



MPa

MAURICIO PAVA L. ABOGADOS

PRIMERA LÍNEA

NO. 12, FEBRERO 2020

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

Andrés Felipe Zapata Zapata
Carolina Patricia Trejos Carvajal
Juan Eduardo Rosales Álvarez
Mauricio Pava Lugo

EQUIPO EDITORIAL

MAURICIO PAVA LUGO

Director editorial

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; conjuer del Consejo Nacional Electoral. Miembro de la comisión asesora para la Política Criminal del Estado Colombiano; miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas; 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 pregrado y posgrado en varias universidades. Director del Boletín Académico “Primera Línea”.

ANDRÉS FELIPE DÍAZ ARANA

Director académico

Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), Grado Cum Laude. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona (Barcelona, España) y la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España), Premio al Primer Puesto en la Edición 2014-2015. Magíster en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Barcelona, Matrícula de Honor por Unanimidad en TFM 2015. Especialista en Derecho Médico Sanitario de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctorando en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra. Profesor titular en pregrado de la Universidad de los Andes y la Universidad de la Sabana, y en posgrado de distintas universidades. Autor de varias publicaciones académicas sobre Derecho Penal y Política Criminal en revistas especializadas nacionales e internacionales. Director Académico y miembro del Consejo Editorial del Boletín Académico “Primera Línea”.

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

Estudiante de la facultad de derecho de la Universidad La Gran Colombia, con trayectoria de más de 10 años en la gestión litigiosa en el área de derecho penal. Autor publicado de estudios en derecho penal y tributario (Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, el delito tributario según la Ley 1943 de 2018: análisis dogmático de las figuras típicas). Participante y organizador permanente de las Jornadas Académicas de Derecho Procesal, Capítulo Caldas del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Autor, columnista y miembro del Consejo Editorial del Boletín Académico “Primera Línea”.

DANIEL SANTIAGO GUÍO DÍAZ

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado 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. Experto 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”.

JUAN DAVID LEÓN QUIROGA

Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado graduado de la Universidad del Rosario con profundización en Derecho Penal; especialista en Derecho Penal en esta universidad. Magíster en Derecho Penal y Ciencias penales en la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra y Curso Superior Universitario en Compliance penal de la Universidad de Barcelona. Autor, columnista y miembro del Consejo Editorial del Boletín Académico “Primera Línea”.

COLUMNISTAS

ANDRÉS FELIPE ZAPATA ZAPATA

Estudiante de la facultad de derecho de la Universidad La Gran Colombia, con trayectoria en el área del Derecho Penal. Es una de las personas de mayor confianza y permanencia al interior de la firma. En MPa abogados, se ha desempeñado en múltiples cargos, asistente de estrados, asistente de la coordinación jurídica y paralegal de masivos. Actualmente, lidera conceptos jurídicos.

CAROLINA PATRICIA TREJOS CARVAJAL

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, estudiante de la Especialización en Derecho Constitucional de la misma universidad. Ha sido pasante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Women`s Link World Wide y DeJusticia. Sus principales áreas de interés son Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional Humanitario y Justicia Transicional.

JUAN EDUARDO ROSALES ÁLVAREZ

Economista e Ingeniero Forestal. Cuenta con estudios en Contaduría Pública. Ha tomado el curso de Perfeccionamiento Excelencia de Formación en Insolvencias y el diplomado en Compliance Officer de la Universidad Externado de Colombia. Sumado a esto, ha cursado el diplomado en Programa de Introducción a la Dirección Empresarial del INALDE y curso de la Operación Bursátil. Se ha desempeñado como profesor de pregrado en diferentes universidades en materias como Micro y Macroeconomía, Economía de la Producción y Evaluación de Proyectos, entre otras. Cuenta con más de 20 años de experiencia en los temas de auditoría, lo que le ha permitido desempeñarse ampliamente en investigación del fraude en empresas del sector real y, principalmente, del sector financiero, como bancos, fiduciarias y comisionistas de bolsa. Actualmente, también es columnista de MPa Primera Línea.

MAURICIO PAVA LUGO

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; conjuer del Consejo Nacional Electoral. Miembro de la comisión asesora para la Política Criminal del Estado Colombiano; miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas; 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 pregrado y posgrado en varias universidades. Director del Boletín Académico “Primera Línea”.

CONTENIDO

<u>¿TODO TIEMPO PASADO FUE MEJOR?: LITIGANTES EN EL MUNDO LEGALTECH</u>	9
MAURICIO PAVA LUGO	9
<u>LA JEP ESTUDIARÁ LOS DEBERES EMPRESARIALES EN EL POSTCONFLICTO</u>	12
CAROLINA PATRICIA TREJOS CARVAJAL	12
<u>RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN COLOMBIA: ¿UN PROBLEMA DE ULTIMA RATIO?</u>	18
ANDRÉS FELIPE ZAPATA ZAPATA	18
<u>COMPLIANCE Y AUDITORÍA INTERNA: DOS CAPÍTULOS DE UNA MISMA HISTORIA</u>	32
JUAN EDUARDO ROSALES ÁLVAREZ	32

¿Todo tiempo pasado fue mejor?: Litigantes en el mundo Legaltech

Mauricio Pava Lugo¹

Hago parte de la última generación que estudió en los libros de la constitución de Núñez y Caro; pertenezco a los abogados “modelo 95”. Precisamente, por esa razón —desde la provincia— conocíamos las decisiones de la Corte en unos extractos bimestrales que nos llegaban desde Bogotá. Por supuesto, esto sucedía si teníamos la suscripción de Legis, o si —como en mi caso— nuestros profesores nos enviaban la relatoría para cazar buenas sentencias. Hice trabajos en máquinas de escribir; asistíamos a las audiencias escogiendo previamente libros que llevaríamos para hacer las citas en las intervenciones. Vimos llegar los primeros computadores a las oficinas de nuestros profesores; nos especializamos en Wordstar, Wordperfect y Lotus. Cuando íbamos a audiencias a pueblos lejanos, concluíamos la intervención, íbamos a Telecom y llamábamos a reportar desde la cabina telefónica.

Hoy, la situación es otra, no sólo porque contamos con internet y telefonía celular, sino porque la tecnología ha superado todas nuestras expectativas. Tuve la oportunidad de acercarme a Legaltech 2020 en Nueva York. En mi visita, comprobé lo que Robert Oppenheimer refiere en sus escenarios futuristas: robots que hacen masivamente contratos, que resuelven consultas y trámites legales por miles; modelos de predictividad para conocer las posibilidades de ganar un caso, o para predecir y medir la eficiencia, y eficacia de firmas y de abogados. Algoritmos legales manejados por ingenieros. ¡El futuro ha llegado y los abogados estamos desplazados!

En Colombia, la Fiscalía tiene a Watson, entre otras cosas, para asociar casos y apoyar la sección de análisis criminal. Igualmente, está ensayando Prisma para la predictibilidad de reincidencia y, de allí, la

¹ 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; *conjuez* del Consejo Nacional Electoral. Miembro de la comisión asesora para la Política Criminal del Estado Colombiano; miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas; 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 pregrado y posgrado en varias universidades. Director del Boletín Académico “Primera Línea”.

necesidad de medidas de aseguramiento. La Contraloría cuenta con Océano para monitorear la contratación estatal y generar alertas al respecto de posibles irregularidades. La Corte Constitucional, por su parte, hace uso de Prometea con el fin de optimizar el proceso de selección de tutelas, entre otras funciones.

Así las cosas, nos llegó la hora de reinventarnos, para no ser unos “Blockbuster”. Por supuesto, la pregunta es cómo reinventarnos y hacer parte de la cuarta revolución industrial. Existen tecnologías que se encuentran a la mano de cualquier oficina de abogados: expedientes electrónicos, información en la nube, categorización de conceptos, minutas e intervenciones, programas de horas que permiten medir la métrica de gestión en cada caso, por cada abogado y la firma en general respecto de cada cliente. La información ordenada y los procesos de gestión nos permitirán prepararnos para los modelos de acción que vendrán.

Ahora bien, no se trata sólo de “gastar toda nuestra caja” en un montón de tecnología, sino en capacitarnos constantemente y aprovechar todo lo que las otras áreas del conocimiento tienen para ofrecernos. Como abogados, siempre hemos sabido que nuestras bases epistemológicas se pueden encontrar en la filosofía, en la sociología y hasta en la historia. No obstante, debemos escuchar con atención lo que tienen que decirnos las ciencias computacionales, las ciencias del lenguaje y hasta las neurociencias, por nombrar unas de las tantas disciplinas que aportan hoy a la práctica del derecho.

La necesidad es clara: debemos fortalecer los esquemas de gestión de conocimiento y las intervenciones de los abogados frente a los riesgos futuros de nuestros clientes, más que servirles sobre la base de las experiencias pasadas. No sé si el tiempo presente es mejor o peor, pero claramente es distinto y con un sin número de retos a la orden del día, los cuales ameritan toda nuestra capacidad de adaptación.

En esta entrega de Primera Línea

Para nuestra primera entrega del 2020 contamos con la concurrencia de excelentes columnistas que abordan temas de suma relevancia en la realidad práctica del Derecho Penal. Así, en la columna de Actualidad la escritora desarrolla la competencia de la JEP para estudiar los deberes empresariales en el postconflicto. Participación de toda la importancia en la coyuntura actual que esta enfrentando el país.

A la par del anterior artículo, publicamos en este boletín una columna producto de una valiosa colaboración, en la que se trata Compliance y auditoría interna, con su respectiva correlación. Investigación que sirve para constatar tanto las similitudes como las diferencias entre estas dos importantes figuras. Estudio que resulta necesario, en consecuencia a los constantes cambios en el entorno de los negocios que se ha vuelto complejo por la constante publicación de normas.

Finalmente, en nuestra columna de entre líneas el columnista aporta una oportuna investigación acerca de la responsabilidad penal de la empresa en Colombia. Esta contribución estudia detalladamente temas como la conveniencia y los diferentes principios que se deben tener en cuenta para determinar si hay lugar a la aplicación de la responsabilidad penal en las personas jurídicas dentro de nuestro país.

La JEP estudiará los deberes empresariales en el postconflicto

Carolina Patricia Trejos Carvajal²

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) avocó conocimiento de solicitud de medidas cautelares presentada por el Movimiento Nacional de Víctimas de Estado (Movice) y ha requerido información a la Empresa Pública de Medellín (EPM) sobre las labores de búsqueda llevadas a cabo para identificar restos de desaparecidos en la zona de influencia del megaproyecto de Hidroituango. Si bien el caso aún se encuentra en una etapa procesal temprana y la JEP no ha tomado ninguna decisión al respecto, nos ofrece el contexto ideal para reflexionar sobre los deberes de las empresas en el postconflicto.

Sumario:

I. Introducción: breve reseña del caso Hidroituango ante la JEP II. Reflexión personal: deberes de las empresas en el postconflicto colombiano III. Conclusión

I. Introducción: el caso Hidroituango

El 14 de septiembre de 2018, mediante Auto AT-001 de 2018, la Jurisdicción Especial Para la Paz (JEP) avocó conocimiento de la solicitud de imposición de medidas cautelares formuladas por los miembros y representantes del Movice. Entre las peticiones de dicho documento, está la de “Realizar las gestiones necesarias para que se suspendan los procesos de explotación minero energéticas y otras que

² Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, estudiante de la Especialización en Derecho Constitucional de la misma universidad. Ha sido pasante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Women’s Link World Wide y DeJusticia. Sus principales áreas de interés son Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional Humanitario y Justicia Transicional.

pone[n] en riesgo la conservación de los restos de las personas dadas por desaparecidas. **De manera especial lo relacionado con el megaproyecto de Hidroituango (...)**³ (Negrita añadida).

El clamor de las víctimas aboga por detener los rellenos hasta tanto no exista claridad sobre los desaparecidos en el área de influencia y está sustentado en las cifras que algunas instituciones públicas han socializado. El Centro Nacional de Memoria Histórica documentó que, en los doce municipios de la zona de influencia del megaproyecto, hay 1029 víctimas de desaparición forzada, mientras que, en el Registro Único de Víctimas, aparecen inscritas 623 en la misma zona⁴. No obstante, durante la primera audiencia del caso realizada el 9 de octubre de 2019, la representante de EPM aseveró que, dadas las condiciones de la represa: “[s]on pocos los lugares donde es probable que un cuerpo o restos humanos sean inhumados o permanezcan”⁵ (Negrita añadida).

En el marco de este debate, el 18 de diciembre de 2019, la Sección de ausencia de reconocimiento de la verdad (SARV) del Tribunal para la Paz de la JEP citó a diez exintegrantes de las FARC para que rindieran versión, durante el mes de enero de 2020, en el proceso relacionado con la solicitud de medidas cautelares en 16 lugares del país. El fin de este mandato es recolectar información que permita avanzar en la búsqueda de las personas dadas por desaparecidas en la zona de influencia de Hidroituango⁶.

El caso descrito ofrece el contexto perfecto para abordar los deberes empresariales en la época del posconflicto, especialmente, frente a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. En atención a esto, a continuación, se realizarán unas breves reflexiones personales frente al rol de las empresas en el postconflicto.

³ JEP, SARV I. Auto AT-001 de 2018. (14, septiembre, 2018). [M.P. Gustavo Salazar Arbeláez].

⁴ HUMAN RIGHTS EVERYWHERE [HREW]. Hidroituango: Desaparecer a los desaparecidos. Bogotá, Colombia, 2018. [Consultado el 1, de febrero de 2020] Disponible en: <https://colombiaplural.com/wp-content/uploads/2018/05/Hidroituango-desaparecer-a-los-desaparecidos.pdf>

⁵ JEP. Audiencia para indagar por los restos de los desaparecidos en zona de influencia de Hidroituango [archivo de video]. (9, octubre, 2019). [Consultado el 1, de febrero de 2020] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=oKkMI2sBNg8>. Minuto: 3.30-3.31.

⁶ JEP. SARV I. Comunicado 181. [M.P. Gustavo Salazar Arbeláez]. (18, diciembre, 2019). [Consultado el 1, de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/Comunicado-181-de-2019---Ex-integrantes-de-las-Farc-Ep-a-rendir-cuentas-sobre-desaparecidos-en-Hidroituango/181.%20Comunicado%20181%20de%202019%20-%20Exintegrantes%20de%20las%20Farc.%20a%20rendir%20cuentas%20sobre%20desaparecidos%20en%20Hidroituango.pdf>

II. Reflexión personal: sobre los deberes de las empresas en el postconflicto colombiano

Dado que el caso se encuentra en una etapa procesal temprana, aún no se ha determinado la incidencia que debe tener la EPM en la búsqueda de los desaparecidos. No obstante, el conocimiento del mismo nos permite reflexionar sobre los deberes y el rol general que deben ocupar los empresarios en esta nueva etapa que atraviesa el país y que ha sido referida como “postconflicto” a la luz de instrumentos internacionales.

A las empresas, les corresponde contribuir a la reparación de las víctimas con debida diligencia⁷. El derecho de las víctimas de saber dónde se encuentran los restos mortales de sus familiares ha sido reconocido como medida de reparación⁸ dentro del ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

El más reconocido instrumento internacional, respecto del tópico que aquí nos atañe, es el documento titulado “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos” (UNGP, por sus iniciales en inglés) de las Naciones Unidas. Estos establecen que las empresas “deben ofrecer reparación a las víctimas de abusos de derechos humanos si han causado o contribuido a estas injusticias”⁹. Si bien este instrumento no es jurídicamente vinculante, lo cual es una grave desventaja, ha servido como marco de referencia universalmente aceptado para determinar las obligaciones de las empresas en cuanto a derechos humanos¹⁰.

⁷ ONU. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. New York: ONU, 2011. p. 33. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (29, noviembre, 2006) Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.

⁹ Dejusticia y PAX for Peace. La Paz, responsabilidad de todos. La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia, 2017. Joris van de Sandt & Marianne Moor (eds.). p. 12. Disponible en: <https://paxencolombia.org/wp-content/uploads/2017/05/Paz-la-responsabilidad-de-todos.pdf>

¹⁰ Dejusticia y PAX for Peace. La Paz, responsabilidad... *Óp. Cit.* p. 12.

Los principios en mención cuentan con tres pilares fundamentales: 1. El deber del Estado de proteger los derechos humanos, 2. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y 3. Acceso a mecanismos de reparación. A efectos del presente artículo, se hará referencia al segundo. El mismo indica que si las empresas han contribuido, de algún modo, a generar consecuencias negativas en los derechos humanos, deben favorecer los procesos legítimos de reparación. En concreto, **el principio 17**, sostiene: “con el fin de **identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos**, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos (...)”¹¹ (Negrita añadida).

Otros de los instrumentos internacionales que relacionan el deber de cumplimiento de las empresas frente a derechos humanos son las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales¹² y la Declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social¹³. Ambos advierten que, si bien los Estados tienen que proteger los derechos humanos, las empresas también deberán “en el marco de sus actividades, evitar causar impactos negativos sobre los derechos humanos o contribuir a que se generen y resolver dichos impactos si los hubiera”¹⁴.

Aunque los documentos hasta ahora descritos son principios y declaraciones, conocidos como derecho blando o *soft law*, deben servir de guía para que tribunales nacionales, tomen decisiones en relación con los compromisos que atañen a las empresas en el marco de la justicia transicional. Los futuros casos, de los cuales la JEP avoque conocimiento, y que involucren la participación de empresas, proveen la situación perfecta para dar un alcance a dichos instrumentos internacionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico en aras a respetar y garantizar los derechos de reparación de las víctimas en el marco del postconflicto.

¹¹ ONU. Principios Rectores... *Óp. Cit.* p. 20.

¹² OCDE. Las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Paris: OCDE, 2013. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

¹³ OIT. La Declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. Ginebra: OIT, 2017. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_emp/--emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf

¹⁴ OCDE. Las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Paris: OCDE, 2013. p. 35. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

III. Conclusión

Independientemente de la decisión de la JEP frente a las específicas labores de la EPM en la búsqueda de los restos de los desaparecidos, el fallo que este órgano considere es relevante, en tanto posibilita que, por primera vez, dentro de la jurisprudencia colombiana, se reflexione respecto de los instrumentos anteriormente descritos, con el fin de desarrollar pautas específicas del comportamiento empresarial en la justicia transicional y en el postconflicto, sobre todo, en lo atinente al límite de su actividad productiva frente al cumplimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Si bien la presente columna, por su extensión, no permite realizar un análisis más profundo sobre los deberes y las responsabilidades de las empresas como sujetos de justicia transicional, este espacio permite el planteamiento de varios problemas jurídicos respecto de la participación de las mismas en los procesos de reparación. Así, en primer lugar, surge la cuestión sobre el fundamento jurídico en el cual la JEP debe basarse para requerir una respuesta por parte de distintas compañías que, por su actividad, pueden vulnerar derechos humanos; esto, teniendo en cuenta que los instrumentos internacionales mencionados anteriormente son considerados *derecho blando*. En segundo lugar, se manifiesta el interrogante de en qué medida es posible afirmar que una empresa vulneró garantías fundamentales reconocidas dentro del derecho nacional e internacional.

Bibliografía

JEP. SARV I. Comunicado 181. [M.P. Gustavo Salazar Arbeláez]. (18, diciembre, 2019). [Consultado el día, de mes de año]. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/Comunicado-181-de-2019---Ex-integrantes-de-las-Farc-Ep-a-rendir-cuentas-sobre-desaparecidos-en-Hidroituango/181.%20Comunicado%20181%20de%202019%20-%20Exintegrantes%20de%20las%20Farc,%20a%20rendir%20cuentas%20sobre%20desaparecidos%20en%20Hidroituango.pdf>

JEP, SARV I. Auto. AT-001 de 2018. [M.P. Gustavo Salazar Arbeláez]. (14, septiembre, 2018).

JEP. Audiencia para indagar por los restos de los desaparecidos en zona de influencia de Hidroituango [archivo de video]. (9, octubre, 2019). [Consultado el día, de mes de año] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=oKkMI2sBNg8>. Minuto: 3.30- 3.31.

IDHCORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (29, noviembre, 2006) Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <https://colombiaplural.com/wp-content/uploads/2018/05/Hidroituango-desaparecer-a-los-desaparecidos.pdf>

Dejusticia y PAX for Peace. La Paz, responsabilidad de todos. La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia, 2017. Joris van de Sandt & Marianne Moor (eds.). Disponible en: <https://paxencolombia.org/wp-content/uploads/2017/05/Paz-la-responsabilidad-de-todos.pdf>

ONU. Principios Rectores Sobre Las Empresas Y Los Derechos Humanos. New York: ONU, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

OCDE. Las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Paris: OCDE, 2013. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPAÑOL.pdf>

OIT. La Declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. Ginebra: OIT, 2017. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf

Responsabilidad penal de la empresa en Colombia: ¿Un problema de ultima ratio?

Andrés Felipe Zapata Zapata¹⁵

La sociedad va cambiando y la delincuencia cada vez adquiere nuevas formas. Es normal, entonces, que una medida de control como lo es el Derecho Penal también evolucione para hacer frente a las nuevas realidades. En nuestro contexto, cada vez es más frecuente escuchar que el Derecho Penal colombiano debe incrementar sus esfuerzos y dirigirlos, tanto a las conductas individuales, como a las actuaciones irregulares cometidas por parte de los entes corporativos. Sin embargo ¿es ello realmente conveniente?

Sumario

I. Introducción II. ¿Una cuestión de ultima ratio? III. ¿Existen otras formas de control? IV. Reflexión final.

I. Introducción

El fenómeno conocido como “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Colombia, constituye un problema de discusión respecto al cual ha sido imposible llegar a un consenso. El desacuerdo ocurre entre aquellos que consideran innecesaria la figura argumentando que ya se tienen las medidas sancionatorias —como, por ejemplo, las plasmadas en el ordenamiento administrativo— y aquellos que consideran que el Derecho Penal sí debe hacerse cargo de la problemática y no quedarse al margen.

Al respecto, se tiene que quienes están a favor de que aplicar la responsabilidad penal a las personas jurídicas consideran que, a propósito de la entrada de Colombia en las buenas prácticas de la OCDE, el

¹⁵ Estudiante de la facultad de derecho de la Universidad La Gran Colombia, con trayectoria en el área del Derecho Penal. Es una de las personas de mayor confianza y permanencia al interior de la firma. En MPa abogados, se ha desempeñado en múltiples cargos, asistente de estrados, asistente de la coordinación jurídica y paralegal de masivos. Actualmente, lidera conceptos jurídicos.

Estado debería realizar algunos cambios en la manera en la que el Derecho Penal se aplica, para que este pase de un Derecho Penal individual a uno que también incluya los entes colectivos. Los abanderados de esta posición consideran que es deber del Derecho Penal colombiano incrementar sus esfuerzos y dirigirlos, no solo hacia la conducta del individuo, sino también hacia las actuaciones de los entes empresariales como tal ¹⁶.

Sin embargo, obviando la discusión desde el punto de vista de la coherencia dogmática¹⁷, cabe preguntarse: ¿Es realmente conveniente cambiar la perspectiva del Derecho Penal para dar el paso hacia la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas? o ¿ya existen las medidas correctivas necesarias?

II. ¿Una cuestión de ultima ratio?

Para poder decidir si resulta conveniente o no aplicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, es necesario adentrarse en algunos principios del derecho mismo. En primer lugar, se debe considerar el principio de mínima intervención, que señala que los recursos legales operarán, únicamente, en aquellos casos en los cuales las demás alternativas de control social hayan sido insuficientes y en los que su aplicación se haga estrictamente necesaria¹⁸.

¹⁶ Al respecto la Sentencia C-320 de 1998 indicó: “La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. Es un asunto, por tanto, que se libra dentro del marco de la Carta a la libertad de configuración normativa del legislador y, concretamente, a su política sancionatoria, la cual puede estimar necesario por lo menos en ciertos supuestos trascender el ámbito sancionatorio donde reina exclusivamente la persona natural — muchas veces ejecutora ciega de designios corporativos provenientes de sus centros hegemónicos—, para ocuparse directamente de los focos del poder que se refugian en la autonomía reconocida por la ley y en los medios que ésta pone a su disposición para atentar de manera grave contra los más altos valores y bienes sociales.”

¹⁷ Esto, debido a que el enfoque de la presente columna consistirá en determinar si ya existen otras formas de enfrentar la problemática en cuestión; como, por ejemplo, abordándola desde su necesidad.

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-365 (16, mayo, 2012). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Constitución Política de Colombia. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>

En segundo lugar, se debe tener en cuenta la subsidiariedad que refiere que, a falta de otros medios menos lesivos¹⁹, el Derecho Penal es el último recurso utilizar; es decir, que, solamente, intervendrá cuando se hayan agotado todos los mecanismos aptos e idóneos para contener una conducta determinada.

En tercer lugar, es necesario tener presente el principio de fragmentariedad que hace referencia a que el Derecho Penal no debe sancionar todas las acciones que representen una lesión a los bienes jurídicos protegidos, sino únicamente aquellas formas de ataque que signifiquen una mayor afectación para ellos²⁰. Es decir, el Derecho Penal, únicamente, se aplicará a conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicamente tutelados y a aquellas cuya penalización se vea como necesaria para la conservación del orden justo de la sociedad²¹. En este sentido, la Corte Constitucional refiere que:

La decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad.²²

Teniendo esto en cuenta, sería ilegítima la utilización del Derecho Penal en primera instancia. Por último, se debe tomar en consideración el principio de la proporcionalidad, que señala que deberá existir una correlación entre el bien jurídico protegido y la forma de limitación de los derechos fundamentales; por ello, la medida legal adoptada debe ser la menos gravosa para el individuo²³. Lo anterior suscita la pregunta de si la idea de que la actividad empresarial sea regulada por parte del Derecho Penal —sin verificar si su problemática está o no cobijada por otras jurisdicciones, o sin establecer si existen otros métodos para

¹⁹ MIR PIUG, Santiago. Derecho Penal, parte general. Barcelona: Reppertor, 2016.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ MONROY RODRÍGUEZ, Ángel Augusto. Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad? Derecho y Realidad Núm. 21 z I semestre de 2013. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC ISSN: 1692-3936.

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-365 (16, mayo, 2012). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Constitución Política de Colombia. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>

²³ MONROY RODRÍGUEZ, Ángel Augusto. Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad? Derecho y Realidad Núm. 21 z I semestre de 2013. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC ISSN: 1692-3936.

abordarla desde otros campos del derecho—, es realmente conveniente, en vista del carácter subsidiario y fragmentario²⁴ del Derecho Penal.

Con relación al principio de la subsidiariedad, Mir²⁵ afirma que siempre será preferible que, para combatir una conducta, se acuda como primera medida a instancias no penadas. De no ser suficiente, se pasará a las sanciones no penales; es decir, civiles o administrativas, entre otras. Entonces, solo cuando estas medidas hayan resultado insuficientes, se legitimará una pena o medida de seguridad por parte del Derecho Penal. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana, refiriéndose a un caso por daño ambiental, indicó que: “[...] la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la "responsabilidad objetiva", la cual, en cambio, sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil”²⁶. La jurisdicción penal solamente puede ser legitimada si con su aplicación, se protege efectivamente a la sociedad; por lo tanto, su intervención perdería justificación si llegara a demostrarse inútil²⁷.

De conformidad con lo anterior, y como se verá a continuación, puede decirse que en nuestro país el Derecho Penal estaría utilizándose de forma indebida si llegara a inmiscuirse en la responsabilidad de los entes corporativos. Esto en el caso de que la intervención se hiciera sin hacer una evaluación sobre la forma en la cual se están ejecutando las acciones por parte de otras jurisdicciones; ya que, más que proteger bienes jurídicos de ataque graves y de acudir al derecho penal como último mecanismo, lo que se podría estar haciendo es desplazar, por ejemplo, los trámites que ya haya iniciado el ámbito administrativo.

²⁴ Para citar un ejemplo, la Corte Suprema de Justicia indicó en un caso de incumplimiento del deudor que: “Es claro que al incumplir lo pactado el contratante realiza un proceder antijurídico en cuanto el contrato el ley de las partes pero dado el carácter subsidiario y de *ultima ratio* del Derecho Penal, tales incumplimientos no ingresan en la órbita protectora del *ius puniendi* del Estado y en ese orden de ideas, no se debe confundir el nexo de causalidad (engaño o inducción en error y provecho ilícito) que se debe dar entre los elementos configuradores de la estafa, con la existente entre el incumplimiento del deudor y el consecuente daño para el acreedor. (CSJ SP, 8 oct 2014, rad. 44504).

²⁵ MIR PIUG, Santiago. Derecho Penal, parte general. Barcelona: Reppertor, 2016.

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-320 (30, junio, 1998). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-320-98.htm>

²⁷ MIR PIUG, Santiago. Derechos Humanos y límites al Derecho Penal. Universidad de Barcelona.

III. ¿Existen otras formas de control?

Conforme con lo anterior, hacer responsables a los entes corporativos por la comisión de delitos constituiría un incumplimiento de la exigencia de subsidiariedad, ya expresada, en el caso de que llegara a demostrarse que están previstas otras formas de control. Por otra parte, el Derecho Administrativo, ha tratado de abarcar diferentes escenarios en materia de vigilancia y control de las entidades, según su sector en el tráfico jurídico, para lo cual ha organizado sus entes de acuerdo a dichos sectores.

Debido a lo anterior, hoy se cuenta con entidades como: el Ministerio de Ambiente, encargado de la protección del bien jurídico de los recursos naturales y el medio ambiente; la Superintendencia de Notariado y Registro, garante de la Fe Pública; la Superintendencia Financiera; y la de Industria y Comercio, que protegen los bienes jurídicos del Orden Económico y Patrimonio Económico, y que, también, contemplan acciones para la protección de la Información y de los Datos. Adicionalmente, se encuentran: la Superintendencia de Sociedades, a cargo de la protección de bienes de carácter económico y de las acciones atinentes a la protección de la Seguridad Pública; la Superintendencia de Subsidio Familiar, encargada del bien jurídico referente a la Familia; la de Salud, protectora de la Salud Pública; la de Puertos y Transportes, que supervisa a las entidades en los referente al servicio público de transporte, la actividad portuaria, y la infraestructura de la Seguridad Vial; la Aeronáutica Civil, a cargo de propugnar por el bien jurídico de la Seguridad Aérea, el desarrollo ordenado de la aviación civil y de la industria aérea, y de la utilización segura del espacio aéreo colombiano; El INVIMA, que protege y promueve la Salud Pública, entre otras actividades. Estas entidades ya han puesto en marcha políticas que parecen efectivas, resultan menos lesivas y, lo más importante, se encuentran en ejecución para hacer frente al fenómeno de riesgo, vinculado a las diferentes empresas en cada uno de los sectores.

Aunque en la presente columna se abordarán solo algunas de estas entidades administrativas, lo cierto es que en Colombia varias de ellas se han repartido la cobertura de los bienes jurídicos a proteger. Uno de estos casos es el de la Superintendencia de Industria y Comercio, que se encarga de velar por el buen funcionamiento de los mercados, proteger la libre competencia económica y los derechos de los consumidores²⁸. Durante la vigencia del año 2018, esta Superintendencia reportó buenos resultados en

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Misión y visión. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/mision-y-vision>

materia de cifras puesto que logró, al cierre de 2018, la imposición de multas por valor de \$ 226.345 millones²⁹, 8 aperturas de investigación y 4 informes motivados en materia de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, 600 inspecciones a comerciantes, atención de 11.477 denuncias de protección al consumidor, 776 actuaciones administrativas de vigilancia y control metrológico, 694 actuaciones administrativas de reglamentos técnicos, entre otros logros³⁰. Adicionalmente, se debe destacar que, según el informe de gestión, se abrieron 23 investigaciones respecto a posibles violaciones al régimen de Protección de Datos Personales y Habeas Data³¹.

Por otra parte, se encuentra el caso de la Superintendencia de Sociedades³², entidad que ha venido adoptando medidas con el fin de prevenir las conductas de soborno transnacional, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo por parte de entes corporativos. Esta Superintendencia, también, ha puesto en marcha la Ley 1778 fechada 02 de febrero de 2016³³, que en su Artículo segundo señala la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y prevé una serie de sanciones³⁴. Según el último informe de gestión, del año 2017³⁵, la Superintendencia ha desarrollado acciones como la vigilancia de

²⁹ “Consumidor \$117.848 millones; Competencia \$102.708 millones; Datos Personales \$5.190 millones y Cámaras de Comercio \$690 millones.”

³⁰ Mintic. ESTUDIO DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD PARA LA ADQUISICIÓN DE LICENCIAS DE SOFTWARE. Informe gestión SIC. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: http://www.sic.gov.co:8080/sites/default/files/documentos/022019/Informe%20Gesti%C3%B3n%20SIC%202018_0.pdf

³¹ *Ibíd.*

³² Mintic. INFORME DE GESTIÓN 2017. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/Planeacion/Informes_Anuales/Informe%20Gesti%C3%B3n%202017%20MINCIT.pdf

³³ Ley 1778 del 02 de febrero de 2016 “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”. Disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf>

³⁴ Recuérdese que las sanciones a las cuales se refiere la Ley analizada pueden llegar a ser: multas de hasta 200.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, inhabilidades para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta 20 años, prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno en un plazo de 5 años, y publicación de la persona jurídica sancionada en medios de amplia circulación y en la página web. Respecto a esta última sanción, la entidad hallada responsable deberá colgar, por un periodo máximo de un año, una parte de la determinación administrativa y asumir, también, los costos de la publicación. Disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf>

³⁵ Para dar cumplimiento a esta obligación, la mencionada Superintendencia ha divulgado la normativa (la Resolución No. 100-002657 y la Circular Externa No. 100-000003 del 25 y 26 de julio de 2016), tanto en las páginas web del ente administrativo, como mediante la publicación de un documento contentivo de preguntas y respuestas de fácil consulta para el público. De igual manera,

531 empresas, pertenecientes a sectores relevantes de la economía nacional y que tienen una dimensión significativa en el mercado; en todas ellas, se verificó la puesta en marcha del programa de ética empresarial³⁶. Así mismo, el pasado 8 de septiembre del año 2017, la Superintendencia decretó la primera apertura de indagación preliminar en contra de una persona jurídica, investigación que se encuentra en curso.

Por otra parte, los entes corporativos que ejercen sus actividades en el sector de la salud cuentan con la protección y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud; entidad encargada de velar por los derechos de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y facultada para ejercer inspección, vigilancia y control³⁷. Según el informe de gestión de la entidad, durante el año 2018 se realizaron un total de 211 auditorías³⁸ con el objeto de hacer frente a posibles delitos y conductas empresariales consideradas como dañinas para la sociedad, y de hacer cumplir la Resolución 1536 de 2015³⁹. Estos informes se remitieron a la Delegada para Medidas Especiales y sirvieron como insumos para que, en algunos casos, se adoptaran medidas⁴⁰ preventivas de vigilancia especial⁴¹. De igual forma, se están gestando las auditorías ordenadas mediante sentencia T – 760 del 2008, proferida por la Corte Constitucional. Así mismo, desde el año 2013, se ha venido trabajando en el *Plan Anual de Auditoría 2018*,

se realizaron algunas jornadas informativas con 120 empresarios con el firme objetivo de que estos creen conciencia sobre el riesgo que implica el no implementar el Código de Ética Empresarial.

³⁶ Según el informe, se concluyó que 317 empresas, el 58 %, implementaron efectivamente el programa; 108 sociedades, el 22 %, desarrollaron el programa, pero no lo implementaron y, solamente, 106 empresas, el 20 %, no atendieron el requerimiento, pero a estas se les abrió pliego de cargos.

³⁷ Superintendencia de Salud. Informe de gestión. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.supersalud.gov.co/es-co/superintendencia/nuestra-entidad/misi%C3%B3n-y-visi%C3%B3n>

³⁸ Según informe: “Entidades Administradoras de Planes de Beneficios: 92, IPS: 71, entidades nacionales: 7 y entidades territoriales: 41.” [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.supersalud.gov.co/es-co/superintendencia/nuestra-entidad/misi%C3%B3n-y-visi%C3%B3n>

³⁹ “Por la cual se establecen disposiciones sobre el proceso de planeación integral para la salud.”

⁴⁰ Por ejemplo, ordenar al representante legal de la empresa la presentación de un plan de acción (como un programa de cumplimiento), en el cual se determinen y establezcan las acciones que va a implementar durante el término de la medida, con el fin de desmotivar el comportamiento. Igualmente, en cada una de estas determinaciones, se atiende el caso concreto presentado por los usuarios de salud.

⁴¹ En virtud de la Ley 100 de 1993, el Artículo 68 de la Ley 1753 de 2015, el Artículo 2.5.5.1.9 del

Decreto 780 de 2016 y el Artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entre otras disposiciones.

una auditoría documental a diferentes Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado⁴².

Para concluir este análisis, se tiene a la Superintendencia Financiera, la cual además de su función natural, esto es el seguimiento a la condición financiera y de riesgos de las entidades, en su informe de gestión del año 2018 indica que se llevaron a cabo 187 ejercicios de supervisión extra situ y 45 in situ, dos de ellos transfronterizos en los países de Perú y Guatemala⁴³. Además, se cuenta con un programa de supervisión dirigido a atender los “riesgos emergentes financieros y no financieros, avances en el ciclo de supervisión y otros temas de interés propios de cada industria”⁴⁴, cumpliendo, así, con su política orientada hacia la lucha contra la corrupción. Adicionalmente, la Superintendencia creó el *Grupo para la Transparencia y Lucha Contra la Corrupción*⁴⁵ y, también, implementó el *Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano 2018*⁴⁶. Igualmente, como resultado del proceso de supervisión, se impartieron 29 sanciones por un monto aproximado de \$ 2.000MM⁴⁷.

IV. Reflexión final

⁴² Igualmente, se han visitado departamentos como La Guajira y el Chocó, fuertemente afectados en cuestiones de prestación de salud.

⁴³ Superintendencia Financiera de Colombia. Informe de gestión y ejecución presupuestal enero – diciembre 2018. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas/institucional/pubFile1032689/infogestion1sem2018.docx>

⁴⁴ Según el informe de gestión: “En relación con tecnología, el supervisor culminó exitosamente un primer piloto de prueba de un sistema de registro descentralizado con tecnología Distributed Ledger Technology (DLT), también se adelantan pilotos con otras tecnologías tales como Blockchain, Big-Data, Application Programming Interface (APIs) e Inteligencia Artificial (AI). Por último, la Entidad creó su centro de innovación InnovaSFC cuyo objetivo es el de promover, investigar, facilitar y acompañar la innovación sostenible y responsable en el sector financiero”.

⁴⁵ Superintendencia Financiera de Colombia - Resolución 225 de febrero de 2018. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/resolucion-de--775>

⁴⁶ El Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano y el informe de seguimiento para la vigencia 2018 se encuentran publicados en el sitio web institucional (www.superfinanciera.gov.co). Según este último informe, de cierre de la vigencia, se evidencia un cumplimiento del plan implementado del 100%.

⁴⁷ Según el informe de gestión: “[d]e estas diez y ocho (18) sanciones fueron institucionales y once (11) sanciones fueron personales a funcionarios de Bancos y de Emisores de Valores. Adicionalmente, la Superfinanciera emitió veinte (20) pliegos sancionatorios de tipo institucional y seis (6) pliegos personales a funcionarios de Compañías de Seguros, Comisionistas y de Emisores de Valores. De forma complementaria impartió veinticinco (25) órdenes administrativas”

La cobertura de los bienes jurídicos frente a la responsabilidad administrativa de personas jurídicas se encuentra en desarrollo, como se explicó anteriormente; pero, puede afirmarse que va por muy buen camino. Esto hace que la sensación, tanto de seguridad jurídica, como de eficacia en la vigilancia de las entidades corporativas vaya tomando solidez; situación que descalificaría, según el principio de mínima intervención⁴⁸, la necesidad de aplicar la responsabilidad en materia penal a las empresas. Como lo vimos, existe un gran portafolio de atención que comprende múltiples entidades destinadas a la preservación de los bienes jurídicos en relación con ataques imputables a personas jurídicas; estas entidades prestan un servicio al Estado y conforme se presentan los retos van siendo dotadas de poder investigativo, sancionatorio y penalizador en algunos casos. Estas entidades se están fortaleciendo, adecuando e implementando medidas con el fin de combatir el fenómeno desde los distintos frentes.

En contraste con las medidas administrativas ya reseñadas, vale la pena ofrecer algunas consideraciones en torno a la información reportada por el ordenamiento penal durante el año 2018. Por ejemplo, según datos de la Corporación Excelencia en la Justicia, para el año 2017 fueron egresados 1.103.315 casos⁴⁹, mientras que para el 2018, la Fiscalía General de la Nación recibió 1.370.748⁵⁰ entre denuncias, querellas e investigaciones de oficio, por diversos tipos de conductas. De los anteriores casos, 844.579 se encuentran activos a la fecha, según los datos abiertos de la Fiscalía. Por otra parte, en el informe de gestión, se reporta que la carga activa de “procesos anteriores a 2016 es significativamente alta: 48,9%”⁵¹, y, además, los procesos activos de la Fiscalía General de la Nación a 2018 suman 2.547.842⁵². De las cifras anteriores, se infiere que existe una congestión en los procesos de la entidad.

Por otra parte, teniendo en cuenta lo informado por parte de la Rama Judicial en su informe (2017-2018), en el que indica que la demanda de justicia se ha incrementado en un 269%, en cambio la oferta tan sólo

⁴⁸ MIR PIUG, Santiago. Derecho Penal, parte general. Barcelona: Reppertor, 2016.

⁴⁹ Corporación Excelencia en la Justicia. Egreso de casos criminales del sistema penal acusatorio en Colombia. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.cej.org.co/index.php/criminalidad/egreso-de-casos-criminales-del-spa>

⁵⁰ Datos abiertos de la Fiscalía General de la Nación. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/>

⁵¹ Fiscalía General de la Nación. Informe de gestión 2018. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-de-gestion-v-22-11-2018-PDF2.pdf>

⁵² Fiscalía General de la Nación. Informe de gestión 2018. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-de-gestion-v-22-11-2018-PDF2.pdf>

ha crecido en un 39%, lo que evidencia un esfuerzo gigantesco por parte de los jueces de la república para lograr atender la demanda de justicia⁵³.

Al realizar un análisis comparativo de eficacia entre los entes del sector administrativo analizados, atendiendo a los informes de gestión de cada uno, contra los entes especializados en materia penal, teniendo en cuenta la congestión de este último; se puede inferir que sería un error trasladar al Derecho Penal, por ejemplo las 11.477 denuncias de protección al consumidor, o las 776 actuaciones administrativas de vigilancia y control metrológico, o las 694 actuaciones administrativas de reglamentos técnicos. Lo anterior, por cuanto reubicar las controversias empresariales de las cuales se están encargando las entidades del ámbito administrativo, sería desconocer criterios de celeridad y calidad de la atención a la ciudadanía en general; más aún si de lo que se trata es de combatir efectivamente este tipo de conductas empresariales irregulares, que atentan contra bienes jurídicos tutelados⁵⁴.

Entonces, aumentar la carga de procesos penales sería contraproducente, toda vez que la Rama Judicial, y en específico el ente acusador, sería la llamada a atender la situación. Por ello, creemos que, de aplicarse esta figura, sería necesario proponer un plan de acción, un procedimiento mediante el cual se asegure el buen funcionamiento del aparato penal, con el fin de determinar si podría tener mayor efectividad que los procedimientos que están actualmente en funcionamiento. Además de crear inseguridad jurídica, la indeterminación acerca de cómo poner en marcha un sistema para el tratamiento de las actuaciones de las personas jurídicas, según la Corte Constitucional⁵⁵, desconoce principios como los del debido proceso y la legalidad. Por otro lado, cabe aclarar que en sentencias como la C-320 de 1998, C-674 de 1998 y C-843 de 1999, no se descarta la posibilidad de imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas; porque, actualmente, estas pueden ser sujetos activos de varios tipos penales, como es el caso de las conductas que atentan contra el medio ambiente. Igualmente, es pertinente dedicar especial atención a la última de las sentencias que afirma: “la promulgación de esos tipos penales debe respetar el principio de legalidad, por lo cual, deben aparecer claramente predeterminadas las conductas punibles, las sanciones

⁵³ Rama Judicial de Colombia. Informe al Congreso 2017. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/15989223/Informe+al+congreso+2017.pdf/34fc02b4-4229-480f-8c24-612d1121d7f4>

⁵⁴ MIR PIUG, Santiago. Derecho Penal, parte general. Barcelona: Reppertor, 2016.

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-843 (27, octubre, 1999). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

y el procedimiento para imponerlas⁵⁶ y así cumplir con el principio de utilidad, ya que, por ahora, parece que el procedimiento administrativo resulta ser un alivio para el sistema penal.

Se puede concluir, que aún es temprano para implementar la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia; ya que, ante todo, deberá probarse cómo un sistema con las mencionadas cifras de atención podría ser, efectivo y útil para combatir el fenómeno de la criminalidad relacionada con personas jurídicas⁵⁷. Lo anterior, teniendo en cuenta que hasta el momento no existe, para el Derecho Penal, un procedimiento establecido que permita hacer frente a estas nuevas conductas, como sí lo hay para el Derecho Administrativo. Al respecto, cabe resaltar que las medidas puestas en marcha por las entidades administrativas han resultado efectivas y son demasiado prometedoras como para desconocerlas⁵⁸.

Vale la pena finalizar esta columna, precisando que, en esta oportunidad, únicamente se ha querido mostrar que los riesgos para algunos bienes jurídicos, producto de las actuaciones irregulares de entes corporativos están parcialmente reguladas. Debido a lo anterior, el análisis giró en torno del principio de *ultima ratio* frente a la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, existen otras consideraciones que no fueron tratadas y que son, igualmente, interesantes; por ejemplo, el fin simbólico del derecho penal, que consiste en el mensaje efectivamente disuasorio resultante de la sola inclusión de alguna conducta en el ámbito penal.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-320 de 1999 afirmó: “Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones —que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad— se avienen a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resultan contrarias a las funciones de la pena. Por el contrario, su imposición, en muchos casos, constituye la única manera de no dejar indemnes a los verdaderos beneficiarios del delito y de expresar de manera inequívoca la relevancia social de los bienes jurídicos afectados.”

⁵⁸ Además, el Derecho Penal tiene algunas medidas a aplicar que han sido consideradas exequibles por parte de la Corte Constitucional; como, por ejemplo, la Ley 1474 del 2011 que en su Artículo 34 indica una serie de medidas contra personas jurídicas (Suspensión y Cancelación de la Personería Jurídica, Artículo 91 del Código Penal), que hayan buscado beneficiarse de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o que hayan incurrido en cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público. Lo anterior, bien sea que los mencionados actos hayan sido realizados por el representante legal o por los administradores de la empresa, de manera directa o indirecta. En el mismo sentido, la Ley 222 de 1995 indica que la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando, con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de estos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración o el patrimonio públicos.

Bibliografía

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-320 (30, junio, 1998). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20021141>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-843 (27, octubre, 1999). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-843-99.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-365 (16, mayo, 2012). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-674 (18, noviembre, 1998). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-674-98.htm>

Corporación Excelencia en la Justicia. Egreso de casos criminales del sistema penal acusatorio en Colombia. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en:

<https://www.cej.org.co/index.php/criminalidad/egreso-de-casos-criminales-del-spa>

Datos abiertos de la Fiscalía General de la Nación. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/>

Fiscalía General de la Nación. Informe de gestión 2018. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-de-gestion-v-22-11-2018-PDF2.pdf>

LEY 100 DE 1993. Publicada en Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.

LEY 222 DE 1995. Publicada en Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.

LEY 599 DE 2000. Publicada en Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.

LEY 1474 DE 2011. Publicada en Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.

Ley 1778 del 02 de febrero de 2016 "Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción". Disponible en:

<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf>

Mintic. ESTUDIO DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD PARA LA ADQUISICIÓN DE LICENCIAS DE SOFTWARE. Informe gestión SIC. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: http://www.sic.gov.co:8080/sites/default/files/documentos/022019/Informe%20Gesti%C3%B3n%20SIC_2018_0.pdf

Mintic. INFORME DE GESTIÓN 2017. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/Planeacion/Informes_Anuales/Informe%20Gesti%C3%B3n%202017%20MINCIT.pdf

MIR PIUG, Santiago. Derecho Penal, parte general. Barcelona: Reppertor, 2016.

MIR PIUG, Santiago. Derechos Humanos y límites al Derecho Penal. Universidad de Barcelona.

MONROY RODRÍGUEZ, Ángel Augusto. Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad? Derecho y Realidad Núm. 21 z I semestre de 2013. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC ISSN: 1692-3936.

Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano y el informe de seguimiento para la vigencia 2018. Disponible en: <http://participacionbogota.gov.co/sites/default/files/2018-01/Informe-Final-Seguimiento-Plan-Anticorrupcion-y-Atencion-al-Ciudadano.pdf>

Rama Judicial de Colombia. Informe al Congreso 2017. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/15989223/Informe+al+congreso+2017.pdf/34fc02b4-4229-480f-8c24-612d1121d7f4>

Superintendencia de Industria y Comercio. Misión y visión. Disponible en <http://www.sic.gov.co/mision-y-vision>

Superintendencia de Salud. Informe de gestión. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.supersalud.gov.co/es-co/superintendencia/nuestra-entidad/misi%C3%B3n-y-visi%C3%B3n>

Superintendencia Financiera de Colombia. Informe de gestión y ejecución presupuestal enero – diciembre 2018. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas/institucional/pubFile1032689/infogestion1sem2018.docx>

Superintendencia Financiera de Colombia - Resolución 225 de febrero de 2018. [en línea], [revisado 10, marzo, 2019]. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/resolucion-de--775>

***Compliance* y auditoría interna: dos capítulos de una misma historia**

Juan Eduardo Rosales Álvarez⁵⁹

En los últimos años, tras los cambios constantes en el entorno de los negocios que se ha vuelto complejo por la constante publicación de normas, tanto a nivel local como internacional, se ha originado un auge en la implementación de programas de cumplimiento. Esta dinámica ha llevado a que diversas organizaciones se planteen el siguiente interrogante: si ya se cuenta con áreas de auditoría interna y externa, ¿para qué un área de compliance? El presente artículo intentará responder a esa pregunta.

Sumario

I. Introducción – El comienzo de esta historia II. ¿Qué es control interno? III. ¿Qué es compliance? IV. ¿Qué es auditoría? V. Reflexión final VI. Bibliografía

I. Introducción – El comienzo de esta historia

En los últimos años, el asunto de los programas de cumplimiento ha generado una serie de inquietudes al interior de las empresas sobre si es pertinente su existencia, ya que, en la mayoría de ellas, existen las áreas de auditoría, con los consiguientes sobrecostos de nómina. Sin embargo, para comprender el sentido

⁵⁹ Economista e Ingeniero Forestal. Cuenta con estudios en Contaduría Pública. Ha tomado el curso de *Perfeccionamiento Excelencia de Formación en Insolvencias* y el diplomado en *Compliance Officer* de la Universidad Externado de Colombia. Sumado a esto, ha cursado el diplomado en Programa de Introducción a la Dirección Empresarial del INALDE y curso de la *Operación Bursátil*. Se ha desempeñado como profesor de pregrado en diferentes universidades en materias como Micro y Macroeconomía, Economía de la Producción y Evaluación de Proyectos, entre otras. Cuenta con más de 20 años de experiencia en los temas de auditoría, lo que le ha permitido desempeñarse ampliamente en investigación del fraude en empresas del sector real y, principalmente, del sector financiero, como bancos, fiduciarias y comisionistas de bolsa. Actualmente, también es columnista de MPA Primera Línea.

actual de esta figura y su diferencia o similitud con otras medidas de control interno, a continuación, empezaremos por recordar su historia.

La figura del programa de cumplimiento o *compliance* tuvo sus orígenes, principalmente, en el sector empresarial anglosajón (especialmente, en los Estados Unidos de América) a comienzos del siglo XX, como respuesta a actos irregulares de fraude, blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito, entre otros. El inicio y posterior función de *compliance* en las empresas americanas fue impulsado en Estados Unidos por diversas normas como la *Pure Food and Drug Act* (1906), la *Federal Reserve Act* (1923) y la *Clayton Antitrust Law* (1914)⁶⁰.

También influyeron momentos clave de la historia de Estados Unidos de América como aquel que se presentó durante la investigación del *Watergate*⁶¹, surgida por el escándalo que se destapó con la detención de cinco hombres en el marco del allanamiento del complejo Watergate del Partido Demócrata el 17 de junio de 1972; el término, en el argot popular, quedó asociado a actos irregulares. De otra parte, se presentó la quiebra de importantes empresas y la imposición de multas millonarias a corporaciones por el pago de sobornos⁶², como el caso Enrom y WorldCom, lo que provocó que se minara la confianza de los directivos de las empresas y de los organismos reguladores, y llevó al Estado a tomar medidas sancionatorias para evitar el crecimiento de este flagelo.

⁶⁰ ENSEÑAT, Silvia. Manual del Compliance Officer. Pamplona: Arazandi, 2016, p. 21

⁶¹ El llamado *Watergate* fue un escándalo político de grandes proporciones acaecido en Estados Unidos hacia los años de 1970. Varios documentos fueron robados en el complejo de oficinas Watergate de Washington D. C., sede del Comité Nacional del Partido Demócrata de Estados Unidos y la administración Nixon trató de encubrir a los responsables. El Congreso abrió una investigación al conocer del suceso, pero el gobierno del entonces presidente Nixon, que abogaba por la reelección, se negó a colaborar en ella, lo cual dio paso a una crisis institucional. Desde ese momento, el término *Watergate* se toma como sinónimo de corrupción gubernamental. (KARIMI, Faith. Watergate: el escándalo que cambió la política estadounidense. En: CNN [en línea]. 17, mayo, 2017 [consultado el 1 de septiembre de 2019]. Disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2017/05/17/watergate-el-escandalo-que-cambio-la-politica-estadounidense/>.

⁶² El Título 18 del Código de Estados Unidos, en su Sección 201, dispone, específicamente, sobre el soborno, corrupción y conflictos de interés en que se ven involucrados “funcionarios públicos” y, a su vez, este término es definido en el sentido de incluir a toda persona “que actúe por o en nombre de Estados Unidos, o de un departamento, organismo o poder de su gobierno” (CORNELL LAW SCHOOL, 18 U.S. Code §201. Bribery of public officials and witnesses. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/201>. [Traducción propia]. Para el caso que nos ocupa, el término *soborno* se aplica en este sentido, aunque, en el Código Penal Colombiano, tiene otra connotación: “Artículo 444. Soborno. [Artículo modificado por el artículo 31 de la ley 1474 de 2011] El que entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio [...]”.

Respecto de la auditoría, la historia comenta que se implementó desde el surgimiento de la antigua Mesopotamia, cultura en la que no era costumbre la utilización del balance de situación, sino la elaboración del balance de comprobación de sumas y saldos⁶³. Si bien pudieron existir varios cambios en ese lapso, uno realmente sustancial se dio cuando Luca Pacioli, en 1494, publicó, en Venecia (Italia), su obra *Summa de Arithmetica, Geometría, Proportioni e Proportionalita*, en la que dedicó “treinta y seis capítulos a los métodos contables más avanzados de aquella época, además de mencionar los contratos de sociedad, las letras de cambio y el cobro de intereses”⁶⁴. Al establecer pautas sobre las anotaciones o registros del asiento contable sobre cómo se debería llevar el Libro Diario (consistentes en dos partes: una denominada “debe” y la otra “el haber”), Pacioli introdujo la denominada “partida doble”, sistema que permitió un mayor control sobre las transacciones contables y económicas de la empresa.

No obstante, otros consideran que el verdadero surgimiento de la auditoría se dio con la Revolución Industrial, como un control a las empresas y a la correcta aplicación de los principios de contabilidad, por parte de las personas que ejecutaban la labor de registrar las operaciones comerciales. Esta actividad fue impulsada, principalmente, por los gobiernos de la época para conocer los movimientos financieros y, por consiguiente, el posible cobro de tributos –impuestos–. Esto llevó a que, en sus inicios, se considerara que la auditoría estaba orientada hacia los temas netamente financieros⁶⁵.

II. ¿Qué es control interno?

Para efectos de adentrarnos en los temas de *compliance* y auditoría, y teniendo en cuenta los aspectos hasta ahora mencionados, debemos partir de la definición de control interno. Una buena definición se encuentra en la doctrina en los siguientes términos:

⁶³ Para más información sobre la evolución de la auditoría, ver AGENTES DE CAMBIO. Capítulo 1. Evolución histórica de la auditoría. Disponible en:

https://www.academia.edu/23552396/Cap%C3%ADtulo_1._Evoluci%C3%B3n_Hist%C3%B3rica_de_la_Auditor%C3%ADa

⁶⁴ CEAC. El origen de la contabilidad. En: Centro de formación profesional y técnica y a distancia [entrada de blog]. Disponible en: <https://www.ceac.es/blog/el-origen-de-la-contabilidad>

⁶⁵ *Ibíd.*

Se define [control interno] como un proceso realizado por el consejo de directores, administradores y otro personal de una entidad, diseñado para proporcionar seguridad razonable mirando el cumplimiento de los objetivos en las siguientes categorías:

- Efectividad y eficiencia de las operaciones
- Confiabilidad de la información financiera
- Cumplimiento de las leyes y regulaciones aplicables⁶⁶

En la definición anterior, se puede observar que se menciona, en la tercera categoría de los objetivos, la palabra cumplimiento —*compliance*— en referencia a **las leyes y regulaciones aplicables**. Igualmente, al indicar, en el segundo objetivo, la **confiabilidad de la información financiera**, el control interno hace referencia a la auditoría que, en sus orígenes, se orientó a esos fines.

Estas nociones fueron desarrolladas en el año 1992 cuando surge el *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* y expide su primer informe denominado informe COSO⁶⁷. Posteriormente, en septiembre de 2004, se publicó el COSO II. Dicha publicación surgió en respuesta a los escándalos por irregularidades y corrupción que se seguían presentando en algunas empresas, situación que causaba pérdidas a inversionistas, proveedores e, incluso, a los empleados por afectaciones a sus sueldos y prestaciones sociales, incluidos los fondos de ahorro pensional. Lo anterior, también, conllevó a la publicación del *Enterprise Risk Management – Integrated Framework*⁶⁸, más orientado hacia el manejo de los riesgos.

III. ¿Qué es compliance?

⁶⁶ MANTILLA B, Samuel Alberto. Control interno informe COSO. Bogotá: ECOE ediciones, 2002, p. 4.

⁶⁷ COSO: Conformada por la Asociación Americana de Contabilidad (AAA, *American Accounting Association*), Instituto Americano de Contadores Públicos (AICPA, *American Institute of Certified Public Accountants*), Instituto de Auditores Internos (IIA, *Institute of Internal Auditors*), Asociación Internacional de Ejecutivos de Finanzas (FEI, *Financial Executives International*) y el Instituto de Contadores de Gestión (IMA, *Institute of Management and Accounting*)

⁶⁸ Enterprise Risk Management – Integrated Framework. Gestión de riesgos empresariales - Marco integrado

Antes de entrar en materia, es conveniente citar algo de historia respecto a la posición del gobierno de los Estados Unidos de América en relación con el comportamiento anti-ético de las empresas. Fue, precisamente, en este contexto, en el cual se publicaron normas como el *Pure Food and Drug Act* (1906), el *Federal Reserve Act* (1913), el *Clayton Antitrust Law* (1914), el *Banking Act* (1933) y el *Securities Acts* (1933), entre otros instrumentos relacionados con el asunto de este acápite⁶⁹.

Además, en 1977, se expidió una ley destinada a impedir las prácticas corruptas de las compañías comerciales norteamericanas, la cual fue firmada, en su momento, por el presidente Carter y buscaba que las empresas llevaran libros de contabilidad precisos y el establecimiento de un control de cuentas dirigido a impedir la contabilidad paralela. Esta nueva ley fue conocida como Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, *Foreign Corrupt Practices Act –FCPA*.

Uno de los casos de mayor resonancia del siglo pasado relacionado con control interno y programas de cumplimiento fue el de la empresa Enron. Esta compañía fue catalogada por la revista *Fortune* como la “empresa más innovadora de los Estados Unidos entre los años 1996 y 2000”. Sin embargo, se vio involucrada en el pago de sobornos y tráfico de influencias para obtener contratos en América Central y del Sur, África, Filipinas y la India, situación que llevó a dos de sus principales directivos a la cárcel y que, a su vez, desembocó en la revisión de las normas contables y de buen gobierno corporativo⁷⁰ por parte del Legislativo estadounidense. La empresa Enron fue auditada por la firma Arthur Andersen LLP, la cual era considerada una de las empresas más prestigiosas de auditoría a nivel mundial. El escándalo de Enron llevó a la firma Arthur Andersen LLP a su desaparición casi total en 2002, luego de casi 100 años de existencia, porque sus auditores avalaron técnicas y procedimientos contables irregulares por parte de Enron, que originaron uno de los fraudes empresariales más grandes de la historia.

Posteriormente, estallaron más escándalos a nivel mundial. Otras investigaciones llevadas a cabo por el Senado de los Estados Unidos destaparon fraudes en más de 400 empresas estadounidenses que se valían del pago de coimas para obtener ventajas ante sus competidores en el mercado local y extranjero. Todo esto influyó en la decisión del Gobierno norteamericano de promover una nueva legislación en

⁶⁹ ENSEÑAT, Silvia. Manual del Compliance Officer. Pamplona: Arazandi, 2016, p. 21.

⁷⁰ Para ampliar información al respecto, consultar BRAVO HERRERA, Fernando. Caso _ENRON. En: Economía y negocios. Universidad de Chile. Disponible en:
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127318/%289%29%20Enron.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

materia de control interno y cumplimiento normativo de las organizaciones. De los hechos mencionados y otros similares, surgió la **necesidad de implementar y desarrollar los programas de *compliance***.

En lo visto hasta ahora, hemos tratado el esfuerzo de gobiernos extranjeros. No obstante, el Estado colombiano también ha hecho su trabajo por evitar los actos irregulares, y ha fomentado el apego a la legalidad con el fin de evitar la corrupción al interior de las empresas⁷¹.

Así, podemos decir que la finalidad de los programas de cumplimiento es buscar que las empresas obren dentro de la legalidad como un buen ciudadano corporativo, y que sus funcionarios se ciñan a las normas y regulaciones nacionales e internacionales. En persecución de dicho efecto, surge el *compliance*, cuya definición más sencilla sería “actuar de conformidad a una ley, regla, política o norma”⁷². Dicho con más detalle, se puede afirmar que el “[c]umplimiento es el resultado de que una organización cumpla con sus obligaciones, y se hace sostenible introduciéndola en la cultura de la organización y en el comportamiento y en la actitud de las personas que trabajan en ella”⁷³.

Con base en lo expuesto, es importante mencionar que una cosa es cumplimiento —el qué— y otra, la función o sistema de gestión de cumplimiento —el para qué—. Sobre esto último, se comparte lo siguiente:

Un sistema de gestión de cumplimiento eficaz y que abarque a toda la organización permite que la organización demuestre su compromiso de cumplir con la normativa pertinente, incluyendo los requisitos legales, los códigos de la industria y los estándares de la organización, así como con los estándares de buen gobierno corporativo, las mejores prácticas, la ética y las expectativas de la comunidad en general⁷⁴.

⁷¹ Por ejemplo, CONPES 167 de 2013 -Estrategia nacional de la política pública integral anticorrupción, Ley 1474 de 2011 -Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, Ley 1778 de 2016 -Ley Antisoborno, entre otras.

⁷² SACCANI Raúl y Morales Gustavo. Tratado de Compliance. Buenos Aires Argentina: Ed. La ley, 2018, p. 6.

⁷³ INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN. Sistemas de Gestión del Cumplimiento. Directrices. Bogotá: Icontec, 2018. Norma técnica: NTC ISO 19600. p 7.

⁷⁴ *Ibíd.*

Como se pudo apreciar en la definición de control interno, en la de *compliance* y en la de sistema de gestión de *compliance*, lo que se pretende es establecer que la dirección, el enfoque y los esfuerzos vayan dirigidos hacia la aplicación de los valores y los estándares de gobierno corporativo, ética y transparencia, tanto al interior de la institución, como a terceros relacionados.

Con base en lo expuesto hasta este punto, se hace necesario promover que las políticas no queden sólo plasmadas en manuales o documentos que sustenten la función de un área. Lo ideal es que, por el contrario, se adelante, en todo caso, una divulgación asertiva a todos los grupos de interés, con el fin de que conozcan, interioricen y apliquen el programa de cumplimiento. En el marco de lo expresado, se podría considerar que *compliance* es el establecimiento de políticas, normas, manuales, procedimientos y controles adecuados y suficientes que permiten garantizar que una empresa cumpla con la legislación vigente.

Una vez visto y analizado el qué, el para qué y el cómo, faltaría ver las consecuencias de no tener un programa de cumplimiento. En efecto, su ausencia puede hacer que la empresa sufra sanciones y multas que afecten, no solamente en forma negativa las finanzas de la empresa, sino también que, por decisiones judiciales adversas, se encuentre frente al riesgo de pérdida de reputación. Además, la ausencia de estos programas puede propiciar que directivos, administradores, gerentes y demás personas que integren el gobierno corporativo resulten involucrados en procesos sancionatorios, incluso, de índole penal. Por eso, se considera que “[e]l riesgo de Compliance es el riesgo de que una organización pueda sufrir sanciones, multas, pérdidas financieras o pérdida de su reputación como resultado del incumplimiento de las leyes, regulaciones, normas autorregulación o códigos de conducta que se apliquen a su actividad”⁷⁵.

Con el fin de entender mejor el rol o función del *compliance*, con base en las definiciones citadas, cabe destacar que éste implica la creación de una estructura al interior de la empresa que identifique, valore, asesore, controle y evidencie el cumplimiento de los requerimientos normativos y los procedimientos establecidos para verificar el logro o no de los objetivos trazados. Lo anterior, con el fin de establecer los planes acción que permitan realizar los ajustes que sean necesarios.

⁷⁵ ENSEÑAT, Silvia. Manual del Compliance Officer. Pamplona: Arazandi, 2016, p. 24.

Además, para llevar a cabo una buena función de *compliance*, el conocimiento de la normativa interna y externa (leyes, decretos, y otros, del sector económico en que se encuentra la empresa) permite establecer los riesgos que impiden el cumplimiento de los objetivos, su prevención mediante procedimientos de control, la monitorización para evaluar la efectividad de los controles y, principalmente, su gestión. De ahí que, para lograr que la función de *compliance* se pueda llevar a cabo de forma eficiente, se requiere una alta participación de todos los niveles de la organización. A estos efectos, pueden distinguirse las siguientes líneas de defensa:

Primera línea de defensa corporativa: Constituida por el negocio, entendiendo como tal las unidades operativas. Los empleados que trabajan en la 1ª línea de defensa deben conocer y gestionar los riesgos a los que se enfrentan en su día a día.

Segunda línea de defensa corporativa: Formada por la función de Compliance y por otras unidades de control que existan en la organización, tales como la función de control de riesgos. Las unidades de la 2ª línea de defensa deben supervisar el correcto funcionamiento de los controles y su aplicación efectiva por parte de la 1ª línea de defensa

Tercera línea de defensa corporativa: Constituida por la función de auditoría interna, que debe supervisar a todas las unidades de la organización, incluidas aquellas situadas en la 2ª línea de defensa, para detectar posibles deficiencias en las otras dos líneas⁷⁶.

Visto lo anterior, conviene ahora adentrarnos en el estudio de qué se entiende por auditoría.

IV. ¿Qué es auditoría?

Tal como se explicó en la introducción, la auditoría surgió como un control sobre los registros contables de las empresas. Principalmente, como un medio que utilizaban los cobradores de impuestos para tratar de establecer que los tributos recaudados fueran acordes con la realidad del negocio. Con el tiempo, se fueron dando cambios importantes al momento de su ejecución, ya fuera previa, simultánea o posterior. Ésta

⁷⁶ ENSEÑAT, Silvia. Manual del Compliance Officer. Pamplona: Arazandi, 2016, pp. 28-29.

última predominó, específicamente, por el tema de costos. Ello explica que los resultados de sus evaluaciones y conclusiones se den, en ocasiones, mucho después de ocurridos los hechos.

Esta importante actividad, que se desarrolla al interior de las empresas, fue definida por el Instituto de Auditores Internos de la siguiente manera:

La Auditoría Interna es una actividad independiente y objetiva de aseguramiento y consulta, concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de una organización. Ayuda a una organización a cumplir sus objetivos aportando un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno (...)⁷⁷.

(...)

Los servicios de aseguramiento comprenden la tarea de evaluación objetiva de las evidencias, efectuada por los auditores internos, para expresar una opinión o conclusión independiente respecto de una entidad, operación función proceso, sistema u otro asunto. La naturaleza y el alcance del trabajo de aseguramiento están determinados por el auditor interno⁷⁸.

Como se puede observar en las definiciones anteriores, se utiliza el término aseguramiento, que para este caso indica que la auditoría, en sus conclusiones, ratifica si las actividades de la empresa se vienen ejerciendo según lo normado o no. Por esto, la tercera línea de defensa corporativa la constituye la función de auditoría interna, que debe supervisar a todas las unidades de la organización, incluidas las situadas en la segunda línea de defensa, para detectar posibles deficiencias en las otras líneas⁷⁹. Lo anterior, sin perjuicio de que “[l]a responsabilidad última sobre el control de los riesgos siempre recae sobre los miembros de la alta dirección de la organización”⁸⁰.

⁷⁷ INSTITUTO DE AUDITORES INTERNOS DE COLOMBIA. Colombia. Marco Internacional para la Práctica Profesional de la Auditoría Interna. 2010, p. 15.

⁷⁸ *Ibíd.* p. 26

⁷⁹ ENSEÑAT. *Óp. Cit.*, p. 29.

⁸⁰ *Ibíd.* pp. 28-29.

V. Reflexión final

Como se pudo apreciar en los capítulos anteriores, una de las primeras diferencias es que *compliance* pertenece a la segunda línea de defensa, en la que se supervisa el correcto funcionamiento de los controles y su aplicación efectiva por parte de la primera línea. En cambio, la auditoría interna pertenece a la tercera línea de defensa que supervisa a todas las unidades de la organización.

A decir verdad, el *compliance* se lleva a cabo casi simultáneamente con la ejecución de las actividades. Además, busca detectar en forma previa e inmediata el posible riesgo o incumplimiento para tomar las medidas correctivas antes de que los riesgos se materialicen. En cambio, en la auditoría, las revisiones y la detección de debilidades, por lo general, ocurren tiempo después de la ocurrencia de los hechos. Los funcionarios que hacen parte del área o función de *compliance*, deben participar en el diseño de los procedimientos, determinación de riesgos, controles y acciones que minimicen la oportunidad de que estos se materialicen. Por su parte, los funcionarios de auditoría deben mantener una total independencia de las áreas del negocio.

Por otro lado, cabe destacar que la función de cumplimiento es, generalmente, supervisar el diseño e implementación del programa de integridad⁸¹. En efecto, las unidades de la segunda línea de defensa deben supervisar el correcto funcionamiento de los controles y su aplicación efectiva por parte de la primera línea de defensa, y verificar que los riesgos que se están asumiendo se encuentran dentro del riesgo definido por la alta dirección de la organización. En contraste, la auditoría interna tiene, primordialmente, una función de aseguramiento. A través de un enfoque basado en el riesgo, busca brindar fortalecimiento sobre la eficacia de gobierno, gestión de riesgos y control interno a la alta dirección de la entidad, incluidas las maneras en que funciona la primera y segunda línea de defensa.

En definitiva, podemos concluir que son dos funciones diferentes y necesarias para un adecuado funcionamiento de la empresa. Al *compliance* le compete supervisar los controles y riesgos con mayor inmediatez, de forma más frecuente y continua, de manera que se constituye en salvaguarda efectiva para cualquier institución; además, esto le permitirá estar a la vanguardia ante cualquier cambio que puede afectar a la empresa. Sin duda, es una gran oportunidad para que los directivos puedan ejercer un mejor

⁸¹ SACCANI, Raúl y MORALES, Gustavo. Tratado de Compliance. Buenos Aires: Ed. La Ley, 1 edición, 2018. p. 56.

gobierno corporativo. La auditoría interna, por su parte, supervisa todos los controles, procesos y áreas de la organización, incluida el área de *compliance* y permite, con sus informes, que los directivos estén seguros de que las políticas y procedimientos establecidos se desarrollen según las directrices impartidas.

Sin duda, al ser funciones diferentes e independientes, *compliance* y auditoría interna resultan ser dos áreas que aportarán siempre al mejoramiento de la organización. Necesariamente, ambas se complementan y permiten que la empresa mantenga estabilidad y competitividad en su entorno. Por lo tanto, más que dos áreas independientes, son, verdaderamente, dos herramientas esenciales que se complementan mutuamente en el marco del control interno de cualquier organización.

Bibliografía

AGENTES DE CAMBIO. Capítulo 1. Evolución histórica de la auditoría”. Disponible en: https://www.academia.edu/23552396/Cap%C3%ADtulo_1._Evoluci%C3%B3n_Hist%C3%B3rica_de_la_Auditor%C3%ADa.

BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. Auditoría de sistemas de compliance. 1 ed. Pamplona: Aranzandi S.A, 2017. 149 p.

BALCARCE, Fabián y BERRUEZO, Rafael. Criminal Compliance y personas jurídicas. 1 ed. Buenos Aires: La imprenta Ya. 2016 194 p.

BRAVO HERRERA, Fernando. Caso _ENRON. En: Economía y negocios. Universidad de Chile.

Disponible en:

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127318/%289%29%20Enron.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CEAC blog. El origen de la contabilidad. En: Centro de formación profesional y técnica y a distancia [entrada de blog] 02-02-2011. Disponible en: <https://www.ceac.es/blog/el-origen-de-la-contabilidad>.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. (12, julio, 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario oficial. Julio, 2011. No. 48.128.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1778. (2, febrero, 2016). Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. Diario oficial. Febrero, 2016. No. 49.774.

CORNELL LAW SCHOOL, 18 U.S. Code §201. Bribery of public officials and witnesses. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/201>.

ENSEÑAT DE CARLOS, Sylvia. Manual de compliance officer. 1 ed. Pamplona: Aranzandi S.A., 2016. 207 p.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN. Sistemas de Gestión del Cumplimiento. Directrices. Bogotá: Icontec, 2018. Norma técnica: NTC ISO 19600

INSTITUTO DE AUDITORES INTERNOS DE COLOMBIA. Marco internacional para la práctica profesional de la Auditoría Interna. Bogotá: Legar publicidad. 2010.

KARIMI, Faith. Watergate: el escándalo que cambió la política estadounidense. En: CNN [en línea]. 17, mayo, 2017 [consultado el 1 de septiembre de 2019]. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2017/05/17/watergate-el-escandalo-que-cambio-la-politica-estadounidense/>.

MANTILLA B, Samuel Alberto. Control interno informe COSO. 2 reimpresión. Bogotá: Eco ediciones. 2002. 321 p.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Secretaría de Transparencia. Documento CONPES No. 167. 2013. Disponible en: http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/Conpes_167.pdf

SACCANI, Raúl y MORALES, Oliver Gustavo. Tratado de Compliance. Buenos Aires: Ed. La Ley, 1 edición, 2018. 1.102 p.



MPa

MAURICIO PAVA L. ABOGADOS

