

PRIMERA LÍNEA

No. 10, octubre 2019

MPA DERECHO PUNITIVO Y RIESGOS CORPORATIVOS

EQUIPO EDITORIAL

Mauricio Pava Lugo
Director Editorial

Andrés Felipe Díaz Arana
Director Académico

Paul Cifuentes
Editor

CONSEJO EDITORIAL

Andrés Felipe Zapata Zapata
Daniel Santiago Guio Díaz
Juan David León Quiroga

COLUMNISTAS

Javier Puyol
Carolina Montaña Fajardo
Daniel Santiago Guio Díaz
María de los Ángeles Ruiz Malaver
Mauricio Pava Lugo

EQUIPO EDITORIAL

MAURICIO PAVA LUGO

Director editorial

Director de la firma MPa derecho punitivo y riesgos corporativos, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; *conjuez* de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

ANDRÉS FELIPE DÍAZ ARANA

Director académico

Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes, Grado Cum Laude. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra (España), acreedor del Premio al Primer Puesto en la edición 2014-2015. Magíster en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Barcelona, tesis calificada Matrícula de Honor por Unanimidad. Especialista en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario. Profesor Titular en pregrado y posgrado en distintas universidades. Autor de varias publicaciones académicas sobre derecho penal y política criminal en revistas nacionales e internacionales.

PAUL CIFUENTES (Lingua Franca)

Editor

Licenciado en filología inglesa y aspirante a magister en filosofía de la Universidad Nacional. Ha sido docente consultor en redacción de textos jurídicos, inglés jurídico, traducción de textos jurídicos y lingüística forense para firmas distintas firmas y oficinas jurídicas; ha capacitado y asesorado despachos de la Rama Judicial. Ha actuado como perito convocado por las partes o por la Fiscalía General de la Nación. Es docente de los departamentos de Lingüística y Estadística de la Universidad Nacional de Colombia, en las áreas de redacción de textos jurídicos, argumentación oral, y comprensión y producción de textos académicos; está vinculado con la Unidad de Docencia e Investigación en Textos Argumentativos (Universidad Nacional) y el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos. Es el Director académico y científico de *Lingua Franca: servicios lingüísticos y académicos*.

CONSEJO EDITORIAL

ANDRÉS FELIPE ZAPATA ZAPATA

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Asistente legal de la firma MPa derecho punitivo y riesgos corporativos, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, con más de nueve años de experiencia en la firma; se ha desempeñado como coordinador jurídico y, actualmente, lidera la elaboración de conceptos jurídicos y estructuración dogmática de las defensas penales.

DANIEL SANTIAGO GUIO DÍAZ

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado de la firma MPa derecho punitivo y riesgos corporativos, graduado de la Universidad Sergio Arboleda y perteneciente al programa de honores de la misma universidad; realizó estudios de profundización en derecho internacional y derecho comparado en la Universidad Sergio Arboleda de Madrid – España. Fue orador en el XIX Concurso Interamericano de Derechos Humanos de la American University en Washington D.C.; cuenta con conocimientos especializados sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al interior de la firma, se desempeña en planes de defensa corporativa, programas de cumplimiento, instrumentalización de decisiones, estructuración de medidas de gobierno corporativo y apoyo a la gestión en materia de libro blanco. Presidente del Consejo Editorial de *Primera Línea*.

JUAN DAVID LEÓN QUIROGA

Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado de la firma MPa derecho punitivo y riesgos corporativos, graduado de la Universidad del Rosario con profundización y especialización en Derecho Penal de la misma academia, Master en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona en convenio con la Universidad Pompeu Fabra y Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona. Con amplio conocimiento sobre la acción de extinción de dominio y su aplicación práctica, prevención del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo en el sector corporativo y la aplicación de programas de cumplimiento.

COLUMNISTAS

JAVIER PUYOL

Abogado, socio director de Puyol Abogados y socio de Lex Informática (México), Lemat Abogados y Consultores, Becompliance S.L., y Tecnocompliance S.L. Doctor en Derecho y Premio Ext. Cum Laude de la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, magistrado excedente, ex letrado del Tribunal Constitucional, ex director de la Asesoría Jurídica Contenciosa del BBVA; consultor en tecnologías de la información y comunicación, administrador concursal, árbitro, mediador civil y mercantil; y profesor universitario y académico de la Real Academia de Jurisprudencia.

CAROLINA MONTAÑA FAJARDO

Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada, con especialización en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y Máster en *Compliance Officer* de la Universidad Complutense de Madrid. Cuenta, además, con estudios tecnológicos en criminalística y ciencias forenses. Se desempeñó, durante varios años, como investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) y como abogada de la firma MPa Derecho punitivo y riesgos corporativos y columnista de MPa *Primera Línea*.

DANIEL SANTIAGO GUIO DÍAZ

Abogado de la firma MPa derecho punitivo y riesgos corporativos, graduado de pregrado de la Universidad Sergio Arboleda y perteneciente al programa de honores de la misma universidad. Especialista en Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes con diplomado de formación ejecutiva en Gestión de Riesgos Corporativos de la misma universidad. En la firma MPa, se desempeña en planes de defensa corporativa, programas de cumplimiento, instrumentalización de decisiones, estructuración de medidas de gobierno corporativo, apoyo a la gestión en materia de libro blanco y gestión de litigios. Autor, columnista y miembro del Consejo Editorial del boletín académico *Primera Línea*.

MARÍA DE LOS ÁNGELES RUIZ MALAVER

Abogada de la firma MPa derecho punitivo y riesgos corporativos, graduada con título honorífico Cum Laude de la Universidad Santo Tomás con profundización en derecho comercial. Obtuvo mención especial por mejor promedio acumulado de la carrera. Al interior de la firma, se desempeña en el área de litigio estratégico y lidera los procesos de extinción de dominio. Es columnista de MPa *Primera Línea*.

MAURICIO PAVA LUGO

Director de la firma MPa derecho punitivo y riesgos corporativos, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuez de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

CONTENIDO

<u>¿UNA JUSTICIA DE APLAUSOS?</u>	9
MAURICIO PAVA LUGO	9
<u>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRECISA LOS ELEMENTOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA</u>	13
DANIEL SANTIAGO GUIO DÍAZ	13
<u>TENSIÓN ENTRE LA VIGILANCIA EMPRESARIAL Y LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR</u>	24
MARÍA DE LOS ÁNGELES RUIZ MALAVER	24
<u>LOS CÓDIGOS DE ÉTICA: LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DEBER SER COMO RESPUESTA A LA MALA PRAXIS EMPRESARIAL</u>	40
CAROLINA MONTAÑA FAJARDO Y JAVIER PUYOL	40

¿Una justicia de aplausos?

Mauricio Pava Lugo¹

La rápida y espectacular captura de la hija de Aida Merlano es solo una de las, cada vez más frecuentes, acciones de las autoridades frente a eventos que, por su magnitud mediática, están sujetas al ojo público. La sociedad pide resultados y, sin lugar a duda, se los dan.

Seguramente, no ha sido ni el primero, ni el único. Ferrajoli (tan olvidado en estos tiempos de artificiales eficientismos) cuestionaba una justicia que actuaba esperando el aplauso de las mayorías. Precisamente, su punto principal es que esta justicia se convertía en ilegítima; lo peor es que su vocación “espectacular” la ponía al vaivén de las temperaturas sociales y de los regímenes de turno. En síntesis, se trata de una justicia que atiende a la imagen, a las apariencias, pero que —en sí misma— es insegura, porque la objetividad, la estricta legalidad y los demás principios fundamentales son conceptos menores, que se diluyen entre titulares y comunicados.

Por supuesto, en las entrañas de este problema, existe una corresponsabilidad social: los medios de comunicación, los operadores de la justicia (públicos y privados), la comunidad en general. Todos, de una forma u otra, hemos llegado a conformarnos con publicitar la desgracia ajena en el marco de la *vendetta* pública que es el actual proceso penal en nuestro país, desigual y difícil en oportunidades. Sin embargo, nos quejamos de la justicia, de su enorme deterioro, e insistimos en la necesidad de enderezar caminos, de reformarla.

¹ Director de la firma MPa Derecho punitivo y riesgos corporativos, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

Pues bien, para corregir, es necesario empezar por oponernos al modelo contracultural que tuvo su génesis en la incorporación del sistema acusatorio, conforme al cual abogados y fiscales se graduaron como enemigos mutuos. Por su parte, los jueces se convirtieron en espectadores, a quienes, en respeto a una “seudo-imparcialidad”, se les prohíbe inmiscuirse en asuntos distintos a los que las partes les proponen. Algunos, con esa excusa, se abstienen de intervenir en asuntos que, verdaderamente, ameritarían activismo judicial para encausar el proceso.

La verdad es que siempre ha existido corrupción en la justicia, como en todo servicio público (aunque, tal vez, no en las dimensiones actuales), al igual que errores judiciales. No obstante, en los estrados de antaño, existía un profundo deber de apegarse a la imparcialidad. Los servidores de la justicia sabían que su obligación, más allá de los resultados en función de la gestión cuantitativa de desempeño, de las métricas estadísticas, era resolver en Derecho.

Hoy, en ocasiones cada vez más frecuentes, vemos la injusticia legalizada. En una amplia discrecionalidad, por ejemplo, hemos tenido que presenciar cómo se aplican principios de oportunidad en unos casos, pero no en otros de igual talante. Similarmente, vemos cómo, selectivamente, se investiga y judicializa, sin una objetiva aplicación del principio de igualdad. Los patrones y criterios no resultan claros en todos los casos. Eso, por supuesto, solo contribuye a fomentar un “oscurantismo judicial” en el cual no se sabe distinguir entre la discrecionalidad y la arbitrariedad.

Es necesario, por ejemplo, recomponer la actuación de la Fiscalía, en función del principio de objetividad conforme al cual ésta “(...) adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley”². En este sentido, el Fiscal, antes que un litigante en la investigación, es un funcionario público que se debe regir por la estricta legalidad, guiado por los principios de imparcialidad, objetividad y transparencia, que no siempre apuntan en el mismo sentido del eficientismo y la medición estadística. Cada caso en su momento, cada decisión según su oportunidad; todo, en el marco de un sistema igualitario en el que la priorización sea la excepción y no, como ahora, la regla general que dicta cuáles casos avanzan y cuáles no. Esto permitirá construir un modelo más justo y legítimo, que, al final, le genere seguridad a la ciudadanía.

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Septiembre, 2004. No. 45.658.

Desde la perspectiva anterior, quienes lideran las instituciones asumirían la responsabilidad pública de dar el debate técnico (a veces impopular) con pedagogía, y se esperaría que los medios de comunicación abrieran estos espacios. De poco o nada, sirven las intervenciones legislativas y medidas ejecutivas que se gobiernan por el vaivén de la popularidad. Propuestas recurrentes, especialmente en relación con casos de delincuencia sexual y corrupción, aunque contentan a las mayorías, socavan las bases del Estado de Derecho.

En esta entrega de Primera Línea

Esta entrega es muy especial, porque contamos con la concurrencia de una gran abogada que ha pertenecido al equipo de *Primera Línea* desde sus inicios. Tenemos el gusto de contar con ella desde la distancia, desde donde continúa con su exitoso proceso de formación. Además, nos acompaña, en este artículo, con el profesor Javier Puyol, a quien conocemos por sus muy solventes y prolíficos estudios en materia de *compliance*. De allí, que nos honre el artículo escrito a cuatro manos sobre la evolución de los códigos de ética empresarial.

Estas participaciones, son —sin lugar a duda— de toda la importancia, pues dotan de contenido el importantísimo instrumento de cumplimiento, para que reconozcamos, en él, algo más que una declaración de principios. No perdamos de vista que es una institución que refleja, en su nacimiento y evolución, el acuerdo que los ciudadanos corporativos (con cada vez más conciencia) vienen suscribiendo para reconducir el comportamiento en los negocios, en el sentido de que no se pueden hacer de cualquier manera.

A la par de este artículo, está el de una columnista, quien —prestada al derecho penal por el derecho privado— hoy pretende regresar a sus orígenes. Su columna se nutre de su formación en otras áreas del Derecho y nos ofrece una visión ampliada del Derecho punitivo, que no es propiedad solo de los penalistas, pues ya es un ejercicio transversal a todos los segmentos. Esta contribución nos deja una reflexión importante: A los empresarios se les exige combatir el fraude interno, vigilar a sus empleados, so pena de tener que responder vicarialmente por sus conductas. Sin embargo, cuando acuden a expertos en gestión e investigación de riesgos corporativos, este hecho, por sí mismo, es mirado con desconfianza, bajo la

creencia de que se están abrogando competencias que no les corresponden, como si el principio de autorregulación regulada no fuera ya una imposición legal.

Corte Suprema de Justicia precisa los elementos de la imputación objetiva

Daniel Santiago Guio Díaz³

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 12 de junio de 2019, se ocupó del caso del conductor de una ambulancia que infringió las normas de tránsito y ocasionó una colisión con otra camioneta. Al respecto, recordó que la infracción al deber objetivo de cuidado no basta para imputar jurídicamente un resultado, por lo que centró su fallo en reiterar y precisar los elementos de la teoría de la imputación objetiva. En el fallo, la Corte actualizó su línea respecto al alcance de los elementos de la imputación objetiva, específicamente, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de éste en el resultado.

Sumario:

I. Introducción II. Antecedentes fácticos y procesales III. Consideraciones de la sala IV. Toma de postura

I. Introducción

³ Abogado de la firma MPa Derecho Punitivo y Riesgos Corporativos, graduado de pregrado de la Universidad Sergio Arboleda y perteneciente al programa de honores de la misma universidad. Especialista en Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes con diplomado de formación ejecutiva en Gestión de Riesgos Corporativos de la misma universidad. En la firma MPa, se desempeña en planes de defensa corporativa, programas de cumplimiento, instrumentalización de decisiones, estructuración de medidas de gobierno corporativo, apoyo a la gestión en materia de libro blanco y gestión de litigios. Autor, columnista y miembro del Consejo Editorial del boletín académico *Primera Línea*.

La tesis de la infracción del deber objetivo de cuidado surgió en la teoría finalista del delito como una respuesta de Hans Welzel a quienes cuestionaban la falta de intencionalidad en los delitos culposos⁴. Dicha tesis afirma que lo que se reprocha en el delito imprudente es la “no observancia del deber de cuidado exigible en el desarrollo de la acción generadora del resultado lesivo”⁵.

En los delitos imprudentes, la teoría de la infracción al deber objetivo de cuidado había sido aplicada regularmente por parte de la Corte Suprema de Justicia como presupuesto de la imputación jurídica del resultado⁶. Parecía, por lo general, en aquellos casos de delitos imprudentes, que el incumplimiento de la norma era el único presupuesto para la configuración de la infracción al deber objetivo de cuidado, tal y como se hace actualmente en algunos casos en los que se analizan delitos dolosos, en los cuales basta con decir que se actuó con conocimiento y voluntad⁷.

Sin embargo, desde el año 2018, después de una línea jurisprudencial vacilante⁸ y de recoger la postura sostenida desde 2017⁹, la Corte concluyó que la teoría de la imputación objetiva proponía la sustitución del elemento de la infracción del deber objetivo de cuidado por los elementos de creación de un riesgo

⁴ La primera respuesta a estos cuestionamientos se dio a través de la tesis de la finalidad potencial, revaluada luego con la de infracción al deber objetivo de cuidado. Ver más en: REYES, Yesid. El concepto de imputación objetiva. En: Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Octubre – Diciembre, 2002. no. 1, pp. 13–14.

⁵ *Ibid.*, p.13.

⁶ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 37249 sentencia (30, noviembre, 2011) M.P. Luis Guillermo Salazar Otero; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 33920 sentencia (11, abril, 2012) M.P. Augusto Ibañez Guzman; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 36422 sentencia (02, mayo, 2012) M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 340820 sentencia (25, mayo, 2013) M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 39233 sentencia (25, mayo, 2015) M.P. María del Rosario González Muñoz.

⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 43202 sentencia. (27, septiembre, 2017). M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. El tribunal, en la sentencia impugnada, concluyó que el procesado había actuado a título de dolo, sin precisar en cuál de sus modalidades específicamente se ubicaba la conducta, pero, por los argumentos que adujo, se establece que le imputó dolo directo de primer grado, comoquiera que fue repetitivamente enfático en sostener que (el procesado) sabía lo que hacía y quería el resultado.

⁸ Esta posición se encuentra entre la infracción al deber objetivo de cuidado por el simple incumplimiento de la norma y la infracción al deber objetivo de cuidado de cuidado con presupuestos adicionales al del incumplimiento de la norma, propios de la teoría de la imputación objetiva. Ver: COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 34317 sentencia (28, septiembre, 2011) M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 32606 sentencia (24, octubre, 2012) M.P. José Luis Barceló Camacho; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 39645 sentencia (13, agosto, 2013) M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 47723 sentencia (13, agosto, 2016) M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 46833 auto interlocutorio (26, septiembre, 2016) M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 49304 auto interlocutorio (08, marzo, 2017) M.P. José Luis Barceló Camacho; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 48324 sentencia (02, agosto, 2017) M.P. Eyder Patiño Cabrera.

desaprobado y la realización de dicho riesgo en el resultado. Lo anterior, en un intento por superar la atribución del resultado por la mera comprobación de su relación causal con la acción y la infracción del deber de cuidado¹⁰.

En el contexto reseñado, se desarrolla la Sentencia del 12 de junio de 2019, expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y cuyo número de radicado es 50523. Aquí, se analizarán los antecedentes fácticos y jurídicos de carácter sustancial y procesal, con el fin de verificar lo dicho por la Corte en relación con los presupuestos del juicio de imputación objetiva y, así, validar si ésta mantuvo o modificó la línea jurisprudencial existente, o si, por el contrario, creó una nueva.

II. Antecedentes fácticos y procesales

En abril de 2010, en una intersección vial, se presentó una colisión entre una camioneta conducida por HT y una ambulancia conducida por CR, en cuyo interior se encontraban JB (a quien, producto de la colisión, se le dictaminó una incapacidad legal definitiva de 12 días sin secuelas) y SO (a quien, con ocasión de la colisión, se le dictaminó 20 días de incapacidad con secuelas de carácter permanente). SO estaba siendo trasladada en la ambulancia a un hospital, con el fin de que le fuese practicado un procedimiento de cesárea.

La ambulancia conducida por CR transitaba por un carril exclusivo destinado a transporte público masivo, a una velocidad entre 50 y 60 km/h, con la luz de emergencia encendida, pero con la señal sonora (sirena) apagada. Por su parte, la camioneta conducida por HT transitaba a una velocidad entre 10 y 15 km/h, e ingresó a la intersección luego de sobrepasar el semáforo que se encontraba en luz roja.

Frente a los hechos narrados, CR fue enjuiciado por la presunta comisión del delito de lesiones culposas en contra de JB y SO. En primera instancia, fue absuelto; en segunda instancia, se revocó la absolución y,

¹⁰ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 48801 sentencia (7, noviembre, 2018) M.P. Patricia Salazar Cuellar.

en su lugar, se condenó a CR por el delito de lesiones personales culposas en el entendido de que había infringido el deber objetivo de cuidado, por aproximarse a una intersección a más de 30 km/h y por no utilizar la sirena¹¹.

III. Consideraciones de la Sala

El problema jurídico, para la Corte, se centró en si era posible imputar objetivamente el resultado a CR, conductor de la ambulancia. Adicional a lo anterior y en virtud de los antecedentes fácticos y procesales, la Corte advirtió que, en el estudio de imputación objetiva en relación con el conductor de la ambulancia, también se debía tener en cuenta la acción del conductor de la camioneta, quien infringió la norma que le exigía detenerse ante la luz roja del semáforo.

La Corte indicó que abordaría el juicio de imputación desde la teoría de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado o el incremento del riesgo permitido, con base en lo dicho por la Sala en ocasión reciente¹². En ese orden de ideas, para la Corte, el análisis se debía centrar en si la acción del conductor de la ambulancia generó una puesta en peligro jurídicamente desaprobada para el bien jurídico de la integridad personal y si ese riesgo prohibido se materializó en el resultado o si excedió el peligro permitido.

Analizada la normativa invocada por la segunda instancia para condenar al conductor de la ambulancia, la Corte indicó que las ambulancias pueden superar los límites de velocidad establecidos por la norma de tránsito, dada su naturaleza de responder frente a situaciones en las que están de por medio la salud y la vida de las personas. Por lo mismo, el conductor de la ambulancia no produjo ninguna situación de riesgo desaprobado al movilizarse a una velocidad cercana a los 60 km/h, pues, en palabras de la Corte, esa acción le era autorizada y se trataba de un riesgo permitido, lo cual excluía la imputación del daño. Lo anterior se halla en discrepancia de lo concluido por la segunda instancia, para quien la normativa que

¹¹ La segunda instancia tuvo en cuenta, para condenar a CR, la interpretación que hiciera de los artículos 2, 64 y 74 del Código Nacional de Tránsito, y el “Protocolo Municipal para ambulancia del carril exclusivo”, fijado por la empresa MEGABUS S.A.

¹² COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. cit., Rad. 48801.

indicaba que, en las intersecciones controladas por un semáforo, todos los vehículos debían disminuir su marcha a 30 km/h, también aplicaba para las ambulancias.

Para la Corte, en cambio, ha de tenerse presente el fin de protección de la norma como criterio para resolver la situación en comento. Según este criterio, la norma fundamentadora de la responsabilidad no tiende a la protección general de todos los daños imaginables, sino sólo de aquéllos que se producen del modo en que la norma pretenda lograr su evitación. En ese sentido, el resultado sólo podría imputársele a quien infringe el deber objetivo de cuidado descrito en la norma, por demás dirigida a los ciudadanos del común y no a quienes conducen una ambulancia en una emergencia. Es decir, si bien el acusado contribuyó causalmente al resultado, no creó un riesgo jurídicamente desaprobado.

Adicionalmente, la Corte trató otro de los presupuestos de la imputación objetiva al referirse al principio de confianza. Explicó, para este caso, que la verdadera creación del riesgo desaprobado surge para el conductor que omitió la señal del semáforo, pues los demás conductores ejercen su actividad confiados en que sus pares acatarán la norma de tránsito. Esa confianza se refuerza para los conductores de vehículos de emergencia, en la medida en que la norma de tránsito les otorga prelación en la vía, lo que implica el deber para los demás actores del tráfico de cederles el paso.

En relación con los argumentos del *ad quem* respecto de la no utilización de la sirena por parte de CR y del incumplimiento del protocolo para el uso exclusivo del carril de transporte masivo¹³, la Corte sostuvo que el alcance de la norma que regula la forma en la que se deben anunciar las ambulancias indica que basta con que anuncien su presencia a través de una señal óptica o audible, siendo estas las alternativas¹⁴. Por otra parte, el protocolo para el uso exclusivo del carril de transporte masivo surgió a raíz de un accidente en noviembre de 2010, razón por la cual no le era exigible a CR, cuyo accidente ocurrió en abril del mismo año.

Por lo anterior, al tener permitido anunciarse sólo con la señal óptica y al no existir norma que restringiera el tránsito de vehículos de emergencia por el carril exclusivo del transporte público masivo para el momento

¹³ “Protocolo Municipal para ambulancia del carril exclusivo”, fijado por la empresa MEGABUS S.A.

¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 769 de 2002 (6, julio, 2002). Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2002. no. 44.932. Artículo 64.

de la ocurrencia de los hechos, el conducto de la ambulancia no creó un riesgo jurídicamente desaprobado. En otras palabras, el acusado, en su rol de conductor de ambulancia, si bien ejecutó acciones peligrosas, éstas fueron jurídicamente aceptadas, pues las ejerció dentro de los límites del riesgo permitido inherente a la función de los vehículos de emergencia¹⁵.

Para la Corte, tomando como base a Claus Roxin¹⁶, el juicio de imputación objetiva se debe hacer validando (1) que el comportamiento del autor cree un riesgo no permitido para el objeto de la acción, (2) que el riesgo creado se realice en el resultado concreto y (3) que el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. Verificada la existencia de estos tres presupuestos, se puede afirmar la existencia de tipicidad objetiva.

IV. Toma de postura

Es claro que la Corte ha dejado de lado la imputación jurídica del resultado basada en el incumplimiento de la norma como único presupuesto de la infracción al deber objetivo de cuidado. Se observa, en este fallo (con el que este autor se encuentra de acuerdo en términos generales desde el punto de vista doctrinal¹⁷), que la Sala Penal de la Corte reitera y actualiza lo que, de manera uniforme, ha venido sosteniendo desde 2017¹⁸, cuando adquirió una posición unánime en torno a la aplicabilidad de la teoría de la imputación objetiva. Su postura se refleja así: “El procesado infringió el deber objetivo de cuidado,

¹⁵ En cambio, para la Corte, la acción riesgosa desaprobada fue la conducta del conductor de la camioneta, quien desconoció la norma de tránsito que lo obligaba a detenerse, no sólo ante la luz roja del semáforo, sino ante la ambulancia que tenía prioridad en la vía, la cual anunciaba su marcha a través de la señal visual y, por lo mismo, debía cederle el paso. Si bien, a raíz de dicho análisis, la Corte planteó la posibilidad de que se adelantara la acción penal en contra del conductor de la camioneta, el *ad quem* advirtió que la acción penal estaba prescrita.

¹⁶ Ver: ROXIN, Claus. *Chengchi Law Review* 59 (1994), p. 221. Tomado de CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal, p. 57. J.M. Bosch Editor. 1998.

¹⁷ Ver más en: REYES. Op. cit.; REYES, Yesid. Intervención delictiva e imputación objetiva. *En: Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*. Octubre–Diciembre, 2007. no. 21, pp. 5-32.; SILVA, Jesús María. Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir. *En: Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*. Julio–Septiembre, 2015. no. 52, pp. 173-195; SÁNCHEZ, Esiquio. Imputación objetiva y delito imprudente. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018; REYES, Yesid. Imputación objetiva. Bogotá: Temis, 1996; DE JESÚS, Damásio. Imputación objetiva. Buenos Aires: B de F, 2006; CANCIO MELIÁ, Manuel. “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva”. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

¹⁸ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. cit., Rads. 49304 y 48324.

porque no observó las reglas (...) que imponen (...) actuar con diligencia y cautela, para evitar la creación del peligro que condujo inevitablemente a la concreción del resultado lesivo”¹⁹.

Sin embargo, más allá de que la postura de la Corte en esta sentencia parece uniforme, tres aspectos principales se pueden extraer. El primero es que, en esta sentencia, gracias al análisis realizado por la Sala, desde un principio, se hubiese podido resolver el caso concluyendo que no hubo una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, en tanto no hubo incumplimiento de la norma. Por lo mismo, el análisis realizado por la Corte en relación con el fin de protección de la norma no hubiese sido necesario, en tanto este elemento, en la doctrina, está ligado, tradicionalmente, al de la concreción del riesgo en el resultado y no al de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado²⁰.

Segundo, al plantear el problema jurídico, la Corte deja ver la falta de unificación de criterios al decir que abordaría el caso desde “la teoría de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado o el incremento del riesgo permitido” y que verificaría si el riesgo creado por el conductor de la ambulancia se “materializó en el resultado o excedió el peligro permitido”. Para este autor, si bien la Corte resuelve el problema por la teoría de no creación del riesgo jurídicamente desaprobado (en tanto no hubo incumplimiento de la norma), en un principio, no es precisa al plantear el problema jurídico a resolver, pues se tratan como iguales elementos de la teoría de la imputación objetiva que, doctrinalmente, no lo son²¹.

Tercero, analizando la sentencia objeto de esta columna, es posible concluir que el desgaste del sistema no habría sido necesario si se hubiesen tenido claros los presupuestos de la imputación objetiva, por lo menos, desde la segunda instancia. Puede ser que el tribunal hubiese confirmado la sentencia de primera instancia; más aún, puede que ni el fiscal ni la representación de víctimas hubiesen impugnado el fallo de primera instancia.

¹⁹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. cit., Rads. 49304, 48324 y 48801.

²⁰ REYES, Yesid. El concepto de imputación objetiva. En: Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Octubre – Diciembre, 2002. p. 14 - 17.

²¹ JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en derecho penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Colección de estudios no. 1. Serie orientada por Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 45 – 47.; REYES, Yesid. Imputación objetiva. Bogotá: Temis, 1996. p. 90 y ss, 159 y ss.

Con lo anterior, la Corte no hace más que llamar a todos quienes actúan en el sistema para que estén en constante actualización de los últimos criterios jurisprudenciales. Sin embargo, sería ideal que la Corte tratara con mayor profundidad un tema tan denso dogmáticamente como lo es el de la imputación objetiva, pues se ve una multiplicidad de conceptos²² desde el año 2007, los cuales podrían causar confusión desde la jurisprudencia en aquéllos que deseen aplicar alguno de los pronunciamientos de la Corte en relación con la imputación objetiva. En ese sentido, sería muy enriquecedor si la Corte —de la misma manera en la que ha procedido en temas como el de la mejor evidencia²³, la dinámica de la audiencia preparatoria²⁴, las reglas de la formulación de imputación²⁵ o las reglas de la formulación de acusación²⁶—, en caso de tener la oportunidad, unificara criterios en relación con el tema de la imputación objetiva, y recogiera lo dicho al respecto.

Los casos en los que la Corte recopila conceptos que ha venido trabajando de manera uniforme, además de brindar seguridad jurídica, son de utilidad para ir dotando al sistema penal acusatorio de buenas prácticas.

Bibliografía

CANCIO MELIÁ, Manuel. “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva”. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

²² V.g., creación de riesgo jurídicamente desaprobado, riesgo permitido, ámbito de protección de la norma, concreción o realización del riesgo en el resultado, principio de confianza. Ver más en: COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. cit., Rads. 51882, 51410, 50523, 49304 y 48324.

²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 51410 sentencia (08, noviembre, 2017). M.P. Patricia Salazar Cuellar.

²⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 51882 sentencia (07, marzo, 2018). M.P. Patricia Salazar Cuellar.

²⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 51007 sentencia (05, junio, 2019). M.P. Patricia Salazar Cuellar.

²⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 44599 sentencia (08, marzo, 2017). M.P. Patricia Salazar Cuellar; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 52507 sentencia (07, noviembre, 2018). M.P. Patricia Salazar Cuellar.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 769 de 2002 (6, julio, 2002). Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2002. no. 44.932.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rad. 27388 sentencia (8, noviembre, 2007) M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 34317 sentencia (28, septiembre, 2011) M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 37249 sentencia (30, noviembre, 2011) M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 33920 sentencia (11, abril, 2012) M.P. Augusto Ibañez Guzman.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 36422 sentencia (02, mayo, 2012) M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 32606 sentencia (24, octubre, 2012) M.P. José Luis Barceló Camacho.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 340820 sentencia (25, mayo, 2013) M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 39645 sentencia (13, agosto, 2013) M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 39233 sentencia (25, mayo, 2015) M.P. María del Rosario González Muñoz.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 47723 sentencia (13, agosto, 2016) M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 46833 auto interlocutorio (26, septiembre, 2016)
M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 49304 auto interlocutorio (08, marzo, 2017) M.P.
José Luis Barceló Camacho.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 44599 sentencia (08, marzo, 2017). M.P. Patricia
Salazar Cuellar.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 48324 sentencia (02, agosto, 2017) M.P. Eyder
Patiño Cabrera.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 43202 sentencia. (27, septiembre, 2017). M.P.
José Francisco Acuña Vizcaya.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 51410 sentencia (08, noviembre, 2017). M.P.
Patricia Salazar Cuellar.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 51882 sentencia (07, marzo, 2018). M.P. Patricia
Salazar Cuellar.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 48801 sentencia (7, noviembre, 2018) M.P.
Patricia Salazar Cuellar.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 52507 sentencia (07, noviembre, 2018). M.P.
Patricia Salazar Cuellar.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 51007 sentencia (05, junio, 2019). M.P. Patricia
Salazar Cuellar.

DE JESÚS, Damásio. Imputación objetiva. Buenos Aires: B de F, 2006.

JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en derecho penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Colección de estudios no. 1. Serie orientada por Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

REYES, Yesid. Imputación objetiva. Bogotá: Temis, 1996.

REYES, Yesid. El concepto de imputación objetiva. En: Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Octubre – Diciembre, 2002. p. 5-34.

REYES, Yesid. Intervención delictiva e imputación objetiva. En: Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Octubre – Diciembre, 2007. no. 21, p. 5-32.

_____ ROXIN, Claus. Chengchi Law Review 59 (1994), pp.221. Tomado de CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal, pp. 57. J.M. Bosch Editor. 1998.

SÁNCHEZ, Esiquio. Imputación objetiva y delito imprudente. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018.;

REYES, Yesid. Imputación objetiva. Bogotá: Temis, 1996.

SILVA, Jesús María. Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir. En: Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Julio - Septiembre, 2015. no. 52, p. 173-195.

Tensión entre la vigilancia empresarial y la intimidad del trabajador

María de los Ángeles Ruiz Malaver²⁷

Los programas de cumplimiento empresarial tienen como finalidad implementar diferentes mecanismos para garantizar el efectivo acatamiento de normas éticas y legales, con el fin de prevenir que, al interior de la organización, se comenten conductas ilícitas. De allí se deriva un conjunto de deberes legales en cabeza del empresario como el deber de vigilancia. Sin embargo, en el desarrollo práctico de este deber legal, se pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores, particularmente, el derecho a la intimidad, lo que genera tensión entre los dos actores. En el marco de esta tensión, el empresario debe conocer muy bien el alcance y límites del deber en comento, pues su ejecución defectuosa o extralimitada conlleva, igualmente, consecuencias sancionatorias de índole administrativo y, en algunos casos, de índole penal.

Sumario

I. Introducción; II. El alcance del deber de vigilancia empresarial III. Del derecho fundamental a la intimidad del trabajador IV. Algunas consecuencias jurídicas de la extralimitación del deber de vigilancia del empresario V. Conclusión.

I. Introducción

²⁷ Abogada de la firma MPa Derecho punitivo y riesgos corporativos, graduada con título honorífico Cum Laude de la Universidad Santo Tomás con profundización en derecho comercial. Obtuvo mención especial por mejor promedio acumulado de la carrera. Al interior de la firma, se desempeña en el área de litigio estratégico y lidera los procesos de extinción de dominio. Es columnista de MPa *Primera Línea*.

El compliance es una herramienta que se ha desarrollado con el fin de establecer mecanismos y procedimientos al interior de las empresas con el fin de prevenir y controlar la comisión de conductas de diversa escala, -entre ellas las punibles- por parte de sus trabajadores²⁸. Lo anterior tiene su origen en dos razones: en primer lugar, la necesidad que surgió del Estado por trasladar el deber de investigación en cabeza de un ente privado, toda vez que las empresas, al estar más cerca de la fuente de información, pueden aportar elementos más precisos que colaboren con la administración de justicia, ello, como una solución de política criminal para que el ente acusador pueda ser más eficaz; y, en segundo lugar, la necesidad que tiene la empresa de incrementar la sostenibilidad de su modelo de negocio, su prestigio ante la opinión pública y su situación financiera haciendo uso de políticas fuertes en cuanto al debido cuidado y deberes de auto protección²⁹.

De la aplicación de esta figura se desprende una serie de deberes en cabeza del empresario. Uno de ellos es el deber de vigilancia. Para Jacobo Dopico Gómez Aller, a través de este deber, el empresario tiene la facultad de hacer seguimiento a la gestión de la labor del trabajador y, en general, a todas aquellas acciones relacionadas con desarrollo del objeto social de la empresa, con el fin de controlar la fuente de riesgo que esto representa y evitar que se cometan conductas punibles dentro de la esfera de su cuidado, atendiendo a la posición de garante que le asiste al empresario en el cumplimiento de este deber³⁰.

De otro lado, se encuentran los derechos fundamentales de los trabajadores, en particular su derecho a la intimidad, que, en contraste con estos programas de cumplimiento y el desarrollo de este deber de vigilancia por parte del empresario, pueden generar tensiones y escenarios de vulneración a este derecho fundamental. De esta tensión, podría surgir una serie de consecuencias jurídicas y, derivado de ello, responsabilidades tanto de orden penal como de orden extrapenal que podrían recaer sobre el empresario,

²⁸ Valga aclarar que los programas de cumplimiento sirven para controlar y prevenir la comisión de conductas de diversa índole; sin embargo, dentro de la presente columna solo nos referiremos al compliance punitivo el cual se encarga de la prevención de las conductas punibles por parte de los trabajadores.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 57.

³⁰ DOPICO GOMEZ ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tónica. En: ARROYO, L., dir. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant to Blanch, 2013. [En línea] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4469392>.

el administrador, la junta directiva, o el oficial de cumplimiento³¹; depende de la organización interna de la empresa, teniendo en cuenta que estos sujetos pueden responder de manera conjunta por un mismo hecho o alternativa atendiendo al tipo de delegación que se haya establecido.

Por esto, surge la importancia de analizar cuál es el alcance del deber de vigilancia y sus límites, para tratar de determinar, en qué casos, el empresario podría verse inmerso en situaciones que generarían consecuencias jurídicas extrapenales o, incluso, penales. Todo lo anterior, entendido bajo la premisa de que las medidas tomadas dentro de los programas de cumplimiento podrían invadir la esfera esencial de la intimidad del trabajador, aunque, algunas veces, esta invasión puede ser justificada.

II. El alcance del deber de vigilancia empresarial

Para lograr un efectivo desarrollo de los programas de cumplimiento penal por parte del empresario, este debe cumplir con un conjunto de deberes a partir de los cuales se garantiza un adecuado control y supervisión de la estructura empresarial³².

Según Jesús María Silva Sánchez, una posible explicación de la existencia de los deberes del empresario³³, a la luz de la implementación de programas de cumplimiento, surge de la visión criminógena que se tiene

³¹ En este punto, es importante tener en cuenta que, dentro del deber de vigilancia, existen, puntualmente, dos tipos de deberes: un deber previo de obtención de información, el cual incluye sub-deberes como el de establecer mecanismos para obtenerla; y un deber posterior de corrección de las conductas que podrían resultar lesivas dentro de su esfera de competencia. A partir de allí, se entiende que cada uno de estos órganos tiene bajo su responsabilidad el cumplimiento de un “sub deber” en específico. Es así como, por ejemplo, el oficial de cumplimiento solo tiene el deber de obtener información y, además, transmitirla al superior con competencia para corregir la situación defectuosa, en el marco de verificación de cumplimiento de los programas normativos; mientras que el empresario, administrador o junta directiva tienen el deber de corregir conductas potencialmente lesivas, como los superiores jerárquicos referidos anteriormente. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p.115.

³² GONZÁLEZ-SERRANO, Luis Cazorla. El deber de diligencia del administrador social y los programas de cumplimiento o “compliance” penal. *Revista Lex mercatoria*. 2015, nro. 1. pp. 10-12. ISSN-e 2445-0936.

³³Es importante tener en cuenta que, si bien los deberes están en cabeza del empresario, éste puede delegarlos a las personas que cumplan con funciones de control y vigilancia. Es así como, dependiendo de la estructura de la organización, esta delegación puede

de la empresa, la que se puede ver como una fuente de riesgos que requiere control, en razón a que está compuesta por un factor humano importante, es decir, los trabajadores (subordinados), quienes, a pesar de que han pasado por un proceso de selección, no están exentos de desarrollar conductas, al interior de la empresa, que pueden ser potencialmente punibles, ya sea por un actuar imprudente, negligente o incluso doloso³⁴. Este riesgo de que se cometan acciones lesivas es el que debe ser contenido por el empresario; es decir, dichas acciones deben ser, en una palabra, vigiladas³⁵. Lo anterior significa que el empresario se encuentra en una posición de garante frente a sus trabajadores.

Concretamente, el deber de vigilancia³⁶ consiste en la obligación que tiene el empresario u órgano de administración de conocer el modo en que el trabajador gestiona su labor y las demás acciones relacionadas con el desarrollo del objeto social de la empresa y, derivado de ello, la obligación de establecer estructuras aptas para la obtención de esa información con el fin de prevenir conductas punibles, pero también afrontarlas cuando hayan ocurrido. Para Jesús María Silva Sánchez, se tienen como ejemplos del ejercicio del deber de vigilancia para la detección de conductas ilícitas, entre otras, las tareas de elección, formación y capacitación del personal al respecto de las conductas que están prohibidas y podrían traer consecuencias jurídicas, establecimiento de canales de denuncia interna, investigaciones internas corporativas, etc. Todo ello se encamina a cumplir con la finalidad de compliance punitivo, el cual se refiere a las herramientas que previenen o minimizan la comisión de conductas punibles³⁷.

centrarse en un oficial de cumplimiento, un administrador o un consejo de administración. Debido a que es sobre dichas personas que recae este deber que, de incumplirlo, se podrían configurar consecuencias de carácter penal o extrapenal, es importante centrar la atención en la responsabilidad penal individual manteniéndonos al margen de la responsabilidad penal que podría recaer sobre la persona jurídica.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del derecho penal. Madrid, España: EDISOFER. S. L. 2016. p.114

³⁵ DOPICO GOMEZ ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. En: ARROYO, L., dir. El derecho penal económico en la era compliance. Valencia: Tirant to Blanch, 2013. [En línea] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4469392>. p.174.

³⁶ En Colombia, el deber de vigilancia incluido dentro las prácticas de buen gobierno corporativo se encuentran positivizado, en primer lugar, en cada uno de los códigos de ética y buen gobierno establecidos internamente por cada empresa. Ello atiende a la normatividad colombiana vigente como la Ley 222 de 1995, Ley 964 de 2005 y demás normas concordantes con las normas de derecho societario y circulares externas de la superintendencia financiera y la superintendencia de sociedades. Internacionalmente, resulta relevante mencionar los principios de Gobierno Corporativo de la OCDE que también consagran este deber de vigilancia, ya que Colombia, actualmente, es miembro de este órgano internacional. Véase también en Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras. Guía colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia. Disponible en internet: https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/3037/8229_guiacolgobcorporativo.pdf?sequence=1

³⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier. p. 114

Sin embargo, este deber no puede ser absoluto, puesto que, de no establecer unos límites claros en la imposición de medidas o procedimientos con miras a obtener información en su ejercicio, como se dijo, se pueden llegar a transgredir derechos fundamentales de los trabajadores, en particular, el de la intimidad. Un ejemplo de los procedimientos mencionados corresponde al desarrollo de actividades de investigación interna corporativa³⁸, mecanismo que se activa, ya sea para ejercer un control a modo de auditoría de los programas de compliance con el fin de testear el nivel de cumplimiento, o bien por la existencia de una sospecha razonable de la comisión de conductas ilícitas. Las actividades de investigación pueden surgir gracias a denuncias que se obtienen a través de los canales establecidos en la empresa. En dichos procesos investigativos, se podría violar el derecho a la intimidad, al tratar de obtener información de los trabajadores para esclarecer los hechos, bien porque se realizó un acceso abusivo a sistemas informáticos y se sustrajo información protegida, porque se interceptaron sus llamadas personales o porque se usaron, arbitrariamente, cámaras de vigilancia, entre otras³⁹.

Todo lo anterior parecería mostrar que el ejercicio de este deber legal *per se* es violatorio de la intimidad del trabajador; sin embargo, ello no es así, pues existe la posibilidad, desde la dogmática penal, de que el empresario pueda invadir la esfera esencial de la intimidad del trabajador, siempre y cuando la medida cuente con un juicio de proporcionalidad y el empresario se encuentre en el cumplimiento estricto del deber legal⁴⁰ como causal de atipicidad de la conducta. Extralimitar el ejercicio de su deber de forma injustificada, podría acarrear consecuencias jurídicas, tanto de orden penal, como de orden extrapenal, lo cual generaría pérdidas económicas que podrían poner en riesgo la existencia de la personería jurídica.

³⁸ Cabe aclarar que, antes de que se aplique este tipo de mecanismo, la empresa debe hacer uso de canales éticos y verificaciones legales anteriores. Simplemente, se toman las investigaciones corporativas internas como un ejemplo en el cual se podría ver, de forma palpable, la vulneración de la intimidad del trabajador.

³⁹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa [En línea]. 2018. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en: <http://ueap.es/wp-content/uploads/2018/04/Investigaciones-Internas-Del-Rosal.pdf>

⁴⁰ Dentro del ordenamiento jurídico-penal colombiano, se encuentran consagradas, de forma taxativa, en el artículo 32, las causales dentro de las cuales se configuraría ausencia de responsabilidad penal, entre las cuales se encuentra el obrar en estricto cumplimiento de un deber legal. Así lo manifiesta el Código Penal, en el artículo 32. “Ausencia de Responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal”. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Por otra parte, los múltiples fallos de la Corte Suprema de Justicia, Sala penal, a través de una línea jurisprudencial⁴¹, han mostrado, particularmente, el manejo de dos posturas respecto al deber objetivo de cuidado⁴². En primer lugar, se tomaba como modelo de determinación el deber de cuidado la teoría de la “evitabilidad individual”, la cual entendía ese concepto como todo lo que debía hacer una persona para que su comportamiento fuera el menos riesgoso posible, es decir, que este sujeto debía prever y evitar todo resultado que pudiera ser lesivo. Sin embargo, con el paso del tiempo y con la llegada de la teoría de la imputación objetiva, la Corte cambió su postura para precisar el concepto de deber de cuidado y determinar cuándo se entiende infringido. Es así como se acoge la teoría normativa llamada “Hombre medio” a partir de la cual se debe, en primer lugar, identificar la norma jurídica que establece el deber objetivo a cargo del ciudadano y compararlo con la conducta desplegada por este sujeto, pues bajo esta teoría solo se es responsable de conductas lesivas que se pudieron evitar en virtud de los deberes que surgen en su ámbito individual y que se desprenden de los alcances de la posición de garante⁴³

Dentro de este marco dogmático, establecido por la Sala Penal de la CSJ, se puede interpretar que, al empresario, sólo se le puede atribuir responsabilidad penal de una conducta que hubiese podido evitar dentro de la esfera de su control en la medida en que faltare a sus deberes derivados, exclusivamente, de su ámbito de responsabilidad, es decir, en este caso, que faltare a su deber de vigilancia. Además, dicho deber se encuentra contenido en una norma jurídica que consagra su cumplimiento (ver nota a pie No. 9); lo demás que esté fuera de esa órbita no es de su control de previsibilidad ni evitabilidad. Finalmente, esta teoría del “hombre medio”, manejada por la jurisprudencia colombiana, le exige al empresario un

⁴¹ El análisis jurisprudencial desarrollado por la CSJ-SP, a través de una línea jurisprudencia relacionada con el deber de cuidado, está compuesta por las siguientes sentencias: SP 44886 del 26 de agosto de 2015, SP 28124 del 22 de mayo de 2008, SP 17196 del 12 de junio de 2003, SP 27388 del 8 de noviembre de 2007, SP 36554 del 10 de agosto de 2011, SP 43363 del 9 de agosto de 2011, SP 24557 del 17 de octubre de 2007, SP 27388 del 5 de diciembre de 2007, SP 26513 10 de diciembre del 2007, SP 25227 del 10 de diciembre de 2007, SP 26900 del 20 de febrero de 2008.

⁴² Se debe advertir que el desarrollo jurisprudencial respecto al deber de vigilancia del empresario ha sido escaso; sin embargo, se ha tomado la línea jurisprudencial desarrollada sobre el concepto del deber de cuidado para interpretarlo a la luz del tema específico.

⁴³ Esta línea jurisprudencial llama la atención porque resalta el cambio de postura que ha tenido la Corte respecto a los parámetros dogmáticos para entender cuando se configura una infracción del deber de cuidado sin que la nueva teoría anule a la otra pues no abandona del todo la teoría de la evitabilidad individual simplemente aclara que no es suficiente la sola relación causal para fundamentar la responsabilidad penal pues toda responsabilidad penal debe estar basada en el desconocimiento de un deber normativo y no en la pura posibilidad individual de evitar e resultado lesivo. DÍAZ ARANA Andrés Felipe. La posibilidad de evitación como fundamento de la imprudencia. Estudios Críticos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. VI. Bogotá: Ibáñez, 2017. ISBN 978-958-749-801-1

comportamiento del buen empresario como el exigido en roles similares al del buen padre de familia, es decir, un comportamiento diligente y prudente.

III. Del derecho fundamental a la intimidad del trabajador

En relación con el derecho a la intimidad y las facultades que tiene el empresario para vulnerar el derecho fundamental del trabajador, aun cuando el primero solo está cumpliendo un deber legal de vigilancia, se deben tener en cuenta varios aspectos. En primer lugar, es importante determinar el concepto que se tiene del derecho a la intimidad y sus principales características. Al respecto, la Sentencia C-881 de 2014 plantea la siguiente postura⁴⁴:

El núcleo esencial del derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo en su vida personal, espiritual, familiar, gremial, dentro de sus comunicaciones personales, dentro de los espacios para la utilización de datos a nivel informático, creencias religiosas, etc.⁴⁵

Por otra parte, según la Sentencia T-054 de 2018, la postura de la Corte constitucional en relación con el derecho de la intimidad del trabajador se ha mantenido firme en manifestar que no puede el empleador, amparado en su potestad sancionatoria, entrometerse en la esfera privada del trabajador, máxime si la información obtenida de un proceso investigativo no tiene relación directa con la actividad laboral, pues ello supondría una intromisión injustificada en la órbita privada del trabajador, lo cual implicaría un desconocimiento de su autonomía, protegida entre otros, por los derechos a la intimidad y al libre desarrollo

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-881. Expediente D-10273 (19, noviembre, 2014). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-881-14.htm> p. 25.

⁴⁵ Sin embargo, es importante tener en cuenta que este derecho no es absoluto, pues puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con intereses superiores del ordenamiento.

de la personalidad⁴⁶, además de presentarse la posibilidad de incurrir en conductas ilícitas derivadas de esta intromisión⁴⁷.

Es así como la Sentencia SP 9792 del 2015, cuya magistrada ponente es Patricia Salazar Cuellar, precisa lo siguiente, respecto al derecho de la intimidad desde el amito penal: “La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades establecidas en la ley”⁴⁸. A partir de allí, se determinan requisitos para poder afectar el núcleo esencial del derecho a la intimidad sin que se preste para la configuración de conductas ilícitas, como la violación de datos personales, es decir que este derecho se puede afectar en los eventos establecidos en la ley y por autorización de su titular o por orden judicial.

Conforme a lo anterior, las injerencias que realiza el empresario, en el desarrollo de su deber de vigilancia, en la intimidad de los trabajadores, especialmente, mediante el acceso a sus ordenadores o a sus correos electrónicos o mediante la captación de imágenes por cámaras de videovigilancia, entre otras formas de obtención de información, no pueden realizarse de forma arbitraria ni extraer cualquier tipo de información para usarla dentro de una investigación interna corporativa. También, es importante tener en cuenta que, sea cual sea la situación preponderante que deba protegerse dentro de la empresa para cumplir con los fines del compliance, estas medidas impuestas por el empresario deben tener límites que deben respetarse. Por esta razón, se han establecido parámetros específicos que determinan la forma en que se puede evaluar una medida y determinar si es restrictiva del derecho de la intimidad o no.

El mecanismo efectivo para realizar este análisis recibe el nombre de “juicio de proporcionalidad”, el cual consta de tres parámetros que deben analizarse en cada caso concreto: el primer parámetro se denomina juicio de idoneidad, es decir, que debe estudiarse si la medida restrictiva que se pretende implementar cumple con el objetivo propuesto; el segundo se denomina “juicio de necesidad” y debe determinar si la

⁴⁶COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 054. Expediente T-6.403.774 (22, febrero, 2018). M.P. Alberto Rojas Ríos. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-054-18.htm>. p. 34.

⁴⁷ Este punto se profundiza más en el acápite de consecuencias jurídicas de orden sustancial presente en este escrito.

⁴⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SP-9792 del 2015. Expediente 42307 (29, julio, 2015). M.P. Patricia Salazar Cuéllar. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://190.217.24.58/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>. pp. 21-67.

medida impuesta es indispensable, es decir, que ninguna otra serviría de la misma manera por menos invasiva que sea; y el tercer parámetro se denomina “juicio de proporcionalidad en sentido estricto”, el cual permite determinar si la medida restrictiva en su aplicación práctica genera más ventajas al interés general, que perjuicios a otros bienes jurídicos o derechos fundamentales de terceros⁴⁹.

Otro tipo de parámetros establecidos por la Corte Constitucional⁵⁰, que pueden orientar a los empresarios a determinar los límites al deber de vigilancia en relación con el derecho de intimidad del trabajador, yace en la clasificación que se tiene de la información. Al respecto, existen 4 categorías: 1. Información pública. 2. Información semi-privada. 3. Información privada. 4. Información reservada. El acceso arbitrario a información perteneciente a las tres últimas categorías constituye una violación al derecho a la intimidad⁵¹.

Un ejemplo de lo anterior se puede observar en la Sentencia SP 25285 del 2015 del magistrado ponente Augusto Ibáñez Guzmán, en la que se establece que las comunicaciones enviadas a través de empresas de correspondencia no pueden ser consideradas como comunicaciones privadas, razón por la cual, al ser inspeccionadas por la empresa, no se configuraría el delito de violación de datos personales, al revisar la mercancía enviada, ni tampoco es viable considerar que una prueba obtenida a raíz de ello tenga que ser declarada ilegal por vulneración al derecho de la intimidad. Es decir, tal información no es considerada reservada o privada.

⁴⁹ COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-022. Expediente D-1008 (23, enero, 1996). M.P Carlos Gaviria Díaz. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>. p. 10.

⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 602. Expediente D-11332 (2, noviembre, 2016). M.P Alejandro Linares Cantillo. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-602-16.htm>. p. 25.

⁵¹“En suma, el derecho a la intimidad comprende la información reservada, la privada y la semiprivada. Respecto de cada una de ellas, existe un interés jurídicamente protegido, que se traduce en la posibilidad de oponerse absolutamente a la búsqueda, divulgación y uso de la información (información reservada) o en la necesidad de que tales actividades estén precedidas de una autorización judicial (información privada) o administrativa (información semiprivada)”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 602. Expediente D-11332 (2, noviembre, 2016). M.P: ALEJANDRO LINARES CANTILLO. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-602-16.htm>. p. 25.

IV. Algunas consecuencias jurídicas de la extralimitación del deber de vigilancia del empresario

La importancia de planear y estructurar un programa de cumplimiento que contemple, tanto controles empresariales, como investigaciones internas corporativas, radica en evitar consecuencias jurídicas de tipo negativo, ya sean de carácter penal o de carácter extrapenal. En efecto, una de las consecuencias que entraña cualquiera de estas consecuencias jurídicas es el alto costo que puede generarle a la empresa, al punto de poner en peligro su existencia jurídica y no solo desde el punto de vista económico, sino desde el ámbito reputacional, entre otras.

Entre las consecuencias jurídicas tenemos las siguientes:

a. Consecuencias jurídicas de orden sustancial

Esta consecuencia se refiere a la responsabilidad penal que se les podría atribuir a las personas naturales que fungen como empresarios o como administradores en razón a violaciones del derecho a la intimidad de los trabajadores a causa del ejercicio extralimitado del deber de vigilancia, sobre todo, en relación con las comunicaciones y los datos personales. Bajo estos preceptos, se debe tener en cuenta que la legislación colombiana establece un catálogo de tipos penales que protegen la intimidad y la reserva de información y comunicaciones de las personas. Dentro de los delitos que podría cometer un empresario en este contexto, encontramos: violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; divulgación y empleo de documentos reservados; acceso abusivo a un sistema informático; utilización ilícita de redes de comunicaciones; y, principalmente, la violación de datos personales⁵².

⁵² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Un ejemplo emblemático dentro del contexto colombiano del delito de la violación de datos personales, podría ser el caso del “Hacker Sepúlveda” quien, mediante la intrusión electrónica, logró interceptar comunicaciones, correos electrónicos, redes sociales (todos ellos de carácter privado). Andrés Sepúlveda fue condenado el 10 de abril de 2015 por varios delitos, entre ellos, el de violación de datos personales⁵³.

b. Consecuencias jurídicas de orden procesal

Como consecuencia jurídico penal de orden procesal originada de la extralimitación del deber de vigilancia por parte del empresario a casusa de vulnerar el derecho fundamental a la intimidad de un trabajador, se tiene la exclusión de una prueba por haber sido obtenida ilícitamente. Es importante tener en cuenta que, dentro de la legislación procesal penal colombiana, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, establece:

Artículo 23. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse debido a su existencia.

Lo anterior se aplica en caso de que el empresario quiera aportar, como elemento material probatorio, los resultados de una investigación interna hecha en cumplimiento de su deber legal de vigilancia en la detección de presuntas conductas punibles, con el fin de colaborar a la justicia y ayudar a esclarecer los hechos materia de investigación por parte del Estado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. La consecuencia clara es que ese resultado investigativo que se pretende haga parte del acervo probatorio en un juicio oral, al ser vulnerante de derechos fundamentales, debe ser declarado nulo por un juez de la

⁵³ Véase COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Fue condenado a 10 años de prisión el hacker Andrés Sepúlveda. Boletín de la Oficina de Comunicaciones. Sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 22 penal del circuito especializado el día 22 de julio de 2015. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2769583/3301265/condena+hacker.pdf/bf2661c8-9851-42bb-bddd-62813e88c39a>

república, lo cual podría entorpecer u obstaculizar de manera grave la obtención de la verdad, la justicia y la reparación integral, de manera que se distorsiona la atribución de responsabilidad penal⁵⁴.

Un caso emblemático que puede ejemplificar una consecuencia de este tipo, se encuentra en la Sentencia SP 12158 del 31 de agosto de 2016⁵⁵ dentro del marco del caso de la Operación Fénix (operativo perpetrado por parte de las Fuerzas Militares en un campamento de las FARC donde fue abatido Raúl Reyes), en donde resultó involucrado Miguel Ángel Beltrán Villegas, quien fue capturado y condenado por el delito de rebelión con una prueba que fue obtenida ilícitamente, pues los elementos materiales probatorios provenían de una USB que fue incautada vulnerando el derecho a la intimidad de este sujeto, ya que se obtuvo sin la orden judicial que se necesitaba, a través de la extralimitación de un registro personal. Por lo tanto, la prueba se declaró nula y el procesado fue absuelto a pesar de que la información podría haberle atribuido responsabilidad penal.

c. Consecuencias jurídicas de orden extraprocesal

Además de consecuencias con connotaciones penales, también se pueden presentar otras de orden patrimonial como el pago de indemnizaciones a trabajadores, daños reputacionales que generan desacreditación del Good Will de la empresa, pérdida de clientes y pérdida de productividad, costos judiciales por procesos laborales y civiles en contra de la empresa, además del reproche y sanción social que ello ocasionaría.

Un ejemplo muy dicente de esta situación se puede ver en el caso de corrupción más grande de los últimos tiempos, ODEBRECHT, el cual afectó, no solamente al sector financiero, sino que también afectó, reputacional y financieramente, al sector bursátil. Tal fue el caso de Corficolombiana, una filial del grupo aval que se asoció con la empresa brasilera ODEBRECHT, en su proyecto de la construcción del tramo II de la Ruta del Sol, pues su acción preferencial arrancó el año 2016 en \$ 31 000 y alcanzó a caer a \$ 23

⁵⁴ IBARRA SUAREZ, Karina Cecilia. Los efectos de la prueba ilícita en Colombia. Caso Miti- Miti. *Verba Iuris*. Octubre de 2017, nro. 38. p. 4.

⁵⁵COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 12158. Rad. 45619 (31, agosto, 2016). M.P.: LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en [www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/.../SP12158-2016\(45619\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/.../SP12158-2016(45619).doc). p. 22.

500 el 22 de febrero, lo que implicó una caída de 31 %. Si bien se fue recuperando con el pasar del año, Corficolombiana se mantenía hasta el 27 de febrero como la acción más desvalorizada de 2017⁵⁶.

V. Conclusiones

Es importante que los empresarios se concienticen de la idea de que constituir una empresa y propender por su perdurabilidad y rentabilidad va mucho más allá de una simple proyección financiera o estadística, situaciones que, aunque también son fundamentales, no resultan suficientes, pues también se debe cumplir, efectivamente, con las normas aplicables, tanto en sentido legal, como en sentido ético. Además, se debe evitar y aminorar el riesgo de que se cometan conductas delictivas al interior de su empresa.

Sin embargo, no se puede desconocer el otro lado de la moneda en el cual se encuentran como protagonistas los trabajadores, quienes, directa o indirectamente, se ven afectados con este tipo de medidas, al punto de verse comprometidos sus derechos fundamentales, en particular, el de la intimidad. En este sentido, se logra dilucidar la existencia de una coyuntura entre el deber legal que el empresario está en la obligación de cumplir y la intimidad del trabajador como fuente de consecuencias jurídicas penales y extrapenales. A partir de allí, es importante que se mantenga el equilibrio entre estas dos vertientes, pues, por un lado, resulta necesario que el empresario ejerza su deber de vigilancia, pero, por otro lado, y en el marco de un Estado Social de Derecho, se debe respetar la intimidad del trabajador en sus justas proporciones.

Finalmente, se considera necesario que el empresario conozca el alcance y los límites de este deber para que, con base en ello, construya un plan de cumplimiento efectivo y, de esa forma, logre aminorar los riesgos de incumplimiento de normatividades, tanto legales, como éticas; pero, para ello, también es importante que se protocolicen y estandaricen los métodos de investigación y de actividad litigiosa para

⁵⁶ ASÍ ESTÁ afectando Odebrecht a los mercados bursátiles. En: DINERO [En línea]. (3, febrero, 2017). Disponible en: <https://www.dinero.com/edicion-impresa/pais/articulo/el-escandalo-de-odebrecht-afecta-al-mercado-bursatil/242498>.

evitar la materialización de estas consecuencias jurídicas y para atenerse a principios como la eficacia y la seguridad jurídica en favor de empresario.

Con respecto a la postura jurisprudencial, es importante resaltar que Colombia no tiene mucho desarrollo en relación con el tema del deber de vigilancia del empresario de forma directa; sin embargo, a partir de la aplicación de la interpretación de categorías dogmáticas básicas, se puede considerar que es un acierto que, al deber de cuidado, en el caso específico, el deber de vigilancia del empresario, solo sólo le sean atribuibles, penalmente, conductas que estén bajo su esfera de control, pues, de lo contrario, sería imposible prever y evitar acciones incluso fuera de su órbita de cuidado y, además, haría de los programas de cumplimiento un deber costoso de financiar.

Bibliografía

ASÍ ESTÁ afectando Odebrecht a los mercados bursátiles. En: DINERO [En línea]. (3, febrero, 2017).

Disponible en: <https://www.dinero.com/edicion-impres/pais/articulo/el-escandalo-de-odebrecht-afecta-al-mercado-bursatil/242498>

CARDONA RUBET, María Belén. Intimidación del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Supremo. 2015. [En línea] Disponible en:

https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/viewFile/1429/1144.

COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Fue condenado a 10 años de prisión el hacker Andrés Sepúlveda. Boletín de la Oficina de Comunicaciones. Sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 22 penal del circuito especializado el día 22 de julio de 2015. Disponible en:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2769583/3301265/condena+hacker.pdf/bf2661c8-9851-42bb-bddd-62813e88c39a>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. [Consultado: octubre de 2018].

Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 881. Expediente D-10273 (19, noviembre, 2014). M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-881-14.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 054. Expediente T-6.403.774 (22, febrero, 2018). M.P.: ALBERTO ROJAS RÍOS. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-054-18.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-022. Expediente D-1008 (23, enero, 1996). M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 602. Expediente D-11332 (2, noviembre, 2016). M.P.: ALEJANDRO LINARES CANTILLO. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-602-16.htm>.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SP-9792 del 2015. Expediente 42307 (29, julio, 2015). M.P.: PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en <http://190.217.24.58/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 12158. Rad 45619 (31, agosto, 2016). M.P.: LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en [www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/.../SP12158-2016\(45619\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/.../SP12158-2016(45619).doc). p. 1- 34

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa [En línea]. 2018. [Consultado: octubre de 2018]. Disponible en: <http://ueap.es/wp-content/uploads/2018/04/Investigaciones-Internas-Del-Rosal.pdf>.

DÍAZ ARANA, Andrés Felipe. La posibilidad de evitación como fundamento de la imprudencia. Estudios Críticos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. VI. Bogotá: Ibáñez, 2017. ISBN 978-958-749-801-1.

FERRERO VEIGA, José Manuel. Investigación del fraude interno y externo en el ámbito corporativo e institucional [En línea]. Editorial club universitario. Disponible en: <https://bit.ly/2SY04Bd>

DOPICO GOMEZ ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. En: ARROYO, L., dir. El derecho penal económico en la era compliance. Valencia: Tirant to Blanch, 2013. [En línea]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4469392>. p. 165- 187.

IBARRA SUAREZ, Karina Cecilia. Los efectos de la prueba ilícita en Colombia. Caso Miti – Miti. En: Revista Verba Iuris. Octubre de 2017, nro. 38, p. 127-141.

MONTIEL, Juan pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas de la empresa [En línea]. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2013. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n40/a08.pdf>

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier. 2013-330 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del derecho penal de la empresa. Madrid, España: EDISOFER. S. L. 2016. 419 p.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Y CONFECÁMARAS. Guía colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia. Bogotá: Cámara de Comercio. 2009. 103 p. Disponible en internet: https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/3037/8229_guiacolgobcorporativo.pdf?sequence=1

Los códigos de ética: la evolución histórica del deber ser como respuesta a la mala praxis empresarial

Carolina Montaña Fajardo⁵⁷ y Javier Puyol⁵⁸

La presente columna busca realizar una revisión de la evolución histórica de los códigos de ética, sus componentes normativos y los grupos de interés que han sido integrados a los mismos, junto con los desafíos e influencias actuales que enfrentan las compañías frente a la cultura ética reflejada en dichas normas internas.

Sumario:

I. Introducción II. La evolución de los códigos de ética: creación del control posterior al daño III. La actualidad de los códigos de ética: implantación como control preventivo IV. Reflexión final.

I. Introducción

⁵⁷ Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada, con especialización en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y Máster en *Compliance Officer* de la Universidad Complutense de Madrid. Cuenta, además, con estudios tecnológicos en criminalística y ciencias forenses. Se desempeñó, durante varios años, como investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) y como abogada de la firma MPa Derecho punitivo y riesgos corporativos y columnista de MPa *Primera Línea*.

⁵⁸ Abogado, socio director de Puyol Abogados y socio de Lex Informática (México), Lemat Abogados y Consultores, Becompliance S.L., y Tecnocompliance S.L. Doctor en Derecho y Premio *Ext. Cum Laude* de la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, magistrado excedente, ex letrado del Tribunal Constitucional, ex director de la Asesoría Jurídica Contenciosa del BBVA; consultor en tecnologías de la información y comunicación, administrador concursal, árbitro, mediador civil y mercantil; y profesor universitario y académico de la Real Academia de Jurisprudencia.

En el examen de los códigos de ética se debe partir de la enorme preocupación que ha surgido en las últimas décadas, y que no ha dejado de crecer, en torno a la aplicación de la ética en los negocios y en la dinámica de las organizaciones. Por lo anterior, en el mundo actual, es constante la aplicación de los principios de los códigos de ética a todo el funcionamiento y la operación de las compañías, con independencia del ámbito o sector de actividad al que pertenezcan.

Una preocupación de esta naturaleza, asociada al funcionamiento de las empresas, ha dado lugar al nacimiento de la cultura del cumplimiento normativo (*compliance* en inglés). Dentro del *compliance*, en general, es necesario mencionar el llamado *compliance* penal. Mediante este tipo de *compliance*, se pretende, en esencia, que las organizaciones prevengan, dentro de su ámbito de funcionamiento o actividad, determinados comportamientos que, por su trascendencia jurídica, económica y/o social, son reprochados penalmente.

Además de estas prevenciones, se encuentran los códigos de ética (en adelante CE) o códigos de conducta que son considerados el control preventivo por excelencia⁵⁹. Un código de conducta, según la concepción común en la materia, constituye básicamente un instrumento estructural en la gestión de las personas jurídicas o de las organizaciones, que establece tanto reglas generales como específicas. Lo anterior se hace con el propósito de determinar aquellos comportamientos y prácticas que deben ser fomentadas o, por el contrario, prohibidas sobre la base de la misión y la visión de la organización, y la declaración de valores, principios y creencias asumidos. Los CE se constituyen así porque son transversales en su ámbito de aplicación y abarcan todos (o casi todos) los riesgos de carácter penal o de cumplimiento normativo en todas las organizaciones, especialmente, porque la ley exige su existencia. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿son en realidad lo suficientemente idóneos y eficaces para evitar la comisión de delitos en el interior de una compañía?

Este será el interrogante base de la presente columna, cuyo objetivo es realizar un análisis sobre la génesis de los CE, de manera que se identifiquen los elementos mínimos que deben contener para considerarlos, realmente, un control preventivo adecuado. Se pretende, también, observar detalladamente la evolución

⁵⁹ ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS. Report to the Nations: 2018 Global Study on Occupational Fraud and Abuse. Austin: ACFE, 2018. p. 27.

de los CE, desde su aparición hasta la dinámica social actual, para que, de este modo, se pueda alcanzar su operatividad real: la generación de cultura corporativa propia y singular de cada empresa.

II. La evolución de los códigos de ética: creación del control posterior al daño

Aquello que conocemos como códigos de ética o códigos de conducta no siempre ha sido un componente normativo con carácter dialógico que nos presentan las compañías. De hecho, este tipo de códigos son el resultado de una evolución de décadas, sumada a la experiencia acumulada en la generación y cumplimiento de diversas normativas. Durante este proceso de evolución, se han ido consolidando prácticas corporativas como la prevención de la mala *praxis* al interior de las organizaciones; algo que, en el pasado, generó escándalos de corrupción y/o fraudes financieros a nivel internacional.

El nacimiento de los CE, tal y como el del *compliance* mismo, ocurre en Estados Unidos en la década de los setenta con el famoso caso *Watergate*⁶⁰ y el descubrimiento de actos de corrupción en más de 400 compañías que aceptaron realizar pagos a funcionarios extranjeros, partidos políticos y políticos en general, y que, para esconderlos, alteraron la contabilidad de las empresas⁶¹. Todo este conjunto de hechos provocó un escándalo de grandes proporciones y de consecuencias imprevisibles para la época. Se constituyó, entonces, la génesis de lo que podría considerarse la normativa en el ámbito del *compliance*: el *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*⁶². Esta norma, en materia de regulación empresarial, incorporó, por primera vez, la obligación de llevar un registro de contabilidad transparente y la prohibición de los sobornos transnacionales.

⁶⁰ BERGHOFF, Hartmut. From the Watergate Scandal to the Compliance Revolution: The Fight Against Corporate Corruption in the United States and Germany, 1972-2012. En: Bulletin of the GHI. Septiembre–Diciembre, 2013. no. 53. Recuperado de https://www.ghi-dc.org/fileadmin/user_upload/GHI_Washington/Publications/Bulletin53/bu53_007.pdf

⁶¹ HOUSE OF REPRESENTATIVES. Unlawful Corporate Payments Act of 1977: Report N° 95-640 [en línea]. Washington D.C.: House of Representatives, 1977. Disponible en <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf>

⁶² CRIMINAL DIVISION OF THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE ENFORCEMENT DIVISION OF THE US SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION [en línea]. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Washington D.C.: 2012. Disponible en <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> p 2-4

Con la entrada en vigor de la norma mencionada, se empieza a focalizar la atención del Estado en el comportamiento de las empresas, lo que, para ese entonces, era competencia exclusiva de la compañía y no tenía mayor influencia estatal. No obstante, el hecho de que tales comportamientos repercutieran en ámbitos de interés estatal, como el mercado o las relaciones internacionales, hizo que el gobierno empezara a preocuparse por las conductas corporativas.

Por ello, y en consonancia con la exigencia de regular ciertas actividades empresariales, resultaba necesario que cada empresa se comprometiera, en su actuar ético, a materializar una serie de comportamientos positivos a través de una normativa interna. A esta conclusión llegó la Blue Ribbon President Commission, nombrada por el presidente Reagan en 1985, quien amplió el concepto de la FCPA y aconsejó que, en cada compañía, se promulgara, editara y vigilara un código de conducta o código de ética que sirviera para regular, entre otros aspectos, los procedimientos propios de la contratación⁶³. Esta iniciativa fue adoptada, finalmente, por la Iniciativa de la Industria de Defensa sobre Ética y Conducta Empresarial o DII (por sus siglas en inglés), conformada, en principio, por 18 empresas que apoyaron la promulgación y adhesión a un código de conducta escrito que incorporara la cultura de ética y transparencia.

Durante los años siguientes, se empezaron a incluir, en estos códigos, otra serie de elementos normativos como una medida de carácter correctivo/preventivo ante los escándalos empresariales que se iban produciendo. Un ejemplo de lo anterior es el procedimiento para el cumplimiento normativo de las “siete características claves” de un programa de *compliance* efectivo⁶⁴, características que fueron determinadas después de analizar más de diez mil casos de corrupción. Otro ejemplo es la protección de los inversionistas con la Ley de Reforma de la contabilidad pública de empresas y de protección al inversionista

⁶³ JOSEPHSON, Michael. History of the Integrity, Ethics and Compliance Movement: A cautionary tale for CEOs and corporate directors. En: Ethikos. Enero–Febrero, 2014. Vol. 28, no. 1. Recuperado de <https://www.corporatecompliance.org/portals/1/PDF/Resources/ethikos/past-issues/2014/scce-2014-01-ethikos-josephson.pdf>.

⁶⁴ STEER, John. The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Blueprint for an Effective Internal Control System [diapositivas]. En: SCCE Utilities and Energy Compliance and Ethics Conference (25, febrero, 2013, Houston, Estados Unidos). U.S. Sentencing Commission. p. 2. Recuperado de https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/past_handouts/Utilities-Energy-Compliance-Ethics/2013/Monday/101print2.pdf

o Ley Sarbanes-Oxley⁶⁵, posterior a los casos de Enron, WorldCom, Adelphia, Health South, Global Crossing, Parmalat, y Tyco, entre otros muchos. Fueron estos mismos casos los que evidenciaron una de las premisas más importantes del *compliance*: no sirve tener normas si no están interiorizadas a través de una cultura ética. Tampoco sirve que sean obligatorias si no hay un compromiso por parte de la alta dirección de la empresa o de la persona jurídica.

Recordemos que, para ese momento, ya se habían hecho grandes esfuerzos por hacer “obligatorio” el cumplimiento normativo. Este fue el caso de las Federal Sentencing Guidelines for Organizations (FSGO)⁶⁶, en 1991, producto del convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales e internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 1997. Este convenio incluyó la cláusula de extraterritorialidad y la creación del Pacto Global de las Naciones Unidas en 1999 que recogía, entre otros, el compromiso ético de que se aplicaría a todas las empresas.

Siguiendo esta dinámica, los CE empezaron —alrededor del año 2000— un proceso de transformación. La época del escepticismo y la incredulidad ante la ética en los negocios había pasado y, tanto los gobiernos, como las empresas eran conscientes de que tenían que pasar a la acción. Para lograrlo, empezaron a incorporar, en el ADN de cada compañía, estos códigos; se pretendía que los CE se cumplieran de manera efectiva y fueran, además, compatibles con el negocio. Es así como, en el año 2004, se empezó a llevar a cabo la incorporación de estos principios, al amparo de FSGO, en donde se centró la atención en la evaluación de efectividad del *compliance*, el cambio de la obligatoriedad de la cultura ética por un compromiso real hacia ella, y la necesidad de proceder a la capacitación y la delimitación de responsabilidades por cada uno de los cargos.

Esta evolución de los CE nos permite establecer que dicho gran control preventivo no siempre tuvo una naturaleza tal. Su estructura actual y sus diversos componentes permiten descubrir que los CE fueron el

⁶⁵ COHEN, Daniel., DEY, Aiyasha y LYS, Thomas. Trends in Earnings Management and Informativeness of Earnings Announcements in the Pre –and Post– Sarbanes Oxley Periods. Evanston: SSRN, 2005. P. 4-9. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=658782

⁶⁶ DESIO, Paula. An overview of the Organizational Guidelines. Washington: United States Sentencing Commission, 2018. Disponible en: <https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>

resultado de actuaciones frente a unos supuestos fácticos concretos. Ello dio como resultado la materialización de controles preventivos para hechos futuros, lo que evitó la generación de posibles malas prácticas corporativas. En otras palabras, los contenidos de los CE surgieron en respuesta a frases como “estamos haciendo algo” y “esto no va a volver a ocurrir”; se convirtieron en una estrategia con la que se buscaba la estabilidad en los mercados y la confianza de los consumidores, inversionistas y demás grupos de interés vinculados a cualquier clase de empresa, compañía o persona jurídica.

A partir de todo lo anterior, se puede afirmar que la finalidad de la ética empresarial se ha constituido como el índice que refleja la credibilidad social de la empresa y, por tanto, de la confianza depositada en la misma por parte de todos aquellos grupos de interés. En definitiva, con la construcción de los CE, la intención es poner en marcha los recursos éticos o morales de los que dispone la empresa para generar confianza, y, con ello, sobre la base de la sostenibilidad, asegurar el futuro comercial de la compañía. Es decir, la ética en las organizaciones es, en esencia, una condición de posibilidad y de futuro; por ello, muchas empresas comenzaron a explorar, a partir de la creación de sus CE, el camino ético y los mejores medios para recorrerlo.⁶⁷

III. La actualidad de los códigos de ética: implantación como control preventivo

Se debe tener presente que, como consecuencia del proceso de desarrollo de los CE, estos siempre habían buscado proteger el patrimonio de un actor frente a la conducta de un grupo determinado: la hacienda pública frente a las acciones de los empresarios; el capital societario de los inversionistas frente al manejo efectuado por sus gerentes; el patrimonio de una compañía administrado por la alta gerencia frente a las irregularidades cometidas por sus empleados, etc. Con todo, en los últimos años, hemos sido testigos de cómo esa preocupación por la protección de un interés netamente económico ha ido evolucionando para incorporar un interés más personal: la protección de derechos humanos en el ejercicio de la actividad empresarial.

⁶⁷ En este sentido: LOZANO AGUILAR, José Félix. Códigos éticos y auditorías éticas. En: Veritas. Junio, 2007. vol. 2, no. 17. p 225-251.

En la actualidad, los CE procuran incorporar diversos estándares de cultura ética, que representan la garantía de derechos fundamentales y/o colectivos en concordancia con la función social de las compañías. Es decir, se pretende alcanzar un equilibrio entre los intereses de la empresa y los intereses propios de los *stakeholders*⁶⁸.

Cada vez, es más común observar cómo los CE de grandes compañías dedican un espacio, de creciente importancia y trascendencia, en el que hacen hincapié en el cumplimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se busca allí que, a la persona, se le dispense siempre un trato y unas condiciones dignas, respetando la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, gestionando políticas de igualdad como garantía de un trato ajustado entre hombres y mujeres, etc. Todos estos aspectos deben ser materializados en sus políticas y procedimientos como empresa.

De igual forma, en los CE, cada vez, adquiere más importancia la atención que se presta a los denominados derechos colectivos, de modo que se busca, a través de la responsabilidad social corporativa, la protección y atención al medio ambiente y las zonas rurales impactadas por la actividad empresarial. Se procura, además, incluir la protección de los derechos de los trabajadores como colectividad dándoles voz en la toma de algunas decisiones de la compañía.

Es evidente que se han presentado casos de violaciones de los derechos colectivos. Con todo, estas violaciones no ocurren, exclusivamente, en el escenario corporativo privado, sino que, también, se han producido en las esferas estatales o institucionales, así como a nivel social en general. Las mencionadas violaciones han llevado a la creación de movimientos de defensa de los derechos y al aumento de la conciencia colectiva sobre estos temas, no solo ante el actuar corporativo, sino en todos los aspectos de la actividad humana⁶⁹.

⁶⁸ DÍAZ, Nelson. La creación del valor compartido: estrategia de sostenibilidad y desarrollo empresarial. En: Cultura Latinoamericana. Julio–Diciembre, 2015. no. 22. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/RevClat/article/viewFile/1629/1505

⁶⁹ Ante la irrupción de graves abusos en décadas recientes, las organizaciones de la sociedad civil han llamado cada vez más la atención de las empresas para que respeten los estándares de derechos humanos. Muchas iniciativas de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) se emprenden de modo selectivo, con base en lo que la empresa decide abordar voluntariamente. Sin embargo, un enfoque de derechos humanos requiere que las empresas respeten todos los derechos humanos y estipula un enfoque internacionalmente reconocido del respeto al ser humano respecto de las afectaciones sociales y ambientales de las empresas. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, en 2011. Este marco comprende las

Es esta la dinámica social actual. Las empresas han tenido que adaptarse a la necesidad de proteger e incorporar, en el ámbito de su actividad, estas medidas, ya que la protección efectiva de estos derechos es una exigencia social. La cultura ética al interior de la empresa dejó de ser un ideal para convertirse en una necesidad social, y, en este sentido, el *compliance* procura la protección y mejora de la empresa en concordancia con los derechos y garantías de sus grupos de interés, valiéndose de los CE como reflejo de las exigencias actuales y de su deber ser corporativo.

IV. Reflexión final

Los CE han ido enriqueciéndose en el tiempo con elementos, circunstancias y condicionamientos que, para el ciudadano corporativo actual, parecen bastante obvios. Sin embargo, fue necesario que la evolución y el tiempo, a través de las prácticas empresariales no reguladas, mostraran que era indispensable un compendio normativo que materializara los derechos, las garantías y las buenas costumbres que deben ser necesariamente asumidas por las empresas y las personas jurídicas. Este conjunto normativo constituye un deber ser ineludible: ya sea porque es propio de la actividad comercial, porque es una demanda de experiencia adquirida; o porque forma parte del bloque de constitucionalidad de un Estado (como es el tema de los Derechos Humanos), que las compañías deben asumir, necesariamente, en su actividad.

La esencia de los CE radica en que no introducen un nuevo actuar corporativo, solo reflejan, de manera preventiva, aquellos valores, criterios, principios y lineamientos de una empresa en el ámbito de las exigencias de la sociedad y de los mercados. Esto, para que todos aquellos que se relacionan con la empresa conozcan su CE y comprendan la obvia necesidad de cumplirlo, ya que, en la “era del conocimiento”, es necesario recordar y demostrar hasta el comportamiento más básico para hacerlo exigible.

obligaciones del Estado de proteger frente a abusos de derechos humanos, la responsabilidad empresarial para respetarlos y un mayor acceso por parte de las víctimas a una remediación efectiva. Asimismo, en 2011, el Consejo estableció un Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos. BUSINESS & HUMAN RIGHTS. Empresas y Derechos Humanos: Breve Introducción [sitio web]. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/empresas-y-derechos-humanos-breve-introducción>

Bibliografía

ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS. Report to the Nations: 2018 Global Study on occupational fraud and abuse. Austin: ACFE, 2018.

BERGHOFF, Hartmut. From the Watergate Scandal to the Compliance Revolution: The Fight Against Corporate Corruption in the United States and Germany, 1972-2012. En: Bulletin of the GHI. Septiembre–Diciembre, 2013, no. 53. Recuperado de https://www.ghi-dc.org/fileadmin/user_upload/GHI_Washington/Publications/Bulletin53/bu53_007.pdf

BUSINESS & HUMAN RIGHTS. Empresas y Derechos Humanos: Breve introducción [sitio web]. [Consultado el 8 de julio de 2019] Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/empresas-y-derechos-humanos-breve-introducción>

COHEN, Daniel., DEY, Aiyesha y LYS, Thomas. Trends in Earnings Management and Informativeness of Earnings Announcements in the Pre- and Post- Sarbanes Oxley Periods. Evanstons: En: SSRN. Febrero, 2005. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=658782

CRIMINAL DIVISION OF THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE ENFORCEMENT DIVISION OF THE US SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION [en línea]. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Washington D.C.: 2012. [Consultado el 8 de julio de 2019] Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

DESIO, Paula. An overview of the Organizational Guidelines. Washington: United States Sentencing Commission, 2018. Disponible en <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>

DÍAZ, Nelson. La creación del valor compartido: estrategia de sostenibilidad y desarrollo empresarial. En: Cultura Latinoamericana. Julio–Diciembre, 2015. no. 22. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/RevClat/article/viewFile/1629/1505

HOUSE OF REPRESENTATIVES. Unlawful Corporate Payments Act of 1977: Report N° 95-640 [en línea]. Washington D.C.: House of Representatives, 1977. Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf>

JOSEPHSON, Michael. History of the Integrity, Ethics and Compliance Movement: A cautionary tale for CEOs and corporate directors. En: Ethikos. Enero–Febrero, 2014. Vol. 28, no. 1. Recuperado de <https://www.corporatecompliance.org/portals/1/PDF/Resources/ethikos/past-issues/2014/scce-2014-01-ethikos-josephson.pdf>.

LOZANO AGUILAR, José Félix. Códigos éticos y auditorías éticas. En: Veritas. Junio, 2007. Vol. 2, no. 17.

STEER, John. The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Blueprint for an Effective Internal Control System [diapositivas]. En: SCCE Utilities and Energy Compliance and Ethics Conference (25, Febrero, 2013, Houston, Estados Unidos). U.S. Sentencing Commission. Disponible en: https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/past_handouts/Utilities-Energy-Compliance-Ethics/2013/Monday/101print2.pdf