino que se le delega a algún funcionario en específico la tarea de seguimiento, actualización y ejecución. Normalmente esta persona tendrá el cargo de Oficial de Cumplimiento / Compliance Officer.

Sobre este punto, es indispensable reiterar que es virtualmente imposible establecer un conjunto de estándares y contenidos mínimos aplicables a cualquier tipo de programa de cumplimiento. Así mismo, para probar diligencia y cuidado, deberá demostrar el responsable designado, así como la empresa misma que los parámetros establecidos resultan idóneos para determinado fin. A manera de ejemplo, no bastaría con exhibir un programa de cumplimiento del régimen de Datos Personales en el cual se establezca como responsable a una persona sin formación alguna en la materia. Tampoco sería muy consecuente contar con una matriz de riesgos que se haya realizado bajo normatividad derogada o foránea. Es por esto que la valoración sobre la idoneidad del Programa de Cumplimiento siempre terminará haciéndose *in concreto*. Esto pasaría, sin lugar a duda, por permitir que el empresario pueda desplegar un ejercicio efectivo de Defensa Corporativa. No solo debe probarse la implementación previa del Programa, sino que deberá justificarse su idoneidad y las circunstancias de contexto, tiempo y lugar que puedan influir sobre la valoración positiva o negativa del programa. Es por esto que los entes de control, encargados de definir por ahora estos contenidos mínimos en Colombia, actualizan de forma constante sus lineamientos. Pero en últimas, consideramos que las características previamente expuestas resultarían adecuadas para establecer con cierta claridad un punto de partida.

En definitiva, podemos afirmar que la tendencia global consistente en trasladar los *costos de disuasión* a los particulares ha ido permeando de forma progresiva el ordenamiento jurídico colombiano. Es posible que aún quede mucho camino por recorrer en este sentido. Como se ha visto, uno de los principales propósitos del presente análisis ha sido cuestionar de forma reverente el estado de cosas actual. Pero a la vez hemos procurado ofrecer un horizonte que

permita evaluar posibilidades aún no previstas. Es posible que estas líneas y argumentos se queden cortos, dada la necesaria profundidad conceptual que exige una propuesta como esta. Porque en el fondo, se trata de llevar al límite algunos imperativos que hoy en Colombia se consideran casi categóricos.

Pero el afán de intervención estatal sobre el mercado y en particular sobre la actividad empresarial, no puede derivar en ejercicios represivos que potencialmente atenten contra principios básicos del *ius puniendi*. En materia de responsabilidad y sanción de personas jurídicas nadie puede atribuirse hoy día la última palabra. Sin embargo, la relación entre Compliance y Defensa Corporativa en procesos administrativo sancionatorios merece especial consideración, sobre todo en un complejo contexto cultural y político que no tolera un grado más de arbitrariedad. Es por eso que invitamos a continuar con la tarea que modestamente hemos decidido emprender.

### **Conclusiones**

Definitivamente la intervención estatal sobre el mercado y sus actores propicia múltiples discusiones que en muchos casos obligan a volver sobre las diferentes opciones que han sido planteadas. En materia de responsabilidad de los entes colectivos y particularmente de las personas jurídicas y empresas, todavía queda mucho por definir. Sin importar si la política pública se orienta hacia la vía de la responsabilidad penal o administrativa, conviene recordar siempre que el ejercicio del *ius puniendi* ha contemplado históricamente importantes principios que resultan de obligatoria observancia en el marco de cualquier ejercicio represivo. Por supuesto, la estructura y los fundamentos del Procedimiento Administrativo Sancionador colombiano conservan todavía marcados trazos de una doctrina publicista clásica que, al parecer, admite la posibilidad de prescindir o en el mejor de los casos matizar del elemento de la culpabilidad de los sujetos sancionados. Sin embargo, hemos podido establecer que algunas voces contemporáneas en la doctrina del Derecho Administrativo sugieren reevaluar esta postura. A fin de cuentas, los regímenes de responsabilidad objetiva se encuentran constitucionalmente proscritos por resultar contradictorios a la idea misma de Estado Social de Derecho. Así mismo, los regímenes de responsabilidad presunta o demostrada deberían ser la excepción y no la norma, sobre todo en materia represiva.

Hoy día, se puede dar por cierto que las empresas están dotadas, como sistemas comunicativos complejos, de elementos diversos como la cultura organizacional, la voluntad colectiva y así mismo se caracterizan por tener procesos organizativos y decisionales cada vez más complejos. Mientras la tradición jurídica de ciertos ordenamientos jurídicos como el colombiano impiden reconocer y adoptar abiertamente la noción *culpabilidad empresarial*, la realidad demuestra que las empresas como ente colectivo conocen y toman decisiones ajustadas o contrarias a derecho. Pareciera que, una vez más las instituciones jurídicas de antaño están quedando rezagadas en ese perpetuo intento por adaptarse a los vertiginosos cambios sociales a los cuales asistimos.

A falta de una teoría suficiente que permita establecer los lineamientos de una culpabilidad colectiva, y amparándose en una Política Pública que se supone más eficiente, especializada y dinámica, el legislador colombiano ha optado, en cambio, por acudir a la vía administrativa para intervenir determinados sectores de la actividad empresarial. Como consecuencia de ello, los entes de control administrativo han adquirido progresivamente un rol protagónico en la vigilancia y control de la actividad empresarial. En gran medida, podría incluso afirmarse que en estos entes se evidencia una concentración de todos los poderes públicos. No solo se les faculta para regular ciertos sectores de la actividad económica, sino que también ejercen labores de vigilancia, investigación, acusación, e incluso juzgamiento.

Tal circunstancia, obliga a repensar en la necesidad de adoptar unos medios de Defensa Corporativa, que de cierta forma permitan restablecer el equilibrio en el marco de procesos administrativos sancionatorios. Es justamente en este sentido que se ha orientado la presente investigación. Luego de articular argumentos, tanto jurídicos, como económicos, podemos concluir que, *en Colombia, los programas de cumplimiento pueden reconocerse efectivamente como medio de Defensa Corporativa en el marco de procesos administrativos sancionatorios. Particularmente, su adecuado diseño e implementación debe reconocerse como medio de prueba de diligencia y cuidado del administrador y de la empresa misma. Este ejercicio de Defensa, conlleva naturalmente la posibilidad de atenuar la responsabilidad y finalmente influir en la graduación de la sanción administrativa.*

Esta conclusión general se desprende de las siguientes conclusiones parciales:

1. Tanto el origen, como la justificación conceptual y los métodos de diseño e implementación de los Programas de Compliance permiten evidenciar que se trata de sistemas autorreferenciales complejos. Como tales, deben integrarse estos sistemas en la cultura, procesos y en el organigrama de las corporaciones modernas. Sin duda, no existe un único modelo de Compliance aplicable a toda empresa. Sin embargo, ya se ha avanzado mucho en la metodología para diseñarlos e implementarlos correctamente (**Sección 1.1**).
2. Desde el ordenamiento jurídico colombiano, la implementación de Programas de Cumplimiento en las empresas puede interpretarse como la atención a los deberes fiduciarios de los administradores, pero también como prueba de una debida diligencia de aquellas corporaciones que realizan esfuerzos por cumplir la norma. De forma progresiva, el legislador colombiano ha ido reconociendo la importancia de la gestión preventiva de riesgo y cumplimiento. (**Sección 1.2**)
3. A pesar de los avances en esta materia, se ha podido evidenciar que, hasta ahora, el Compliance en Colombia sigue siendo un trasplante jurídico en desarrollo (**CAPITULO I**)
4. Desde un análisis económico, una Política Pública que promueva la gestión del riesgo de incumplimiento y la implementación del Compliance resulta mucho más costo-eficiente que una mayor destinación de recursos en vigilancia y control o el incremento de las sanciones (**Sección 2.1**).
5. Sin embargo, parece que la implementación forzosa de estos Programas no resulta tan eficiente como incentivar la gestión preventiva por la vía del estímulo. Justamente dicho estímulo podría consistir en reconocer el beneficio de un menor grado de responsabilidad y sanción administrativa a aquellas empresas que decían invertir en cumplir y prevenir (**Sección 2.2**).
6. El análisis económico del fenómeno Compliance, permite establecer que se trata de una alternativa eficiente para optimizar el gasto público destinado a la regulación del mercado. Desde la misma perspectiva racional, resultaría mucho más consecuente

- estimular la implementación de estos Programas que seguir imponiéndolos como una obligación sectorizada (**CAPITULO II**).
7. Luego de analizar los fundamentos y principios aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, evidenciamos que no todo ejercicio de esta naturaleza implica la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva. Por el contrario, se insiste en la importancia de volver sobre el instituto de la culpabilidad en este tipo de regímenes y procesos. Es necesario corregir la nociva tendencia consistente en sancionar bajo regímenes de responsabilidad objetiva, cuasi objetiva o culpa presunta (**Sección 3.1**)
  8. En la actualidad, el legislador colombiano contempla la posibilidad de articular la tesis defendida con las disposiciones generales del CPACA y otros cuerpos normativos específicos. Así mismo, cada vez más los entes de control tienden a reconocer a las empresas sancionadas beneficios consistentes en la reducción del monto de la sanción siempre y cuando pueda confirmarse la implementación previa de Programas de gestión de riesgo y cumplimiento (**Sección 3.2**).
  9. La posibilidad de reconocer a los Programas de Cumplimiento su vocación como atenuante de responsabilidad, implica la necesaria revisión de los regímenes de responsabilidad avalados en Colombia para imponer sanciones por la vía administrativa. Sin embargo, el legislador ya ha comenzado a asimilar esta lógica, incluyendo la posibilidad manifiesta de reconocerles como criterio de graduación de sanción en determinados ámbitos regulatorios (**CAPITULO III**).
  10. Desde el punto de vista jurídico y económico, se descarta la opción de reconocer la implementación de Programas de Cumplimiento como causales de exoneración total de responsabilidad administrativa. Sin embargo, se fundamenta y acoge la propuesta de reconocer a estos Programas su vocación como circunstancia atenuante de responsabilidad y como posible criterio de minoración de sanciones administrativas. Esto pasa necesariamente por el desarrollo de unos lineamientos claros que podrían tomar como punto de partida la teoría de la *culpabilidad empresarial por defecto de organización* (**Sección 4.1**)
  11. Actualmente, el principal desafío consistiría en establecer unos estándares mínimos que permitan reconocer el beneficio de atenuación y reducción de la sanción

administrativa aplicando los principios de legalidad e igualdad. Compete a los entes de control y a las empresas mismas establecer unos estándares propios que atiendan a las necesidades y contextos específicos. De forma tentativa, se incluye una propuesta que recoge elementos que son comunes a los distintos Programas de Cumplimiento analizados (**Sección 4.2**).

12. El progresivo reconocimiento de los Programas de Cumplimiento como circunstancia atenuante de responsabilidad o como criterio de graduación de sanciones administrativas, conlleva necesariamente al desarrollo de nuevas tendencias en materia de Defensa Corporativa. Claramente, esto opera no solo en beneficio del empresariado, sino que de cierta forma permite contener la nociva tendencia implícita en aquellos ejercicios represivos orientados por regímenes de responsabilidad objetiva, cuasi objetiva o de culpa presunta (**CAPITULO IV**).

## Referencias

- ABBOTT, KENNETH W. y SNIDAL, DUNCAN** (2000). *Hard and Soft Law in International Governance*. International Organization, Vol. 54, N. 3, pp. 421-456, [https://www.researchgate.net/publication/4770665\\_Hard\\_and\\_Soft\\_Law\\_in\\_International\\_Governance](https://www.researchgate.net/publication/4770665_Hard_and_Soft_Law_in_International_Governance)
- AGUILERA GORDILLO, RAFAEL** (2018) *Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance Program*. [Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, UCOPRESS] Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/16714>
- ALCOLEA, JOSÉ MIGUEL Y PARD, JUANA MARÍA** (2019) *Defensa Corporativa y Compliance*. Editorial Aranzandi, pp.709.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO** (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Editorial Jurídica de Chile Imprenta Universal, pp. 716.
- ANDREONI, JAMES; HARBAUGH, WILLIAM Y VESTERLUND, LISE** (2003). *The Carrot or the Stick: Rewards, Punishments, and Cooperation*. American Economic Review, N°93(3), pp. 893-902. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/4981030\\_The\\_Carrot\\_or\\_the\\_Stick\\_Rewards\\_Punishments\\_and\\_Cooperation](https://www.researchgate.net/publication/4981030_The_Carrot_or_the_Stick_Rewards_Punishments_and_Cooperation)
- AROCENA, GUSTAVO** (2017) *¿De qué hablamos cuando hablamos de criminal Compliance? En Coca Vila, Ivó; Uribe Marquez, Alfredo; Atahuman Paucar, Jhuliana & Reyba Alfaro, Luis* (2017) *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas: Perspectivas comparadas*. Editorial Flores, pp. 1-27.
- AROCENA, GUSTAVO** (2017). *Acerca del denominado Criminal Compliance*. Revista crítica penal y poder. N°13 pp. 128-145. Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/19320>
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPLIANCE** (2017) *El libro blanco sobre la función de Compliance*. ASCOM, Madrid, pp. 51 Disponible en línea: <https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>
- BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN** (2019) *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial referencia al derecho peruano*, Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N.º 21, 2019, p.338. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.13>
- BACIGALUPO, ENRIQUE** (2011) *Compliance y derecho penal*. Aranzandi, pp. 262.
- BACIGALUO, SILVINA** (1998) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Primera edición. Bosch Casa Editorial, pp.403
- BENÍTEZ RODRÍGUEZ, DANIEL** (2016) *Derecho administrativo sancionador, competencia y programas de cumplimiento*, artículo publicado en el Blog Legal Today el 17/11/2016.

Disponible en: [http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d\\_administrativo/derecho-administrativo-sancionador-competencia-y-programas-de-cumplimiento](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/derecho-administrativo-sancionador-competencia-y-programas-de-cumplimiento)

**BERNATE OCHOA, FRANCISO** (2018) *El Compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia*. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Vol X, N°20, julio-diciembre 2018, pp.31-49. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/331503896\\_El\\_compliance\\_y\\_la\\_responsabilidad\\_ad\\_penal\\_de\\_las\\_personas\\_juridicas\\_en\\_Colombia](https://www.researchgate.net/publication/331503896_El_compliance_y_la_responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas_en_Colombia)

**BRAITHWAITE, JOHN** (1982) *Enforced Self-Regulation: A new strategy for Corporate Criminal Control*. Michigan Law Review. 80 (7) pp.1466 y ss. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/270033308\\_Enforced\\_Self-Regulation\\_A\\_New\\_Strategy\\_for\\_Corporate\\_Crime\\_Control](https://www.researchgate.net/publication/270033308_Enforced_Self-Regulation_A_New_Strategy_for_Corporate_Crime_Control)

**CALVO, PATRICI** (2014) *Ética empresarial, responsabilidad social y bienes comunicativos*. Revista Tópicos. Revista de Filosofía, N°47, diciembre-2014, pp. 199-232, Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/277604016\\_Etica\\_empresarial\\_responsabilidad\\_social\\_y\\_bienes\\_comunicativos](https://www.researchgate.net/publication/277604016_Etica_empresarial_responsabilidad_social_y_bienes_comunicativos)

**COCA VILA, IVO** (2013) *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* En **SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA** (2013) *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas.*, Edition: 1, Atelier, pp.330.

**CIGÜELA SOLA, JAVIER** (2015) *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, pp.441

**CIGUELA SOLA, JAVIER** (2017) *Culpabilidad, identidad y organización colectiva*. Política criminal, vol.12, N°24, Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200908>

**COLOMBO CAMPBELL, JUAN** (1997). *Los actos procesales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 556.

**CONILL, JESÚS** (2017) *Horizontes de Economía Ética*, Madrid, Ed. Tecnos, pp.282

**CORTÉS ZAMBRANO, SONIA PATRICIA** (2010) *El estado, la constitución y la economía de mercado*. Revista Via Inveniendi Et Iudicandi Universidad Santo Tomás Bogotá, Colombia, vol. 5, núm. 1, pp. 1-44. Disponible en: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2964>

**CUETO PÉREZ, MIRIAM** (2008). *Los principios de la potestad sancionadora de la Administración pública. Tipicidad y responsabilidad*, Documentación Administrativa, n.º 280-281, Inap, pp. 95-117. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principios-potestad-sancionadora-tipicidad-331674242>

**DELOITTE LLC** (2015) *Tone at the top: The first ingredient in a world-class ethics and compliance program*. Disponible en: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/risk/us-aers-tone-at-the-top-sept-2014.pdf>

- DEMETRIO CRESPO, HERNANDO** (2006). *Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”*. Nuevo Foro Penal, N° 69, pp. 64-99. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2216833>
- DE LEÓN LÁZARO, GUILLERMO** (2009) *Las empresas multinacionales y la economía mundial*. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLII (2009) pp. 339-252. Disponible en: [file:///Users/diegotrujillo/Downloads/Dialnet-LasEmpresasMultinacionalesYLaEconomiaMundial-2916301%20\(1\).pdf](file:///Users/diegotrujillo/Downloads/Dialnet-LasEmpresasMultinacionalesYLaEconomiaMundial-2916301%20(1).pdf)
- DE PALMA DEL TESO, ÁNGELES** (1996) *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, pp. 226
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN** (1986) *Derecho Penal Fundamental*. Vol.I, Segunda edición, Editorial Temis, pp.357
- FOFFANI, LUIGI** (2010). *Bases para la imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?*, Revista Nuevo Foro Penal, Vol. 6, N°75, julio-diciembre 2010, pp.41-52. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1885>
- GALLARDO CASTILLO MARÍA JESÚS** (2008) *Los principios de la potestad sancionadora administrativa. Teoría y práctica*, Editorial lustel, pp. 336
- GARCÍA BARAJAS, CARLOS MAURICIO** (2012) *Atribuciones jurisdiccionales de las Superintendencia de sociedades: características, críticas y dificultades*. Revist@ e-Mercatoria, Vol.11, N°2 (julio-diciembre 2012). Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3332/2982>;
- GARCÍA ECHAVARRÍA, SANTIAGO** (2014) *Economía y sociedad en un mundo globalizado: papel de la empresa y del empresariado*. Documentos de trabajo, IDOE-Instituto de Dirección y Organización de Empresas, Universidad de Alcalá, N° 361, 2014. ISBN 84-8187-224-5. Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/20471>
- GARCIA, JOSÉ FRANCISCO** (2009) *¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*. Revista Actualidad Jurídica, N°19, Universidad de Chile. Disponible en: <https://derecho.udd.cl/investigacion/files/2010/05/Inflaci%C3%B3n-de-superintendencias-Un-diagn%C3%B3stico-cr%C3%ADtico-J-F-GARC%C3%8DA.pdf>
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO** (1991) *La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho*. Estudios penales y criminológicos, N°15, pp. 79-98. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2103557>
- GARCÍA PELAYO, MANUEL** (1985) *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, pp.211
- GARRIDO-FALLA, FERNANDO** (2006) *Tratado de derecho administrativo, vol. 2*, Duodécima edición, Editorial Tecnos, pp. 532
- GENEVIEVE, VINEY; JOURDAIN, PATRICE** (1998). *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Tomo IV, L.G.D.J, pp. 1126

- GOBERT, JAMES & PUNCH, MAURICE** (2003) *Rethinking Corporate Crime*. Editorial Cambridge University Press, pp. 379.
- GOLDMAN, DIEGO HERNAN** (2017) *Análisis Económico del Derecho penal y Derecho penal liberal: confluencias y bifurcaciones*. Revista Derecho penal y criminología, Vol. 38, N° 104, pp.13-74. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5208>
- GOLDMAN, DIEGO HERNAN** (2018) *Bases para el análisis económico de los sistemas de compliance penal*. Revista IUS ET VERITAS, N°57, diciembre-2018, pp. 14-28. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/332826616 Bases para el analisis economic o de los sistemas de compliance penal](https://www.researchgate.net/publication/332826616_Bases_para_el_analisis_economico_de_los_sistemas_de_compliance_penal)
- GOLDSCHMIDT, JAMES** (2010) *Derecho, Derecho penal y proceso. Problemas Fundamentales del Derecho*. Traducción al español, Editorial Marcial Pons, pp.883
- GOLDSMITH, MICHAEL & KING, CHAD** (enero 1997) *Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance Programs*. Vanderbilt Law Review, Vol.50, N°1, enero-1997, pp.3-18. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vanlr50&div=18&id=&page=>
- GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS** (2011). *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 1ª Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, pp.393.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL** (2017) *La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento*, Revista de Administración Pública, N° 203, mayo-agosto 2017, pgs. 57-88. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.02>
- GUTIERREZ PEREZ, ELENA** (2015) *Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La "eficacia e idoneidad" como principios rectores tras la reforma de 2015*. Revista General de Derecho Penal, N°24, pp-1-24. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5327628>
- IGLESIAS, CARLOS** (2007) *Cerradura operacional y cognición en la Teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann*. VII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Disponible en: <http://cdsa.aacademica.org/000-106/367.pdf>
- IWASAKI, MASAKI** (septiembre 2020) *A model of Corporate Self-Policing and Self-Reporting*. International Review of Law and Economics, Vol.63. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3449512](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449512)
- JIMENEZ JIMENEZ, DANIEL FERNANDO** (2015) *La culpa en el Derecho administrativo sancionador*. Editorial Universidad de los Andes, pp. 145

- MARTÍN FIORINO, VICTOR** (2000). *Acuerdo y normas. Los códigos en la ética empresarial*. Revista Telos, Vol 2, N°2, pp.278-283. Disponible en: <http://ojs.urbe.edu/index.php/telos/article/view/992>
- MILKES SANCHEZ, SARAH** (2018) *Los programas de cumplimiento o compliance program en Colombia: ¿una amenaza para la plena garantía de los derechos constitucionales?*. [Tesis de grado] Editorial Universidad Externado de Colombia, pp. 144.
- MILLER, GEOFFREY** (2014) *An Economic Analysis of Effective Compliance Programs*. NYU Law & Economics Research Paper Series Working Paper, p. 14-39 Forthcoming in Jennifer Arlen, ed., *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing* (Edward Elgar 2015) Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2533661](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2533661)
- MOLINA-SABANDO, LIZANDRO; BRIONES-VÉLIZ, ITALO Y ARTEAGA COELLO, HELEN** (2016) *El comportamiento organizacional y su importancia para la administración de empresas*. Revista Científica Dominio de las Ciencias, Vol 2, N°4, octubre-2016, pp.498-510. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5802885>
- MONTERROSA, HEIDY** (31 de agosto de 2019). *Mipymes representan 96% del tejido empresarial y aportan 40% al PIB*. La República. Recuperado de: <https://www.larepublica.co/economia/mipymes-representan-96-del-tejido-empresarial-y-aportan-40-al-pib-2903247>
- MOSCO SO DEL PRADO, JAVIER Y CAZORLA PRIETO, LUIS MARÍA** (2017) *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos*. Editorial Aranzandi, pp.460.
- NIETO GARCÍA, ALEJANDO** (1994). *Derecho Administrativo sancionador*, segunda edición, Editorial Tecnos, pp. 494.
- NIETO MARÍN, ADÁN** (2008) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*. Nueva Doctrina Penal, N°1, pp.125-159. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740728>
- NIETO MARÍN, ADÁN** (2008) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. 1ª edición, Editorial Iustel, Madrid, pp.360
- NYU SCHOOL OF LAW** [Program on Corporate Compliance and Enforcement]. (2019, Agosto 5). *A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs* [Archivo de video] Recuperado de: [https://www.youtube.com/watch?v=OhSAT\\_8oLSY](https://www.youtube.com/watch?v=OhSAT_8oLSY)
- LOZANO AGUILAR, JOSÉ FELIX** (2007) *Códigos Éticos y Auditorías éticas*. Revista Veritas, Vol 2, N°17, pp.225-251. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/28240982\\_Codigos\\_eticos\\_y\\_auditorias\\_eticas](https://www.researchgate.net/publication/28240982_Codigos_eticos_y_auditorias_eticas)
- OCDE** (2015) *Corporate Governance and Business integrity. A Stocktaking of Corporate Practices*. Disponible en: <https://www.oecd.org/corruption/corporate-governance-business-integrity-stocktaking-corporate-practices.htm>

- OCDE** (2018), *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>
- OSBORNE, DAVID & GAEBLER, TED** (1994) *Un nuevo modelo de gobierno: cómo transforma el espíritu empresarial al sector público*. Ediciones Gernika, pp. 502.
- OSSA ARBELAEZ, JAIME** (2009) *Derecho administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. 1ª edición, Editorial Legis S.A, pp. 700.
- OSSA BOCANEGRA, CAMILO** (2015). *Análisis económico de las sanciones administrativas en el derecho de la competencia y el consumo*, Revista Derecho del Estado n.º 35, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre-2015, pp. 151-179. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n35.06>.
- OST, FRANÇOIS Y VAN DE KERCHOVE, MICHEL** (2002) *De la pyramide au reseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruselas. Facultés Universitaires Saint Louis, pp. 595.
- PARADA VÁSQUEZ, RAMÓN** (2019) *Derecho Administrativo, II, Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 22ª edición, Editorial Open, pp. 669
- PASTORE, BALDASSARE** (2014). *Soft Law y las teorías de las fuentes del derecho*, Soft Power, Vol. 1, N°1, enero-junio 2014, pp. 75-89. Disponible en: <http://www.softpowerjournal.com/web/?p=90>
- PEMÁN GAVÍN, JUAN MARIA** (2000) *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones administrativas*, Editorial Cedecs, pp.432.
- PEREZ CEPEDA, MAXIMILIANO** (2016) *La conducta organizacional: ¿es necesario instaurar un código de conducta organizacional?* Revista Empresarial, Vol.10, N°1, enero-marzo 2016, pp. 21-26. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5580336>
- PETRO GONZÁLEZ, INGRID REGINA; MOSQUERA RENTERÍA, JENNIFER & TORRES MOLINA, LUZ ELENA** (2014). *La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia*. Revista Criminalidad, N°56, pp. 87-102. Disponible en: [https://www.policia.gov.co/sites/default/files/la\\_responsabilidad\\_penal\\_de\\_personas\\_juridicas\\_como\\_omision\\_legislativa\\_en\\_colombia.html](https://www.policia.gov.co/sites/default/files/la_responsabilidad_penal_de_personas_juridicas_como_omision_legislativa_en_colombia.html)
- PONCE BARBA, JAVIER** (2015) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva de la legislación mexicana ¿sanción penal o medida administrativa?* [Tesis Doctoral, CEU Universidad San Pablo], p.20. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20170908\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20170908_03.pdf)
- POSNER, RICHARD** (2007) *El análisis económico del Derecho*. Traducción de Eduardo Suárez. Editorial Fondo de Cultura Económica, pp.1126.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS LLP** (2010) *Tone from the Top. Transforming words into action*. Disponible en: <https://pwc.blogs.com/files/toner-from-the-top.pdf>
- REBOLLO PUIG, MANUEL** (1989) *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración Pública INAP, pp. 769

- REBOLLO PUIG, MANUEL** (2016) *Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores*. Revista IUS ET VERITAS, N°53, diciembre 2016, pgs. 220-245. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6083523>
- RUIZ RENGIFO, HOOVER WADITH** (2017) *El compliance eficaz como causa de irresponsabilidad de las personas jurídicas. La urgente necesidad en Colombia de castigar penalmente a las empresas*. Disponible en sitio web: <https://ficip.es/wp-content/uploads/2017/03/Ruiz-Rengifo.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>
- RAMÍREZ-TORRADO, MARÍA LOURDES & ANÍBAL-BENDEK, HERNANDO V.** (2015) *Sanción administrativa en Colombia*. Revista Universitas, N°131, pp. 107-148. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.saec>
- RAYÓN BALLESTEROS, MARÍA CONCEPCIÓN** (2018). *Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso*. Anuario Jurídica y Económico Escurialense AJEE, N°51, pp. 197-222. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6332784>
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO** (1986) *Derecho Penal-Parte General*. Decima Edición. Publicaciones universidad Externado de Colombia, pp.328
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO** (2016) *Derecho Societario. Tomo I*. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis, pp.912.
- RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS** (1996) *Societas delinquere potest. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión*, La ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N°5 págs. 1490-1495. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_08.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_08.pdf)
- RUIZ, PABLO; RUIZ, CARMEN Y MARTINEZ, RICARDO** (2012) *Cultura organizacional ética y generación de valor sostenible*. Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la empresa, Vol.18, N°1, enero-abril 2012, pp.17-31. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1135252312600586>
- SHELTON, DINAH** (2003) *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford University Press, pp. 592
- SILVA-SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA** (2013) *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Editorial Atelier, pp. 336.
- SUAY RINCÓN, JOSÉ** (1989) *Sanciones administrativas*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, pp.221.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER** (1999) *De la responsabilidad civil*, Tomo I, en Teoría General de la responsabilidad, Editorial Temis, pp.2710
- TIEDEMANN, KLAUS** (1988), *Die "Bebüssung" von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bek.mpfung der Wirtschaftskriminalit.t.*, NJW, 41, p.g. 1172; sobre el desarrollo que efectúa su discípulo M. Brender (1989: particularmente 105 y ss.).

- TIEDEMANN, KLAUSS** (1995) *La responsabilita penale delle persone giuridiche in diritto comparato*, RIDPGS, pp. 625 ss.
- TROKLUS, DEBBIE; WARNER, GREG Y WOLLSCHLAGER, EMMA** (2018) *Compliance 101 How to Build and Maintain an Effective Compliance and Ethics Program*. Minneapolis Society of Corporate Compliance & Ethics, pp.146.
- U.S DEPARTMENT OF JUSTICE CRIMINAL DIVISION** (Abril 2019) *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>
- VACA ONETO, VICTOR** (2019) *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano*. Revista Digital de Derecho Administrativo. N°21, pp.313-344. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708>
- VEIGA COPO, ABEL** (2014). *Responsabilidad de los administradores SAS. Deberes legales. Pérdidas, insolvencia*. Editorial Universidad del Rosario, pp.158.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO** (1985). *Derecho penal liberal y Estado de derecho*. Nuevo Foro Penal, N° 29, pp. 279-281. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4324>
- VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN** (1949) *Derecho Administrativo*. Tipográfica Editora Argentina, Citado en **Pinzón, Jorge & Carrillo, Fernando** (1985) *Sector Financiero y delincuencia económica*. Editorial Temis, pg.300.
- WATSON, ALAN** (1993) *Legal transplants: an approach to comparative law*. University of Georgia Press, 2<sup>nd</sup> Ed, pp.144
- WILS, W.P.J** (2013) *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*. Journal of Antitrust Enforcement, Vol.1, N°1. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/254939608\\_Antitrust\\_Compliance\\_Programmes\\_Optimal\\_Antitrust\\_Enforcement](https://www.researchgate.net/publication/254939608_Antitrust_Compliance_Programmes_Optimal_Antitrust_Enforcement)
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSE MIGUEL** (1994) *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas.*, CPC, N°53, pp. 613-627. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=50002>