



COMPLIANCE PÚBLICO

Disquisiciones sobre la implementación de programas de cumplimiento en el Estado

Aspectos neurocientíficos y lucha contra la corrupción



COMPLIANCE PÚBLICO

Disquisiciones sobre la implementación de programas de cumplimiento en el Estado

Aspectos neurocientíficos y lucha contra la corrupción

Coordinadores

Iván David Márquez Castelblanco

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

Andrés Felipe Roncancio Bedoya

Grupo de investigación: PODET

UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA (UNAD)

Jaime Alberto Leal Afanador
Rector

Constanza Abadía García
Vicerrectora académica y de investigación

Leonardo Yunda Perlaza
Vicerrector de medios y mediaciones pedagógicas

Edgar Guillermo Rodríguez Díaz
Vicerrector de servicios a aspirantes, estudiantes y egresados

Leonardo Evemeleth Sánchez Torres.
Vicerrector de relaciones intersistémicas e internacionales

Julialba Ángel Osorio
Vicerrectora de inclusión social para el desarrollo regional y la proyección comunitaria

Alba Luz Serrano
Decana Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas - ECJP

Juan Sebastián Chiriví Salomón
Líder Nacional del Sistema de Gestión de la Investigación (SIGI)

Martín Gómez Orduz
Líder Sello Editorial UNAD

174.3 Márquez Castelblanco, Iván David

M357 *Compliance* público: disquisiciones sobre la implementación de programas de cumplimiento en el Estado. Aspectos neurocientíficos y lucha contra la corrupción. / Iván David Márquez Castelblanco, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Andrés Felipe Roncancio Bedoya -- [1ª. ed.]. --. Bogotá: Sello Editorial UNAD/2025. Grupo de Investigación: PODET

ISBN: 978-628-7857-09-4

e-ISBN: 978-628-7857-07-0

1. Ética integracionista 2. Neuroética 3. Derecho público 4. Neurociencias del comportamiento 5. Modelos de integridad institucional I. Márquez Castelblanco, Iván David II. Gómez Pavajeau, Carlos Arturo III. Roncancio Bedoya, Andres Felipe

Catalogación en la publicación – Biblioteca Universidad Nacional Abierta y a Distancia.

COMPLIANCE PÚBLICO. Disquisiciones sobre la implementación de programas de cumplimiento en el Estado. Aspectos neurocientíficos y lucha contra la corrupción

Coordinadores: Iván David Márquez Castelblanco, Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Andrés Felipe Roncancio Bedoya

Grupo de Investigación: PODET

ISBN: 978-628-7857-09-4

e-ISBN: 978-628-7857-07-0

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas - ECJP

©Editorial

Sello Editorial UNAD

Universidad Nacional Abierta y a Distancia

Calle 14 sur No. 14-23

Bogotá D.C.

Julio de 2025

Diagramación: Paola Andrea D´Luyz Monsalve

Edición integral: Hipertexto - Netizen

Cómo citar este libro: Márquez Castelblanco, I., Gómez Pavajeau, C. y Roncancio Bedoya, F. (Coords.) (2025). *Compliance público. Disquisiciones sobre la implementación de programas de cumplimiento en el Estado. Aspectos neurocientíficos y lucha contra la corrupción*. Sello Editorial UNAD. DOI:<https://doi.org/10.22490/UNAD.9786287857070>

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons–Atribución – No comercial – Sin Derivar 4.0 internacional. https://co.creativecommons.org/?page_id=13.



CONTENIDO

RESEÑA DE LOS AUTORES	7
PRÓLOGO	9
CAPÍTULO 1 DEL CUMPLIMIENTO DE DEBERES A LA VIRTUD DE LAS CONVICCIONES: ÉTICA INTEGRACIONISTA Y NEUROCIENCIAS EN PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO (PUBLIC COMPLIANCE) PARA EL SECTOR PÚBLICO EN TIEMPOS DE CRISIS	11
CAPÍTULO 2 <i>EL COMPLIANCE</i>: RESPONSABILIDAD DEL CIUDADANO DEL MUNDO SU DODECÁLOGO CONSTITUTIVO	91
CAPÍTULO 3 LA RELEVANCIA DE <i>COMPLIANCE</i> EN LA DETERMINACION RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS SEGÚN LA LEY 2195 DE 2022	163
CAPÍTULO 4 EL COMPORTAMIENTO ÉTICO: UNA MIRADA DESDE LA PSICOLOGÍA Y LAS NEUROCIENCIAS	200
CAPÍTULO 5 EL COMPLIANCE Y LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA	230
CAPÍTULO 6 PROGRAMAS DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA PÚBLICA: IMPLEMENTACIÓN E INTEGRACIÓN OPERATIVA	247
CAPÍTULO 7 EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN PARA PROMOVER LA TRANSPARENCIA Y EN LOS <i>COMPLIANCE</i> PÚBLICOS	287
CAPÍTULO 8 DEMOCRACIA Y COMPLIANCE PÚBLICO UNA PONDERACIÓN NECESARIA. EL CASO DE LA IDONEIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE ELECCIÓN POPULAR	303

CAPÍTULO 9
INTEGRACIÓN DEL MODELO DE MARCO LÓGICO Y EL CUMPLIMIENTO (*COMPLIANCE*): OPTIMIZANDO LA PLANIFICACIÓN Y EJECUCIÓN DE PROGRAMAS 316

CAPÍTULO 10
RIESGOS LEGALES Y CONDUCTA ESTATAL RESPONSABLE 326

Reseña de los autores

Alba Luz Serrano Rubiano

Fundadora y decana de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas - ECJP de la UNAD, abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca, magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda
Correo electrónico: luz.serrano@unad.edu.co

Andrés Felipe Roncancio Bedoya

Posdoctor en Derecho de la Universidad Santiago de Cali, Doctor en Derecho de la Universidad de Medellín, Magíster en Derecho Público de la Universidad de Medellín, Abogado de la IUE, Investigador categorizado ante el Minciencias (asociado), Docente MT de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas, Docente UCC.
Correo electrónico: andres.roncancio@unad.edu.co

Iván David Márquez Castelblanco

Abogado de la Universidad La Gran Colombia; especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

Abogado, especializado y profesor de la Universidad Externado de Colombia en pregrado y posgrados en materias penales y disciplinarias. Asesor Académico de la Dirección Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo.

María Marta Gómez Barranco

Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especializada en la misma universidad en Derecho Penal, Derecho Disciplinario, Derecho Procesal Penal y Maestría en Derecho Penal. Hace parte del Grupo de Investigación de la Oficina Privada de Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

Paula Andrea Ramírez Barbosa

(Reseña pendiente)

Jorge Andrés Amézquita Toro

Licenciado en Derecho de la Universidad de Barcelona y abogado de la Universidad de Antioquia. Colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, España; abogado litigante autorizado por el Consejo Superior de la Judicatura, Colombia. Máster en Compliance y Gestión de Riesgos; docente universitario. Vicepresidente Capítulo Colombia World Compliance Association.

Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero

Psicóloga, Doctora en Psicología con orientación en neurociencia cognitiva aplicada; Magíster y especialista en Psicología Jurídica.

William Mendieta Montealegre

Abogado de la Universidad Católica de Colombia, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario y Magíster en Dirección de Empresas del Inalde Business School. Exasesor jurídico en Presidencia de la República, en el Senado, la Cámara de Representantes y en la Procuraduría General de la Nación. Exdirectivo del SENA y exsecretario general del Ministerio de Educación, consultor jurídico de entidades oficiales y miembro de importantes juntas directivas y en junio de 2023 fue secretario Jurídico Distrital.

Diego David Barragán Ferro

Abogado de la Universidad La Gran Colombia, Magíster y Candidato a Doctor de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor investigador. Coordinador editorial de la Revista Doctrina Distrital.

Melissa Oyola Chadid

Abogada. Magíster en Derechos Humanos y Democratización. Magíster en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas. Asesora en Criminal Compliance. Auxiliar Judicial *ad honorem* en la Corte Constitucional. Fiscal Coordinadora del Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa.

Kelly Espitia Ortega

Doctora de la Universidad San Carlos de Guatemala, Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad del Norte. Magíster en Educación de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Autónoma de Colombia, Especialista en Derecho del Trabajo de la Universidad del Norte, Especialista de Seguridad Social de la Universidad del Norte, Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Cooperativa, Abogada de la Universidad Sergio Arboleda. Docente investigadora del Politécnico Grancolombiano, Escuela de Derecho y Gobierno Correo electrónico: kellyespitia28@gmail.com

Jackson Rene Valbuena Cure

Abogado egresado de la Universidad Sergio Arboleda. Oficial de cumplimiento egresado de la Universitat Internacional de Catalunya.

Prólogo

Esta obra es producto de una apuesta transversal que desde la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas se hace a partir de un ejercicio que aborda un proceso de investigación, uno de extensión y otro de formación curricular con la visión transformadora e innovadora que plantea los retos de la construcción de la esfera pública en Colombia. En tal sentido desde la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD), hemos asistido a afrontar uno de los retos más importantes en materia para afrontar la corrupción y todas sus dimensiones, dando un abordaje interdisciplinar y amplio que parte por una división de aspectos funcionales alrededor de lo que implican la creación de los programas de cumplimiento.

En un primer capítulo la obra aborda el aporte epistemológico que, de forma clara y amplia, realiza el profesor Gómez Pavajeua, alrededor de comprender desde la ética y las neurociencias, los retos y planteamientos que se desligan de la idea de apropiarse de los lineamientos políticos de los planes de cumplimiento, un abordaje que se realiza desde una dimensión filosófica tratando de lograr hacer un abordaje epistemológico de forma amplia y coherente, que materializa los retos de lo público.

En un segundo momento en el capítulo que le sucede, el mismo profesor Gómez Pavajeua en compañía de la investigadora Gómez Barranco, asume una exposición de las condiciones con las que los ciudadanos asumen la visión de interpretar los deberes ciudadanos alrededor de la gestión de su naturaleza cívica, lo cual es importante y representativo alrededor de los planes de cumplimiento.

Posteriormente, en el capítulo tercero, la profesora Ramírez en conjunto con el profesor Amézquita, abordan elementos implícitos en la responsabilidad de las personas jurídicas, en donde la determinación sobre los asuntos penales toma importancia para configurar medidas que permitan avanzar en defensa de la transparencia y del debido trámite de la gestión para lograr prevenir los delitos asociados a la corrupción, un análisis técnico juicioso y teórico que aborda los elementos implícitos en la construcción social de un sistema jurídico fuerte.

Asimismo, en el quinto capítulo la profesora Gutiérrez de Piñeres hace una revisión juiciosa desde la visión de la psicología y las neurociencias como se puede plantear un abordaje ético de la conducta humana, una revisión que implica propuestas teóricas amplias y suficientes que permiten problematizar como precisamente la conducta humana enfrenta retos en materia de lo ético.

De igual forma, en el capítulo quinto, los profesores Mendieta, Barragán y Oyala, logran estructurar una propuesta sobre la gestión jurídica y la ética en una visión amplia para garantizar el marco de implementación de los planes de cumplimiento. Dimensión que se consolida en la propuesta del capítulo sexto del profesor Amézquita, quien aborda de forma amplia las fórmulas de la ética pública y los programas de cumplimiento.

Para llegar al capítulo séptimo, en donde esta servidora en conjunto con los profesores Roncancio y Espitia, logramos estructurar una propuesta de cómo claramente las nuevas tecnologías de información pueden ser aliadas en la gestión de acciones consideradas dentro de un marco de una apuesta por la transparencia.

Para finalizar, con las propuestas de los capítulos ocho, nueve y diez, en donde se recogen valiosos trabajos de revisión que tocan los lineamientos en donde el profesor René aborda la relación necesaria entre los procesos de cumplimiento y las rutas de abordaje que se dan en el caso de la democracia; el profesor Muñoz aborda la injerencia de los marcos lógicos dentro de las propuestas de cumplimiento; y los profesores Arrieta y Duque abordan los márgenes sobre los riesgos legales y la conducta estatal prodígale en los ejercicios de cumplimiento.

Dando cuenta cómo esta obra recoge un valioso margen de una visión de generación de producción científica que permita desde una mirada transdisciplinar y amplia todos los elementos que convergen al momento de pensar *Compliance* públicos, en donde los retos no son mayores y los compromisos de la formación jurídica que tiene el sello unadista no puede obviarse, dando cuenta de que los lectores encontraran una diversa pero bien enfocada reflexión a este reto de tal envergadura. Como lo es la lucha anticorrupción y la transparencia.

Alba Luz Serrano Rubiano

Decana de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Capítulo 1

Del cumplimiento de deberes a la virtud de las convicciones: ética integracionista y neurociencias en programas de cumplimiento (public Compliance) para el sector público en tiempos de crisis

"He aprendido de la filosofía a hacer espontáneamente lo que otros hacen por miedo a las leyes..."

Aristóteles – citado por Diógenes Laercio (Vida y opiniones de los filósofos más ilustres).

Iván David Márquez Castelblanco y Carlos Arturo Gómez Pavajeau

Introducción: El necesario retorno a la ética en la fundamentación del derecho público

La ética representa la "*dimensión humana esencial*"¹. Su origen, forma, *thelos* y contenido dotan invariablemente a la vida de sentido normativo², puesto que la ética –o moral³– al ser una vocación esencialmente humana apela a la

1 **Dussel, Enrique**, *14 tesis de ética: Hacia la esencia del pensamiento crítico* (Madrid: Editorial Trotta, 2016). p. 17 y ss.

2 **Dussel, Enrique**, *14 tesis de ética... Ob. Cit.*, p. 16. "Por otra parte, decir «ser humano» y «ser ético» es en este caso sinónimo. De ahí que la llamada «falacia naturalista» que intenta mostrar que debe distinguirse, por una parte, el «ser» humano y, por otra, la «normatividad», la «eticidad» o el «deber ser» de dicho ser humano, sea una falacia. El ser humano es inevitablemente y desde siempre moral, ético, porque es parte de su definición como humano."

3 Consideraremos en este artículo innecesario realizar una diferenciación –por lo demás bastante débil y artificiosa– entre los conceptos de ética y moral. Para esto acogemos la autoridad de la profesora Adela Cortina quien señala: "El término «ética», desde un punto

“razón reflexiva” que –como principio de toda filosofía⁴– tiene la capacidad de hacer de sí su propio objeto de conocimiento para fijar sus alcances y límites⁵. Es así como se establece el individuo a sí mismo normas de conducta –ideas regulativas– que como **moral vívida** determinan los hábitos, costumbres y maneras, es decir la ordenación de su acción humana como manifestación práctica, todo lo cual a su vez constituye el germen esencial del que parte todo derecho⁶.

De ahí que resulte primordial volver a entroncar esta relación fundamental entre la ética y el derecho, la cual se suele considerar rota desde la filosofía jurídica moderna, especialmente por el ascenso del denominado positivismo jurídico, cuya piedra angular se ha construido sobre la categórica diferencia con la moral, lo que ha determinado que como ciencia el derecho deba ser considerado como un estudio objetivo de la norma jurídica circunscrito exclusivamente al campo de su validez –no extenderse a la justicia–. Esto ha significado, por ejemplo, para Kelsen –uno de sus más connotados teóricos– que la ética es un problema que no concierne al campo –puro– de lo jurídico⁷.

Cierto es que la escisión entre la ética y el derecho se produce de manera radical como consecuencia del movimiento positivista del cientificismo filosófico de la primera mitad del siglo XIX⁸, pero esto solo viene a confirmar la transición entre la ética de los antiguos y la ética de los modernos, es decir: la consolidación de un pensamiento jurídico que toma como sustrato

de vista etimológico, nos remite al vocablo griego ethos, que significa, fundamentalmente «lugar donde se habita» («morada») y también «modo de ser» o «carácter». Un tipo de saber llamado «ética» tendría entonces por objeto el carácter, el modo de ser desde el que los hombres enfrentamos la vida, pero no el temperamento con el que nacemos, sino, el modo de ser del que vamos apropiándonos a lo largo de nuestra existencia. Como recuerda Aranguren, esta apropiación acontece mediante la repetición de actos que generan hábitos (virtudes o vicios) (...) Desde esta perspectiva, los términos «moral» y «ética» tienen un significado muy parecido porque el vocablo latino «mos», del que «moral» deriva; significa también un modo de vida del que nos hemos apropiado, tanto en el nivel de los sentimientos, como en el de las costumbres y el carácter.” Cortina, Adela, Ética aplicada y democracia radical (Madrid: Editorial Tecnos, 1993). pp. 162 y 163.

4 **Hegel, Georg Wilhelm Friedrich**, *Filosofía del Derecho*, trad. Mendoza de Montero, Angélica (Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968). pp. 34 y 57.

5 **Ortigosa, Andrés**, «Reflexión y concepto en Hegel. Una aportación a las raíces kantianas de la Ciencia de la Lógica», *Con-Textos Kantianos International Journal of Philosophy* 13 (2021).

6 Ihering, Rudolf Von, *La lucha por el Derecho*, trad. González Posada, Adolfo (Sao Paulo: Editorial Heliasta, 1993). p. 7. “El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin...”

7 **Kelsen, Hans**, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Nilve, Moisés, 2a Ed. (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires Eudeba, 2009). pp. 21 y 25; **Bobbio, Norberto**, *Teoría General del Derecho*, trad. Guerrero R., Jorge (Bogotá: Editorial Temis, 2012). p. 31.

8 El positivismo proscribió toda especulación metafísica o teológica, necesita basar la moral en un “poder espiritual positivo” capaz de establecer reglas de conducta generales o especial que conforme al “orden universal” puedan ser deducidas como si de geometría se tratara, por lo tanto, estas reglas de conducta positiva no pueden por su abstracción ser “valores” sino deben ser normas demostradas y precisas que expresen la: “inmensa experiencia que ahora posee nuestra especie”. **Comte, Auguste**, *Discurso sobre el espíritu positivo*, trad. Marías, Julián (Madrid: Alianza Editorial, 1980). pp. 83 y ss.

fundamental una ética formal asociada a la ética de los deberes, relegando la consideración sustancial de la ética de las virtudes.

La ética del deber, cuyo mayor epítome es la monumental obra de filosofía práctica de Kant –la segunda crítica–, descansa esencialmente en la formulación de los imperativos categóricos como exigencias objetivas incondicionales⁹. Estas, cuando han sido interpretadas de manera reduccionista –práctica común–, han conducido a una comprensión del derecho formalista que prescribe una obediencia ciega a la ley¹⁰, interpretación paradigmática que se ha integrado eficazmente en el liberalismo clásico pese a la marcada diferencia entre los métodos trascendental y utilitario. Dicho formalismo reaccionario ha sido útil para sostener los supuestos teóricos del iuspositivismo radical y la separación entre legislación y moral promovida por una corriente del castigo utilitarista que sostiene la idea de que *“la legislación solo puede influir directamente sobre la conducta de los hombres por medio de las penas”*¹¹. Estos elementos aún hoy explican la marcada tendencia punitivista que considera la sanción negativa como el principal –y acaso único– instrumento de eficacia del derecho, entendido este último como un sistema de mandatos prohibitivos respaldados por el *ius puniendi*¹².

A diferencia de la perspectiva deontológico-formal, donde en el derecho cobra una preeminencia radical el aspecto coercitivo externo en la regulación de la conducta humana –base de la norma subjetiva de determinación–, los antiguos abordaban el problema con un mayor enfoque ontológico-valorativo. Partían del conocimiento de la propia naturaleza del ser humano, lo que SÓCRATES identificó como *“dominio de sí mismo”*¹³. Esto implica concebir al

9 **Kant, Immanuel**, *Crítica de la razón práctica*, trad. Miñana y Villagrasa, Emilio y Manuel García Morente (Barcelona: Círculo de Lectores, 1996). p. 64. *“Es un imperativo, es decir, una regla que es designada por un deber ser (ein Sollen) que expresa la compulsión (Nötigung) objetiva de la acción y significa que, si la razón determinase la voluntad totalmente, la acción ocurriría indefectiblemente según esa regla. Así pues, los imperativos valen objetivamente y son totalmente distintos de las máximas, puesto que éstas son principios subjetivos.”*

10 **Onfray, Michael**, *El sueño de Eichmann: Precedido de un kantiano entre los nazis*, trad. Bixio, Alcira (Barcelona: Gedisa Editorial, 2009). pp. 23 y ss. *“En ninguna parte, Kant dice que haya que examinar el contenido de la ley –ética o política– antes de decidirse a obedecerla o a infringirla, a rebelarse contra ella o a observarla (...) Esta idea no deja ningún lugar a la cuestión del examen de los contenidos, pues se limita a disponer que cada individuo sea un súbdito dócil de la ley moral y de la de su país.”*

11 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo I*, trad. Salas, Ramon (París: Masson e Hijo, 1823). p. 197.

12 **Austin, John**, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. Páramo Argüelles, Juan Ramón De (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002). p. 37. *“El daño que probablemente se aplicará en el caso de desobediencia de un mandato, o (si se usa una expresión equivalente) en el caso de transgresión de un deber, se llama generalmente sanción, o imposición coactiva de la obediencia; en otros términos, se dice que el mandato o el deber son sancionados o impuestos coactivamente por la posibilidad de sufrir un daño.”*

13 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho - derecho natural y justicia material*, trad. González Vicen, Felipe (Madrid: Ediciones Aguilar, 1979). p. 21. *“El núcleo de la persona moral se encuentra, empero, en el dominio de sí mismo descubierto por Sócrates, en el imperio de la razón sobre los sentidos”.*

hombre como un individuo libre, con plena capacidad de autodeterminación y reconocido como agente moral. Esta capacidad le permite ejercer el: “*arte de conducir su propia vida*”, dotado de razón¹⁴ —*logos*—. En contraste con el sujeto sujetado –coaccionado– por el deber externo, el individuo libre es capaz de reconocer el bien, dirigir sus acciones conforme a ese conocimiento y estar motivado por sus propias intenciones. Esta idea fue llevada a sus máximas consecuencias por los estoicos.

“Por ello –los estoicos– nunca se cansaron de aportar pruebas para demostrar dialécticamente que solo puede ser bueno aquello que procede de nuestras propias intenciones y que merece reconocimiento y aprobación en tanto que realización nuestra: lo que nos da derecho a enorgullecernos de ellos; solo esto puede despertar en nosotros satisfacción y alegría puras, porque es nuestro propio mérito. Pero este bien no es otra cosa que el bien moral. Es el despliegue conforme a la naturaleza, acorde con la ley propia, del *logos* humano. Así comprendemos por primera vez de manera completa la afirmación socrática de que los valores residen exclusivamente en el propio hombre.”¹⁵

A partir de ahí, resulta claro que el móvil subjetivo del actuar virtuoso en los antiguos Estoicos no está impulsado por el miedo a un castigo, sino más bien por un incentivo positivo, la recompensa que produce la propia satisfacción por el actuar correcto. Este actuar es digno de reconocimiento y aprobación por la comunidad humana, ya que, siguiendo a ARISTÓTELES: es la naturaleza del hombre –*physis*– vivir y convivir en sociedad¹⁶, único espacio donde se puede educar y desarrollar en toda su potencialidad. Entonces, la moral surge en el devenir de la existencia como un ejercicio constante que busca la excelencia –*areté*– praxis encaminada en forjar ciudadanos de “*buen carácter*” capaces de responder a las demandas que le impone la vida en sociedad en su contribución al mayor de los bienes –*telos*– que es el Estado¹⁷, ese mismo que para PLATÓN se constituye en el concepto de justicia¹⁸ precisamente a partir de cumplir la máxima de: “*hacer cada uno lo suyo*”¹⁹.

Es precisamente en el marco de esta discusión, que resulta necesario preguntarse qué rendimientos aportaría integrar de nuevo a la ciencia jurídica una vigorosa perspectiva ética, particularmente la relativa a la ética de las virtudes²⁰ en el derecho público. Esto de la mano de los avances

14 **Pohlenz, Max**, *La Stoa: Historia de un movimiento espiritual*, trad. Mas, Salvador (Bogotá: Taurus Ediciones, 2022). p. 49 y ss.

15 **Pohlenz, Max**, *La Stoa... Ob. Cit.*, p. 154.

16 **Aristóteles**, *Política*, trad. Gómez Robledo, Antonio (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2022). p. 211 y ss.

17 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* pp. 26 y 27.

18 **Platón**, *La república o de lo justo*, trad. C.M.B., 27º ed. (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2001). p. 91.

19 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* p. 21.

20 La ética de las virtudes se encontró presente en el origen del derecho romano, especialmente en razón a los aportes de la escuela Estoica. Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho - derecho natural y justicia material*. pp. 33 y ss.

contemporáneos que a la ética agregan las neurociencias y las ciencias de comportamiento, especialmente en lo que respecta al cumplimiento real de las finalidades externas del derecho público en su esfera sancionatoria²¹, las cuales aún se encuentran profundamente permeadas por una dialéctica formalista de los deberes y los castigos.

Además, esta discusión toma mayor relevancia si se tiene en cuenta el impacto que han venido teniendo los denominados programas de cumplimiento – *Compliance*– que desde los años setenta han sido impulsados en el sector privado²² por la irrupción de los discursos sobre ética empresarial –*business ethics*– y responsabilidad social corporativa – *corporate social responsibility*–. Esta teoría se ha venido abriendo paso en la administración estatal a través de la implementación del *public Compliance* que, más allá de procurar la mera administración de riesgos de cumplimiento normativo, ha avanzado en propiciar una cultura de la responsabilidad “*accountability*” cuya pretensión principal es ir más allá de lo jurídicamente exigible²³ –actos supererogatorios– lo que significa evidentemente adentrarse en el campo de la ética. Además, el giro que aporta la estrategia de incentivos positivos que propone el *Compliance* para estimular la cultura de la legalidad y el cumplimiento ético-normativo, constituye una nueva oportunidad de reevaluar la preminencia del paradigma sancionatorio del derecho moderno.

En resumen, esta reflexión académica busca determinar cómo las discusiones sobre filosofía moral, especialmente desde una perspectiva ecléctica que se denominará “ética integracionista”, pueden interpretarse y aplicarse a la luz de los avances contemporáneos en neurociencias, lo que se conoce como “neuroética”. Todo esto con el objeto práctico de aportar a la discusión sobre el *Compliance* en el sector público, analizando si esta “**neuroética integracionista**” puede ser útil en la formulación de programas de cumplimiento administrativos que garanticen el logro efectivo de los principios y valores constitucionales, así como la reducción de los riesgos jurídicos que pueden afectar el buen y normal funcionamiento del servicio público. Esto

21 **Corte Constitucional**, Sentencia C-392 de 2019, M.P. Diana Fajardo. “La finalidad general del derecho disciplinario está dada por la salvaguarda de la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores del Estado. Así mismo, por la garantía de la buena marcha y buen nombre de la administración pública y la obligación de asegurar a los gobernados que las funciones oficiales sean ejercidas en beneficio de la comunidad (Art. 2º de la CP). En consecuencia, desde el punto de vista interno, persigue el cumplimiento de los deberes a cargo de los servidores públicos y desde el punto de vista externo, tiene el propósito de que se alcancen los fines del Estado y los principios de la función pública.”

22 **T. de George, Richard**, «A history of Business Ethics», en *Values and ethics for the 21st Century* (España: BBVA, 2011). pp. 337 y ss.

23 **Jiménez Vaca, José Joaquín**, «*Compliance* como instrumento al servicio de la integridad y la ética pública», en *Guía práctica de Compliance en el sector público* (Madrid: Wolters Kluwer, 2020). p. 75. “El concepto de «*Compliance*», repetimos, hace valer la pretensión de ir más allá, entonces, y valiéndose de instrumentos de naturaleza «no normativa» (o de *soft law*) forjar una suerte de estrategia de «control público ético» de la organización, a partir de una continua rendición de cuentas o «*accountability*». La figura del servidor público anónimo puede concluirse, es una cosa del pasado, siendo hoy día necesario identificar a cada uno por la «responsabilidad» que tiene en sus tareas y por su conducta.”

se lograría, en particular, al diversificar el paradigma del derecho público sancionatorio, que ha sido esencialmente retributivo y punitivista, y adicionar un enfoque preventivo basado en la promoción e incentivo de las virtudes de los servidores públicos.

Con el objeto de lograr este cometido, en el primer acápite se expondrán las tres grandes tradiciones de la filosofía moral: ética de la virtud –ética de los antiguos–; ética del deber y ética de la utilidad –ética de los modernos–, destacando las teorías de sus principales autores y sintetizando sus principios fundamentales. En el segundo subcapítulo, se abordarán los descubrimientos que las neurociencias han realizado y se verificará si pueden validar las premisas fundamentales de las teorías éticas analizadas. A partir de estos dos ejercicios, será posible decantar unos conceptos validos que fundamenten una neuroética integracionista, para que con esto en el tercer subcapítulo se apliquen estos resultados a la formulación de programas de cumplimiento en el sector público –*public Compliance*–, para cerrar, presentando una propuesta de articulación que de forma práctica determine los componentes que debería tener un programa de cumplimiento de ética pública. Finalmente se presentarán las conclusiones.

DEBER, UTILIDAD Y VIRTUD: La tres grandes reflexiones de la ética y su aporte para una ética integracionista

Como en cualquier otro campo de conocimiento, en la ética, es posible encontrar al menos tres grandes “*programas de investigación*”²⁴ que persiguen como pretensión de validez ofrecer la mejor fundamentación para determinar el contenido del bien y por ende el sentido del buen actuar humano. Aunque, estas tres tradiciones comparten una finalidad explicativa, lo cierto es que parten desde presupuestos disímiles, por lo que resulta fundamenta comprender cada uno de estos enfoques.

El primer enfoque que es posible acometer es la ética deontológica, esto es desde un estudio de los deberes u obligaciones morales *per se*, a partir de los cuales es posible determinar el contenido universal que debe dirigir la acción humana, a esta ética se le denomina la ética de los deberes. El segundo enfoque, se encuentra determinado por una relación de medios y fines, es la denominada ética consecuencial, a partir de la cual el contenido moral depende del resultado que se derive de la acción emprendida y de su corrección con determinadas finalidades estimables, esta es la ética utilitaria. Finalmente, el tercer enfoque, es el que privilegia sobre todo la formación del buen “carácter” de los individuos, a través de la educación y puesta en práctica permanente de virtudes y valores que permitan construir una moral sólida, que sea herramienta principal para desarrollar el arte de dirigir de

24 **Lakatos, Imre**, *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*, trad. Ribes, Diego (Madrid: Editorial Tecnos, 1987). “Según mi metodología los más grandes descubrimientos científicos son programas de investigación que pueden evaluarse en términos de problemáticas progresivas y estancadas; las revoluciones científicas consisten en que un programa de investigación reemplaza a otro (superándolo de modo progresivo). Esta metodología proporciona una nueva reconstrucción racional de las ciencias.”

forma correcta la propia vida. A esta última perspectiva se le denomina la ética de las virtudes. Estas tradiciones podrían resumirse así:

Característica	Ética deontológica o del deber.	Ética consecuencial o utilitaria.	Ética de las virtudes.
Enfoque	El cumplimiento de los deberes y obligaciones que se imponen por la razón de forma universal al individuo.	Lo fundamental no es la intención sino el resultado (las consecuencias reales) que producen efecto de la acción y como estas impactan en el mayor bienestar o felicidad posible.	Lo fundamental es la formación de carácter del sujeto moral para la práctica permanente de una vida virtuosa.
Objetos de valoración	Deber y la obligación moral universal (imperativos categóricos)	El bienestar general, la mayor felicidad posible.	Virtudes cardinales emanadas de la razón: justicia, templanza, fortaleza o prudencia...
Ejemplo	No mentir: en ningún caso, pues si todos mintiéramos no podría haber sociedad posible.	Eutanasia: Es ética la buena muerte por la finalidad de terminar un sufrimiento mayor.	La templanza: virtud que permite al ser humano la capacidad de no sufrir por aquello que no es posible cambiar.
Referentes	Immanuel Kant.	Epicuro, Jeremy Bentham y John Stuart Mill.	Platón, Aristóteles, Los Estoicos, Santo Tomas de Aquino.

Tabla I: Comparación entre las tres tradiciones más sobresalientes de la ética.

Ahora bien, advirtiendo que como es propio de todo conocimiento filosófico, estas teorías pueden ser objeto de matizaciones y precisiones dependiendo de cada autor, así como también es cierto que entre ellas existen puntos

de encuentro, de continuidad y de ruptura. Resulta necesario realizar una exposición sintética de los principales conceptos elaborados por estas escuelas de pensamiento con el objeto de poder fijar sus alcances y posibles aportes en una formulación integrativa de la ética para el derecho público y los programas de cumplimiento.

Pero antes de iniciar con esta tarea, debe precisarse que la propuesta de una ética integracionista que se desarrollará en este trabajo, parte del eclecticismo moral y pretende superar posiciones maniqueas al entender que las premisas formuladas por los distintos enfoques de la filosofía moral (virtud, deber y utilidad) funcionan como dispositivos de pensamiento que pueden conformar una “*caja de herramientas*”²⁵ –en el sentido dado por FOUCAULT y DELEUZE– y por tanto pueden ser seleccionadas, incorporadas y aplicadas en diversos grados de intensidad, oportunidad y situación, para estructurar una teoría práctica y abarcativa. Con esto la reflexión ética se potencializa al adoptar diversos instrumentos para la motivación y dirección de la buena conducta de los individuos, apartándose de generalizaciones simplistas que al entender al individuo de forma unidimensional prescriben fórmulas de masificación moral que fracasan por desconocer la profunda complejidad de la pluralidad humana.

Este ejercicio de sincretismo, que será plasmado en las páginas que siguen, permitirá vislumbrar algunas estratagemas éticas que podrían tener un alto rendimiento en la formulación de los programas de cumplimiento.

1.1. La ética de las virtudes o ética de los antiguos

Para los antiguos existe una clara preferencia por una **ética de las virtudes**. Esta se diferencia del enfoque de la ética formal de los deberes externos – norma subjetiva de determinación²⁶– que propone hacer buenas leyes que obliguen o aten la conducta de los ciudadanos y de los propios gobernantes²⁷. Por el contrario, la ética de las virtudes se concentra más bien en forjar hombres –y mujeres– de “buen carácter”, sujetos capaces de desarrollar la virtud –*areté*– entendida como excelencia, pues quienes hayan logrado la excelencia tomarán con acierto buenas decisiones sin necesidad o en ausencia de ley positiva –o aún en contra de esta cuando sea disconforme con la mejor

25 **Foucault, Michel**, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, trad. Morey, Miguel (Madrid: Alianza Editorial, 2000). p. 85. “Entender la teoría como una caja de herramientas quiere decir: que no se trata de construir un sistema sino un instrumento...”

26 Sobre la relación entre el imperativismo moderno propio de una ética formal de los deberes y su relación con la norma subjetiva de determinación puede consultarse: **Gómez Pavajeau, Carlos Arturo**, *La dogmática jurídica como ciencia del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011). p. 157 y ss.

27 **Bobbio, Norberto**, *El futuro de la democracia*, trad. Fernández Santillán, José, 1º ed. (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1986). p. 122. “A la inversa, la primacía del hombre se funda en el presupuesto del buen gobernante, cuyo ideal es, para los antiguos, el gran legislador. En efecto, si el gobernante es sabio, ¿qué necesidad hay de constreñirlo en la red de las leyes generales, que le impiden sopesar los méritos y deméritos de cada uno?”.

solución ética– pues estarán dotados de un juicio estructural interno capaz resolver virtuosamente las demandas y conflictos morales que les imponga la vida en su devenir, por lo tanto los hombres virtuosos no necesitan leyes para actuar bien²⁸.

En este sentido, la ética de la virtud desde los tiempos prefilosóficos ya se perfilaba literariamente en los poemas de HOMERO a través de personajes como Aquiles u Odiseo que encarna el ideal griego de hombres virtuosos por su valentía y templanza. Así como también porque la propia idea de excelencia se conjugaba con el concepto de *aristós* “ser el mejor” que ya era entendido y asociado al gobernante “virtuoso” que se destacaba por hacer el mayor bien a su comunidad²⁹. En todo esto la virtud se relaciona con la verdadera noción sobre “lo bueno”.

Sin embargo, será con SÓCRATES que se inaugure la reflexión filosófica sobre la virtud, en cuanto este se preguntará por ¿Cuál es el contenido de la excelencia propia del ser humano para conducir su vida? Esta reflexión encarna la búsqueda permanente de la verdad, dejando atrás las posiciones dogmáticas o escépticas –que representan la ignorancia y la pereza de espíritu–, por medio de lo que se ha dado en llamar el “intelectualismo moral”³⁰, que sostiene que sí es posible acceder a la verdad moral y por ende identificar unas virtudes universales a través de las cuales será posible dirigir las acciones humanas hacia el buen obrar.

En la misma línea, PLATÓN continuará con esta búsqueda iniciada por su maestro y encontrará a través de la razón las virtudes que considera permiten formar su Estado ideal –calíopolis– a saber³¹: la prudencia –*phrónēsis*– como la virtud de los gobernantes que les permite procurar lo mejor para el bien común; la valentía o fortaleza –*andreía*– que otorga a los guardianes o guerreros la fuerza para defender el Estado; y la templanza –*sōphrosynē*– que permite a los productores respetar la autoridad y actuar con moderación en sus negocios privados. A todo esto, suma el maestro ateniense la virtud máxima: la justicia –*dikaíosynē*– que se produce en la armonía de todas las virtudes previamente señaladas, virtudes que en su conjunto la tradición ha denominado cardinales. No sobra señalar que antes de exponer estas virtudes en los diversos estamentos del Estado el propio PLATÓN señala la incapacidad de la cambiante legislación en persuadir los hábitos de vida, pues una legislación, aunque sea perfecta, pero sin hombres virtuosos, es como: “cortar las cabezas de una hidra”³². Esto es prueba de la primacía que en la

28 **Platón**, *La república o de lo justo...* Ob. Cit., p. 85.

29 **Cortina, Adela y Emilio Martínez**, *Ética* (Madrid: Akal Editores, 2001). p. 53.

30 **Cortina, Adela y Emilio Martínez**, *Ética...* Ob. Cit., p. 55.

31 **Platón**, *La república o de lo justo...* Ob. Cit., pp. 87 y ss.

32 **Platón**, *La república*. Ob. Cit., p. 86. “No te indignes, pues, con nuestros políticos; son los hombres más divertidos que existen, con sus reglamentos que modifican incesantemente, persuadidos que con eso pondrán remedio a los abusos que se introducen en las relaciones de la vida en todos aquellos puntos de que ya he hablado, y no advierten que lo que en realidad hacen es cortar las cabezas de una hidra”.

antigüedad daban al gobierno de los hombres virtuosos sobre el gobierno de las buenas leyes.

Así mismo, ARISTÓTELES es el primero en sistematizar y darle autonomía como disciplina propia a la ética entendida como filosofía práctica. Consideró que, si bien los hombres están potencialmente dotados de la capacidad autorreflexiva, lo cierto es que las virtudes no les vienen incorporados de manera innata en su propia naturaleza humana³³, sino que las virtudes se forman a través de los hábitos, es decir a través de la práctica permanente³⁴ que determina el carácter. Estas virtudes se determinan sustancialmente por la capacidad moral de encontrar en todo el “justo medio”, es decir el punto entre dos extremos uno por exceso y el otro por defecto, así como por la capacidad de encontrar en toda virtud un camino hacia el bien mayor que es invariablemente la vida buena –*eudaimonia*–. Así por ejemplo la prudencia – principal virtud dianética³⁵ para el filósofo de Estagira, es el justo medio entre la cobardía –extremo por defecto– y la precipitación –extremo por exceso–, virtud que a su vez si es practicada posibilita una vida buena en el largo plazo. Esto se ilustra bien con la metáfora usada por ARISTÓTELES, que afirma que la virtud requiere la disciplina del arquero, que no solo conoce bien el blanco y por ende puede apuntar bien, sin que además practica permanente su tiro para acertar en la diana³⁶.

Es así como la ética de la virtud en palabras de VICTORIA CAMPS: “*Remite directamente a la educación, pues es a través de la educación como se adquieren los hábitos y las costumbres más convenientes para la vida en sociedad*”³⁷. Sin embargo, la ética de la virtud tiene un presupuesto que antecede a la educación, es el reconocimiento del hombre como sujeto dotado de razón, hecho que posibilita que de forma autónoma pueda comprender la naturaleza y dirigir su propia vida de acuerdo con ella³⁸; tal y como ZENÓN DE CITIO fundador del estoicismo resumió en la máxima fundamental de esta escuela: “*vivir acordadamente con la naturaleza*”³⁹. Sin embargo, esta autarquía no está librada a la mera voluntad del individuo, sino que se encuentra sometida a los límites que impone su propia naturaleza y la de todas las cosas, que en su integridad conforman una “*armonía de espíritu*”⁴⁰ –*daímon*–. De ahí que, la

33 **Aristóteles**, *Ética Nicomaquea*, trad. Gómez Robledo, Antonio (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2022). p.23.

34 **Aristóteles**, *Ética Nicomaquea*... Ob. Cit., p. 24.

35 **Cortina, Adela y Emilio Martínez**, *Ética*... Ob. Cit., p. 60.

36 **Aristóteles**, *Ética Nicomaquea*... Ob. Cit., p. 4.

37 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética* (Barcelona: RBA Editores, 2013). p. 62.

38 **Störig, Hans Joachim**, *Historia Universal de la Filosofía*, trad. Gómez Ramos, Antonio (Madrid: Editorial Tecnos, 2012). p. 229.

39 **Laercio, Diógenes**, *Vidas y opiniones de los filósofos ilustres*, trad. García Gual, Carlos (Madrid: Alianza Editorial, 2007). p.365.

40 **Laercio, Diógenes**, *Vidas y opiniones*... Ob. Cit., p. 365.

virtud, sea ese actuar conforme a esta armonía, la que es: “*digna de elegirse por sí misma, no por algún terror o esperanza de las cosas externas*”⁴¹.

Aun así, esta dirección estoica de las virtudes que como señala HANS WELZEL busca la independencia de acción frente a las circunstancias que acaecen en lo externo, una «*absoluta autarquía de la virtud*»⁴² y que se puede explicar por el contexto histórico de opresión y arbitrariedad que reinaba en la política antigua; desemboca invariablemente en una ética rigorista y formalista de lo interno que se encuentra predeterminada al fracaso rotundo en la práctica de la vida⁴³. Para ilustrar este punto y haciendo uso de la célebre metáfora que este mismo autor pronunció sobre el causalismo⁴⁴, esta ética es “*ciega*”, crítica común que –como más adelante se precisará– suele dirigirse también contra la ética formal de los deberes de KANT.

En efecto, la virtud entendida como único bien posible –fin en sí mismo– llevó a los estoicos a formular la teoría que más ha trascendido de su filosofía, la teoría de las cosas indiferentes –*Adiaforía*–, que se traduce en una actitud vital de indiferencia o falta de diferencia frente a aquello que no es ni una virtud ni un vicio⁴⁵. Esto se entiende desde la pura actitud moral desprovista de todo análisis sobre las consecuencias⁴⁶, hecho por el cual los resultados –sean los que sean– que se desprendan de una acción adecuada a la virtud en nada le restarían valor, pues como se ha reiterado, la órbita de lo interno está separada de lo externo.

Pese a esto, la dirección de la autarquía absoluta, que como se señaló resulta para efectos prácticos “*ciega*”, fue objeto de importantes matices y transformaciones que permitieron madurar la propia idea de virtud en los antiguos. La primera matización provino del concepto acuñado también por los estoicos de “*valor*”⁴⁷, por el cual se amplió que, más allá de las virtudes en sentido puro, existen en el devenir de la vida otras cuestiones que resultan ser más deseables o menos deseables y que por ende permiten discernir razonablemente –*logos*– la mejor elección posible. Estas se encuentran en: “*la zona de las acciones «medias» nacidas de la preocupación por los bienes relativos de nuestra existencia «natural»*”⁴⁸, por lo que no es posible recurrir a la regla de indiferencia del carácter –*Adiaforía*–, sino que el sujeto moral

41 **Laercio, Diógenes**, *Vidas y opiniones... Ob. Cit.*, p. 365.

42 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* p. 39.

43 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* p. 39.

44 **Welzel, Hans**, *Derecho Penal - Parte General*, trad. Fontán Balestra, Carlos (Buenos Aires: Roque Depalma Editores, 1956). p. 60. “*Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es «vidente»; la causalidad es «ciega»*”.

45 **Abbagnano, Nicola**, *Historia de la Filosofía Vol. I*, trad. Estelrich, Juan y J. Pérez Ballestar (Barcelona: Montaner y Simona, 1978). p. 180.

46 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* p. 39.

47 **Abbagnano, Nicola**, *Historia de la Filosofía Vol. I... Ob. Cit.* p. 180.

48 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* p. 39.

debe tomar partido justificado en la "*recta razón*"⁴⁹ –*recta ratio*– que es una posesión común a todos los hombres⁵⁰.

Lo anterior, es a su vez causa necesaria para deducir el "*bien en general*" como algo de lo que proviene algún beneficio⁵¹ –*punto de yuxtaposición con el utilitarismo ético*– a partir del cual se vislumbra una aporía⁵², pues la virtud no se justifica por sí misma, es decir categóricamente alejada de lo externo, sino que la decisión virtuosa⁵³ –*ética*– también requiere de una relación medio-fin que presupone: "*como valioso objetivamente el fin por el cual decide y para cuya consecución actúa*"⁵⁴, lo cual más allá de traer de nuevo la teleología aristotélica a la discusión de las virtudes, aleja a esta filosofía de una ética de deberes formalista y sin contenido.

Todo lo anterior, extiende la posibilidad de que los seres humanos puedan formarse en el ejercicio de los buenos hábitos y por ende educar el temperamento para lograr la virtud –*areté*– entendida ahora como arte de conducir la vida con excelencia⁵⁵, lo que termina por hacer esencialmente de la ética de las virtudes: "*una teoría del uso práctico de la razón*"⁵⁶. Así pues, la ética de las virtudes tiene la distinción de haber descubierto frente a la motivación **ético-subjetiva** de los actos humanos una nueva fundamentación revolucionaria y de indeleble impronta para la filosofía moral en occidente: **la conciencia** –*conscientia*– como inquisidor omnipresente de sí mismo⁵⁷. Sobre este reflejo potente de la moral en el fuero interno de individuo dice SÉNECA: "*Todo lo haré con arreglo a mi conciencia y nada por la opinión de los demás; todo lo que hago sabiéndolo únicamente yo, creeré que se hace a la vista de todo el pueblo.*"⁵⁸ Este ejercicio más que de legislador es de juez permanente de los propios actos cuya memoria implacable no permite autoengaños⁵⁹.

En suma, la virtud es una disposición especial para el buen actuar de los sujetos de mandamiento implícito que implica formar una autodisciplina que como

49 **Abbagnano, Nicola**, *Historia de la Filosofía Vol. I...* Ob. Cit. p. 180.

50 **Friedrich, Carl Joachim**, *La filosofía del derecho* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1997). p. 51.

51 **Laercio, Diógenes**, *Vidas y opiniones...* Ob. Cit., p. 367.

52 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* p. 41.

53 **Laercio, Diógenes**, *Vidas y opiniones...* Ob. Cit., p. 367. "*El bien en general es aquello de lo que proviene algún beneficio, y en particular es lo mismo y no diferente de la utilidad. De donde procede que la virtud misma y lo que participa de la virtud se califique de bueno del modo siguiente, entres acepciones: lo bueno de lo que deriva lo útil; el bien de acuerdo con el cual resulta útil, como la acción de acuerdo con la virtud; y la gente de esto, como el virtuoso que participa de la virtud.*"

54 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* p. 41.

55 **Laercio, Diógenes**, *Vidas y opiniones...* Ob. Cit., p. 366.

56 **Abbagnano, Nicola**, *Historia de la Filosofía Vol. I...* Ob. Cit. p. 178.

57 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* p. 42.

58 **Séneca**, *Sobre la felicidad*, trad. Azagra, J. (Madrid: Biblioteca EDAF, 2002). p. 109.

59 **Séneca**, *Sobre la brevedad de la vida*, trad. Azagra, J. (Madrid: Biblioteca EDAF, 2002). p. 164. "*A nadie le gusta remover voluntariamente su pasado, a no ser que se trate de*

práctica y obediencia genera hábitos deseables del comportamiento, todos limitados en sus tangentes; aprendizaje de primera mano y ejemplificativo dado por el Maestro al alumno *prima facie*, sin intermediarios personales o instrumentales; vívidos e informados por las emociones ancladas en los sentimientos de emular a la figura portaestandarte de la virtud a practicar en sociedad, misma que impone autocreatividad, autogobierno, autogestión, respuesta en forma de estímulo, no de prohibición y castigo; es participación, autoorganización, autocontrol, autonormatividad y autoreprochabilidad en el fracaso y las correcciones necesarias que se impone para sí el propio sujeto moral, a partir del derrotero ideal de que: “*una virtud, esto es, una cualidad cuya posesión hará al individuo capaz de alcanzar la perfección*”⁶⁰, todo lo cual termina por generar el mejoramiento del sistema organizacional y su éxito o avance.

Sin embargo, para concluir con la ética de las virtudes, no debe interpretarse erróneamente este altísimo rigor que impone la doctrina estoica en el propio gobierno de sí mismo como un solipsismo o como un egoísmo individualista, pues es preciso insistir que para los antiguos el problema de la ética es esencialmente un asunto de la **comunidad**, impulsado por la tendencia natural o innata del hombre de preocuparse por sus semejantes. Esto parte del sentimiento filial entre padres e hijos, pero se extiende en el interés por el bienestar de los otros a través de lazos de parentesco, afinidad, amistad, vecindad y ciudadanía⁶¹ que conducen, como enseña CICERÓN, a la “*unión de todo el género humano*”⁶². En todas estas relaciones sociales es que se producen y practican las virtudes y la unión de todas ellas produce la mayor virtud que es la justicia:

“Esta disposición de ánimo que da a cada uno lo suyo y mantiene con generosidad y equidad la sociedad y alianza humana a que me refiero, se denomina justicia y a ella van unidas la piedad, la bondad, la liberalidad, la benignidad, la cortesía y las demás cualidades de este género. Y estas cualidades, siendo propias de la justicia, son también comunes a las restantes virtudes. Pues habiendo sido la naturaleza del hombre formada de tal manera que posee una especie de carácter cívico y popular innato, al que los griegos llaman *politikón*, lo que haga cada virtud no será contrario a la vida común ni al amor y a la solidaridad humana de que antes hablé, y a su vez la justicia, en la medida en que con su ejercicio influya sobre las demás virtudes, las abrazará a todas...”⁶³

Luego, la justicia como virtud máxima de la ética de los antiguos no es un ser para sí mismo, sino es un ser-para-el-otro, como señala ARISTÓTELES: “No

una persona cuyos actos hayan sido revisados por su conciencia, que nunca se engaña.”

60 **Mate, Reyes**, *Tratado de la injusticia* (Barcelona: Anthopos, 2011). p. 84.

61 **Cicerón, Marco Tulio**, *Del supremo bien y del supremo mal*, trad. Herrero Llorente, Víctor-José (Madrid: Editorial Gredos, 1987). p. 316.

62 **Cicerón, Marco Tulio**, *Del supremo bien... Ob. Cit.*, p. 316.

63 **Cicerón, Marco Tulio**, *Del supremo bien... Ob. Cit.*, p. 316 y 317.

*hay hombre mejor que quien practica la virtud hacia los demás*⁶⁴. De esto deviene, en la filosofía griega y romana antigua, una importancia medular a la dimensión comunitaria que entiende a cada sujeto en proyección como contribuyente del bien común –*res publica*–, contribución que no se puede alcanzar sin el concurso de las virtudes que los individuos, en armonía con su propia naturaleza, aportan para lograr el orden político y social justo de la comunidad.

1.2. La ética del deber o ética de los modernos

La idea de una ética de lo colectivo cuyas condiciones de posibilidad se encuentran determinadas por el ejercicio virtuoso de todo el actuar humano, no aparece ya en la filosofía moral de los modernos, puesto que el sujeto de la **ética de los deberes** en su autonomía posee la decisión libre de determinar lo bueno y justo, en cuanto estos puedan ser pensados como universales. Es decir, que sin importar las circunstancias externas –empíricas– puede predicarse metafísicamente el valor de lo justo para todos los casos⁶⁵, giro subjetivista que tiene su origen en la revolución copernicana que KANT inaugura en la epistemología^{66 67} –a través de su “*Crítica a la Razón Pura*”– y que tendrá efectos directos en su teoría de la filosofía moral.

En efecto, para KANT la ética no puede tener una fundamentación fáctica o empírica, no pueden provenir sus basamentos de la experiencia sensible o de la interacción social del ser humano, puesto que valga recordar que para el pensador de Königsberg no es el objeto el que constituye al sujeto de conocimiento sino *contrario sensu* es el sujeto el que de acuerdo con sus propias formas de sensibilidad y categorías del entendimiento –idealismo trascendental– da sentido al objeto. Luego, partiendo de este presupuesto gnoseológico resulta coherente sostener que el mero conocimiento fenomenológico resulta limitado, deficiente e incompleto para fundar sólidamente la moral, la cual solo podrá provenir de la razón pura, por lo que resulta necesario formular una metafísica de las costumbres.

He aquí la diferencia principal entre las denominadas éticas materiales o sustanciales, en las cuales es posible trazar la existencia de un bien u objeto concreto que determina el actuar humano –felicidad, virtudes, sentimientos,

64 **Mate, Reyes**, *Tratado de la injusticia*. p. 12.

65 **Mate, Reyes**, *Tratado de la injusticia*... p. 14.

66 Si bien la explicación sobre la teoría del conocimiento de Kant supera el objetivo de esta investigación, se puede señalar que el giro fundamental que aporta a la epistemología moderna es el cambio de énfasis tradicional que se invierte para recaer en el sujeto cognoscente como fundamento de lo universal y no en el objeto conocido.

67 **Kant, Immanuel**, *Crítica a la razón pura*, trad. García Morente, Manuel y Manuel Fernández Núñez (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2018). p. 14. “*Hasta ahora se admitía que todo nuestro conocimiento tenía que regirse por los objetos; pero todos los ensayos, para decidir a priori algo sobre éstos, mediante conceptos, por donde sería extendido nuestro conocimiento, aniquilábanse en esa suposición. Ensáyese pues una vez si no adelantaremos más en los problemas de la metafísica, admitiendo que los objetos tienen que regirse por nuestro conocimiento...*”

utilidades...– las cuales están en plena conexión con el devenir de la existencia humana y social; y, por otro lado, la ética formal que requiere de un principio moral puro y absoluto, es decir carente de todo condicionamiento circunstancial. Efectivamente, para lograr este propósito KANT aplica el mismo giro copernicano que utilizó en su epistemología al campo de la ética, pues ya no es la experiencia de lo externo *–a posteriori–* sino los dictados de la razón pura que provienen del interior del sujeto *–a priori–* de donde se puede derivar el mandato moral.

La primera piedra que coloca a este respecto KANT para fundar firmemente su teoría procede de una idea pura de voluntad. Si la voluntad es aquello que mueve al individuo a actuar –sus motivaciones más íntimas– para que dicha voluntad no se vuelva hipotética sino categórica –es decir universal e incondicional–, debe prescindir de cualquier tendencia que lo dirija hacia bienes o intereses externos, tiene que ser una voluntad voluntaria *per se*, una especie de primer motor –usando analógicamente el concepto de ARISTÓTELES– que se mueve sin ser movido por otro. A esto se le denomina: “la buena voluntad” que: *“no es tal por lo que produzca o logre, ni por su idoneidad para conseguir un fin propuesto, siendo su querer lo único que la hace buena...”*⁶⁸ De ahí que, solo la voluntad de ser bueno independientemente de las consecuencias –positivas o negativas– que se causen, puede considerarse para KANT como una base sólida para la ética.

De lo anterior, deduce KANT en su investigación sobre los principios metafísicos de la doctrina del derecho y de la doctrina de la virtud, una diferencia que va a ser fundamental en el devenir de la teoría jurídica y moral –sobre la cual ha llovido sobre mojado– esto es los presupuestos divergentes que determinan la acción moral propiamente dicha y la acción legal, así:

“A la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley, sin tener en cuenta los móviles de la misma, se le llama la legalidad (conformidad con la ley), pero a aquélla en la que la idea del deber según la ley es a la vez el móvil de la acción, se le llama la moralidad (eticidad) de la misma.

Los deberes nacidos de la legislación jurídica solo pueden ser externos, porque esta legislación no exige que la idea de este deber, que es interior, sea por sí mismo fundamento de determinación del arbitrio del agente y, puesto que ella, sin embargo, necesita un móvil adecuado para la ley, solo puede ligar móviles externos con la ley. Por el contrario, la legislación ética convierte también en deberes acciones internas, pero

⁶⁸ **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. Aramayo, Roberto R. (Madrid: Alianza Editorial, 2012). p. 80.

no excluyendo las externas, sino que afecta a todo lo que es deber en general.”⁶⁹

Existe una diferencia que parece sutil, pero es fundamental en el sistema de la ética deontológica, esto es que no es lo mismo “actuar por mor del deber” que “actuar conforme al deber”⁷⁰. Actúa conforme al deber quien al desplegar su comportamiento ejecuta el contenido de lo debido, sin importar que lo haga por favorecer su propio interés, impulsado por una emoción o deseo, en busca de una gratificación, por miedo a una sanción etc..., es decir por egoísmo, inclinación, debilidad, miedo o cualquier finalidad externa. Mientras que, actúa por deber quien ejecuta la acción debida pero cuya motivación radica exclusivamente en la íntima y absoluta convicción de cumplir con el propio deber⁷¹.

Para ilustrar la citada diferencia, KANT propone el famoso ejemplo del tendero que cobra lo justo⁷² sin embargo, sería más provechoso en este caso que se imaginara la situación de un servidor público que en el marco de su relación especial de sujeción⁷³ y de acuerdo con el artículo 6 de la Constitución Política de 1991, está sometido al cumplimiento de un conjunto de precisos deberes. Piénsese que ese servidor público que por ejemplo tiene a su cargo la respuesta de derechos de petición: i) contesta de manera muy oportuna y dentro de los términos de ley las peticiones porque tiene miedo de ser sancionado disciplinariamente; o ii) contesta muy eficientemente, pero con la intención de ser reconocido por sus superiores para obtener un premio o quizás un ascenso por encargo, o iii) otorga una respuesta muy rápida y completa movido por la convicción de que una administración pública eficaz y eficiente fortalece la confianza del pueblo en su gobierno y promueve una mejor democracia.

En todos estos supuestos el servidor está actuando “conforme al deber” pero lo cierto es que en el sistema kantiano no está actuando éticamente, es decir: “por mor del deber” pues en todas las hipótesis la voluntad está mediada por intereses externos: precaver un daño futuro, la expectativa de obtener un beneficio o hasta perseguir finalidades estimables en una comunidad. Luego, la actuación ética de servidor público que le impone la deontología kantiana se manifiesta cuando este cumple su deber motivado exclusivamente por la convicción de cumplir con el deber, que para este caso se manifiesta en la ley positiva, pues –como se precisará más adelante– el cumplir la ley es una acción elevable a imperativo categórico. Es acá donde se encuentra la diferencia

69 **Kant, Immanuel**, *La metafísica de las costumbres*, trad. Cortina, Adela (Madrid: Editorial Tecnos, 1989). p. 24.

70 **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., p. 87.

71 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética...* Ob. Cit., p. 235.

72 **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., p. 86 y ss.

73 **Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Mario Roberto Molano López**, *La relación especial de sujeción* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007). p. 176.

fundamental entre una ética basada en la razón utilitaria –teleológica– y una ética basada en la razón pura –deontológica– en su formulación práctica.

Por tanto, resulta claro que para KANT lo ético proviene de un móvil –*Triebfeder*– puro que no conlleva estimulación diferente a la propia convicción subjetiva de hacer el bien por el bien mismo, o lo que es lo mismo a cumplir el deber por el deber mismo, pues: “*un hombre que conoce algo como deber no necesita otro motivo*”⁷⁴. Todo esto encierra la paradoja de que si bien KANT es considerado el autor del giro subjetivista, lo que se ve reforzado cuando además propone el origen de la ley moral como producto exclusivo de la razón del sujeto como ente transcendental capaz de derivar imperativos categóricos, lo cierto es que a la vez coexiste una ética que propugna anteponer de alguna forma lo general, puesto que el deber impone deponer los instintos egoístas del individuo⁷⁵, un hecho que merece ser reconocido al oponerse a la lógica inmanente del entonces naciente capitalismo. Sin embargo, esta fórmula resulta tautológica y vacía pues no termina por resolver efectivamente cuál es el contenido de la acción, por lo que merece la pena tomar un par de líneas para explicar la teoría de los imperativos categóricos.

En primer lugar, el imperativo es un concepto que utiliza KANT para referirse a aquel impulso que apremia la voluntad⁷⁶, es decir aquella fórmula impositiva que expresa un deber y por ende su pretensión es dirigir la voluntad del individuo. Entendido eso, debe precisarse que los imperativos se encuentran clasificados de acuerdo con la diferenciación que se produce entre dos tipos de juicios que puede formular la razón práctica, a saber: juicios categóricos y juicios hipotéticos. Los primeros son del tipo de relación necesaria y universal, es decir que no están condicionados por nada y pueden expresarse como A es B. Los segundos son del tipo de relación contingente y singular, lo que conlleva a que las acciones no guarden una identidad permanente, sino que están libradas a una pluralidad de finalidades posibles de perseguir⁷⁷, lo que puede ser expresado como si A entonces B. Sobre esta diferencia escribe el pensador alemán:

“Todos los imperativos mandan hipotética o categóricamente. Los primeros representan la necesidad práctica de una acción posible como medio para conseguir alguna otra cosa que se quiere (o es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representaría una

74 **Jaén, Marcos**, «¿Qué debemos hacer? un principio único para la moral», en *Kant ¿Qué podemos saber y qué debemos Hacer?* (Madrid: RBA Editores, 2015). p. 92.

75 **Kant, Immanuel**, *Crítica a la razón práctica*, trad. Granja Castro, Dulce María (Ciudad: Fondo de Cultura Económica, 2011). p. 135. “*Así, el respeto a la ley no es un móvil de la moralidad, sino que es la moralidad misma, considerada subjetivamente como móvil, porque la razón pura práctica, al abatir todas las pretensiones del amor a sí mismo opuestas a ella, da autoridad a la ley que ahora es la única que tiene influjo.*”

76 **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., p. 112. “*La representación de un principio objetivo, en tanto que resulta apremiante para una voluntad, se llama mandato (de la razón), y la fórmula del mismo se denomina imperativo.*”

77 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética...* Ob. Cit., p. 237.

acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a ningún otro fin. (...) Si la acción fuese simplemente buena como medio para otra cosa, entonces el imperativo es hipotético; si se representa como buena en sí, o sea, como necesaria en una voluntad conforme de suyo con la razón, entonces es categórico. (...) El imperativo hipotético dice tan solo que la acción es buena para algún propósito posible o real. En el primer caso es un principio problemático-práctico y en el segundo asertórico-práctico. El imperativo categórico que, sin referirse a ningún otro propósito, declara la acción como objetivamente necesaria de suyo, al margen de cualquier otro fin, vale como un principio apodíctico-práctico.”⁷⁸

Ahora bien, para determinar el significado del imperativo categórico KANT estableció tres reglas o fórmulas que permiten comprenderlo *a priori*, estas son a saber: primera formulación o fórmula de la universalidad; segunda formulación o fórmula de la dignidad humana y; tercera formulación o fórmula de autonomía de la voluntad⁷⁹.

La primera formulación del imperativo categórico está sintetizada en la proposición: “*Obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza*”⁸⁰. Esta regla lo que propone es un ejercicio mental en el que el sujeto se representa lo que pasaría si una acción determinada se convirtiera en ley universal, es decir si su acción de pronto se volviera mandato general y todos actuaran de la misma forma, a fin de verificar si aquello sería estimable desde el punto de vista de la razón pura-práctica.

Así pues, KANT pone como ejemplos para explicar la regla de la universalidad el suicidio, la mentira y el malgastar el uso de los talentos⁸¹. Piénsese que pasaría en una sociedad donde todas las personas se quitarán la vida como consecuencia de un “infortunio” que los haga caer en la “desesperación”; o donde todas las personas hicieran promesas que no fueran a cumplir; o si todos los individuos de una comunidad prefirieran dedicarse a la vida lisonjera y no a usar sus talentos. Pasaría que: frente al suicidio la humanidad se extinguiría rápidamente; sobre la mentira resultaría imposible la interacción o el tránsito social que está basada en expectativas, entendidas estas como promesas –implícitas en muchos casos– sin las cuales sería imposible la confianza que permite las relaciones humanas, pues no se podría creer que el otro va a respetar tan siquiera un semáforo; y, finalmente, si nadie aporta

78 **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., pp. 114y 115.

79 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética...* Ob. Cit., pp. 238 y ss.

80 **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., p. 126.

81

Kant, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., pp. 127 y ss.

sus talentos en el desarrollo social, la comunidad no solo quedaría estancada sino evidentemente peligraría rápidamente su existencia.

Es decir, sin duda en todos los casos es posible vaticinar la extinción total de la congregación humana, por lo que de forma coherente con esta teoría ninguna de estas acciones podría justificarse *a priori*, es decir ser elevada a conducta universal. Esto lleva a la conclusión de que, como el suicidio, el engaño y la holgazanería no puede ser llevados por el sujeto al nivel de imperativo categórico estas conductas estarán siempre y en todos los casos ponderadas como contrarias a la ética. Esto por supuesto, va a tener un efecto enorme en la comprensión de la teoría moderna de los deberes y sus derivas en el derecho positivo del siglo XIX y XX en el que predominarán las concepciones binarias del mundo.

Nótese como el crudo rigor de esta teoría ética severamente inflexible y maniquea impide cualquier tipo de excepción, modulación o matización; sometiendo toda acción existente al juicio inquisitivo del implacable binario bueno/malo. Esto que fue llevado a extremos delirantes propició que HEGEL sentenciara que KANT ha sido con su casuística su principal adversario⁸². Y no es para menos, valga recordar que en el famoso opúsculo "*Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía*" KANT pone de ejemplo el caso de un asesino que llega hasta una casa y pregunta a su propietario por una persona que él quiere matar y que está escondida dentro de esa casa. Si el propietario miente, estaría sin duda conculcando el imperativo categórico de no mentir y su acción sería éticamente reprochable, pues para este autor no estaría justificado ni bajo un pretexto tan loable como salvar la vida el mentir, pues no puede olvidarse que el imperativo es categórico precisamente porque es incondicionado. De ahí que este autor concluya:

"Así pues, el que miente, por bondadosa que pueda ser su intención en ello, ha de responder y pagar incluso ante un tribunal civil por las consecuencias de esto, por imprevistas que puedan ser. Pues la veracidad es un deber que ha de considerarse como la base de todos los deberes fundados en un contrato, deberes cuya ley, si se admite la menor excepción de ella, se hace vacilante e inútil. El ser veraz (sincero) en todas las declaraciones es, pues, un sagrado mandamiento de la razón, incondicionalmente exigido y no limitado por conveniencia alguna."⁸³

Sin embargo, no puede pasarse por alto el problema que representa que bajo la primera formulación del imperativo categórico es virtualmente posible elevar a conducta universal cualquier cosa, pues a la postre por su naturaleza formalista esta regla por sí sola no tiene ningún criterio sustancial o límite corrector que impida que cada individuo de acuerdo con su contexto y sus propios ideales pueda justificar la generalización de su cualquier conducta; tal y como considera MICHAEL ONFRAY que ocurrió en la Alemania nazi

82 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* Ob. Cit., p. 180.

83 **Kant, Immanuel**, *Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía*, Ak. VIII, 427.

cuando Hans Frank escribió: “*obrad de tal manera que el Führer, si tuviera conocimiento de vuestros actos, los aprobará*”⁸⁴.

Hasta aquí, resulta obvio deducir de qué forma una ética del puro deber –con todo su formalismo– fundada en una lectura parcial de KANT, que toma únicamente la primera formulación del imperativo categórico, termina por acoplarse perfectamente con los cimientos de una cultura radical paleopositivista que promueve el cumplimiento irrestricto e irreflexivo de las normas jurídicas. Todo lo cual tendrá un impacto en un cierto neokantismo normativista que facilitará el camino a la doctrina jurídica nazi que considera: “*prohibida toda crítica a la ley*”⁸⁵. Sobre esto, vale la pena mencionar de que forma el caso de Adolf Eichmann es un arquetipo de la ligadura entre la doctrina del derecho del kantismo y el normativismo jurídico que impone un deber obstinado de obediencia ciega a la ley⁸⁶.

Para lo anterior, valdría preguntar si ¿sería posible elevar a imperativo categórico el incumplimiento de la ley? ¿qué pasaría si en nuestras sociedades las personas pudieran decidir no cumplir la ley? ¿acaso sería posible la convivencia pacífica? Efectivamente siguiendo la primera regla del imperativo categórico habría que contestar siempre y en todos los casos que no, pues *contrario sensu* lo que es posible elevar a imperativo categórico es el mandato de cumplimiento de la ley, sin excepciones, lo que justifica la obediencia ciega del derecho y explica la clásica defensa de exculpación por sujeción al “derecho válido” que sostuvieron los nazis.

Sobre este punto señala KANT con importante inspiración del contractualismo de ROUSSEAU que la legislación por ser “*la voluntad unida del pueblo*” es sagrada, el individuo puede quejarse de la injusticia, pero en ningún caso oponerse a cumplir su deber de fidelidad al derecho y mucho menos rebelarse contra el soberano:

“El origen del poder supremo, considerado con un propósito práctico, es inescrutable para el pueblo que está sometido a él: es decir, el súbdito no debe sutilizar activamente sobre este origen, como sobre un derecho dudoso en lo que se refiere a la obediencia que le debe (las controversias). (...) porque si un súbdito que hubiera meditado sobre el origen último del Estado quisiera resistirse a la autoridad en ese momento reinante, sería castigado, aniquilado o desterrado (como un proscrito, exlex), según las leyes de tal autoridad, es decir, con todo derecho.- Una ley que es tan sagrada (inviolable) que, considerada con un propósito práctico, es ya un crimen solo ponerla en duda, por tanto, suspender momentáneamente su efecto, se representa como si no tuviese que proceder de hombres, sino de algún legislador supremo e intachable y este es el significado de la proposición: «toda autoridad viene de Dios»,

84 **Onfray, Michael**, *El sueño de Eichmann... Ob. Cit.*, p. 25.

85 **Zaffaroni, Eugenio Raul**, *Doctrina penal nazi - Dogmática penal alemana entre 1933 y 1945* (Buenos Aires: Ediar Editores, 2017). pp. 170 y ss.

86 **Onfray, Michael**, *El sueño de Eichmann... Ob. Cit.*, p. 42.

que no enuncia un fundamento histórico de la constitución civil, sino una idea como principio práctico de la razón: el deber de obedecer al poder legislativo actualmente existente, sea cual fuere su origen. De aquí se sigue, pues, el principio: el soberano en el Estado tiene ante el súbdito solo derechos y ningún deber (constrictivo). Además, si el órgano del soberano, el gobernante, infringiera también las leyes, por ejemplo, procediera contra la ley de la igualdad en la distribución de las cargas públicas, en lo que afecta a los impuestos, reclutamientos, etc., es lícito al súbdito quejarse de esta injusticia (gravamina), pero no oponer resistencia.”⁸⁷

Es más, agrega KANT que, aunque la constitución civil que establezca el orden jurídico tenga errores o deficiencias debe observarse pues aun así sigue siendo “*sagrada e irresistible*”⁸⁸, pues estos defectos están en el campo de lo hipotético o contingente y por ende no pueden alterar el inapelable imperativo que dicta: “*Obedeced a la autoridad, que tiene poder sobre vosotros*”⁸⁹. En esta misma línea, las derivas del neokantismo, al reordenar los valores sociales en el Tercer Reich, llevaron a la doctrina del derecho a someter el Estado a la ética, entendida esta como manifestación de la comunidad del pueblo⁹⁰ –una cierta *volonté générale*– en la cual se imponen a los individuos deberes ético-jurídicos inapelables, los cuales terminaron siendo decididos no con la representación democrática del pueblo sino con su asentimiento plebiscitario en el marco de lo que Goering denominó el principio de liderazgo en cabeza del Führer⁹¹.

También habrá que señalar que esta línea argumentativa seguida sobre el imperativo categórico como fuente de obediencia ciega al derecho encuentra asidero en la célebre y hasta cierto punto contradictoria diferencia que formula KANT entre el uso “público” y el “privado” de la propia razón, en el famoso ensayo de “*Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*” pues, aunque afirmar que los seres humanos deben alcanzar su mayoría de edad pensando por ellos mismos –*isapereau*!– para lo cual deben romper con el imperio de los otros que como tutores deciden por ellos; termina este mismo autor señalando que este pensar ilustrado le está vedado a quienes tienen ciertas “funciones” o deberes en razón a un “puesto civil” quienes solo pueden cumplir con automatismo su rol, pues: “*Desde luego, aquí no cae razonar,*

87 **Kant, Immanuel**, *La metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., pp. 149 y 150.

88 **Kant, Immanuel**, *La metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., pp. 218.

89 **Kant, Immanuel**, *La metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., pp. 218 y 219.

90 **Zaffaroni, Eugenio Raul**, *Doctrina penal nazi...* Ob. Cit., p. 182. “Entendido esto en el marco nazista, la reconstrucción neokantiana es transparente: el sometimiento del Estado a la ética emanada de la comunidad del pueblo, concebido como una unidad con ésta, exige que se expelan los que no merecen ser partícipes de la comunidad (ciegos totales al derecho), y que se pene educando a quienes sin llegar a evidenciar la pérdida de esa condición (serían algo así como miopes o daltónicos al derecho) muestren fallas en la comprensión de sus exigencias ético-jurídicas.”

91 **Owen, James**, *Nuremberg: el mayor juicio de la historia*, trad. Belmonte, Encarna (Barcelona: Crítica Editores, 2006). pp. 149 y ss.

sino que uno ha de obedecer”⁹². Pone de ejemplo al militar y al ciudadano contribuyente, quienes si bien pueden –en caso de ser docto o expertos– hacer críticas u observaciones, no por eso están en capacidad de rehusar sus deberes de cumplir las órdenes superiores o el pago de impuestos; pues –de nuevo– no es posible llevar a imperativo categórico el desobedecer la autoridad jerárquica o dejar de cumplir los deberes con el fisco estatal.

Pese a todo lo anterior, debe precisarse que la ética de KANT es mucho más compleja que la simple reducción al primer imperativo de la universalización y que en muchos casos las críticas más férreas que se han formulado contra la filosofía práctica de este autor han partido de una lectura incompleta, aun cuando como se ha mostrado existen razones suficientes para interpretar esta ética como una deontología radical que puede reducir toda la ética al simple sistema de mandatos que conforman el derecho positivo. Más sin embargo también hay quienes como HANNAH ARENDT⁹³ y ADELA CORTINA⁹⁴ no comparte esta lectura reduccionista, por las razones que se señalaran en las páginas siguientes.

Así pues, siguiendo la exposición trazada, habría entonces que abordar **la segunda formulación del imperativo categórico** que es conocida como la fórmula de la dignidad humana y que corresponde al mandato: *“Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio”*⁹⁵. Esto significa una doble dimensión, así:

La primera dimensión, frente al propio sujeto que no puede objetivarse a sí mismo en ninguna situación pues es: *“fin en sí mismo (que supone la máxima condición restrictiva a la libertad de las acciones de cada hombre)”*⁹⁶, no pudiendo disponer ni siquiera con su propia voluntad de su mismo ser para la finalidad de otro, un imperativo de la homo-dignidad humana. La segunda dimensión, un imperativo que se le impone al sujeto frente a sus congéneres, a partir del cual el hombre no puede utilizar en ningún caso a los demás para la obtención de sus propios beneficios, pues como dice la famosa sentencia atribuida a SÉNECA *“Homo homini sacra res”*. Este mandado de alteridad

92 **Kant, Immanuel**, *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?*, Aramayo, Roberto, trad. ¿Qué es la ilustración? y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia, Alianza Editorial, Madrid, 2013. p. 91.

93 **Arendt, Hannah**, *Eichmann en Jerusalén*, trad. Ribalta, Carlos (Barcelona: Penguin Random House, 2008). p. 199. *“la filosofía moral de Kant está tan estrechamente unida a la facultad humana de juzgar que elimina en absoluto la obediencia ciega”*.

94 **Cortina, Adela**, «Estudio Preliminar a la metafísica de las costumbres», *La metafísica de las costumbres*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989. *“Sin embargo, la ética Kantiana no incurre –a mi juicio– en semejante reduccionismo; cosa que no puede decirse de ciertas éticas deontológicas contemporáneas. Dos elementos la libertan de ello: la afirmación de que hay un móvil específicamente moral, indispensable para caracterizar la legislación moral, y la propuesta de fines específicamente morales.”*

95 **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres... Ob. Cit.*, p. 139.

96 **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres... Ob. Cit.*, p. 142.

establece una relación de la hetero-dignidad humana que contradice tanto el sistema del utilitarismo optimista donde tantos unos como otros pueden ser a la vez medios y fines para lograr la mayor felicidad posible en sociedad; como la visión realista y negativa del nihilismo vitalista en la inversión del imperativo hecha por NIETZSCHE: *"Un hombre que aspire a cosas grandes considera a todo aquel con quien se encuentra en su ruta, o bien como un medio, o bien como una rémora y obstáculo, - o bien como un lecho pasajero para reposar"*⁹⁷.

Esta segunda formulación del imperativo categórico constituye la sustancia de la ética kantiana y tiene un valor claramente corrector de su primera formulación al poner como límite de cualquier propuesta de máxima universal la inherente e infranqueable dignidad humana del ser humano. Con esto, se pueden resolver muchas de las objeciones que se formularon previamente contra la filosofía moral de KANT, especialmente en cuanto no podrían universalizarse los terribles crímenes contra la humanidad perpetrados por los nazis, pues en todos ellos estarían siendo usados como medio los seres humanos: judíos, comunistas, homosexuales etc... que fueron exterminados o reeducados forzosamente para formar una sociedad –finalidad– regida por la raza y la doctrina pura propugnada bajo el III Reich.

En efecto, siguiendo al profesor JAVIER MUGUERZA la segunda formulación del imperativo categórico demuestra que la filosofía moral de KANT no es tan formalista como se suele generalizar de manera un tanto superflua, pues claramente delimita sustancialmente el alcance de la pretensión de universalidad del sujeto moral a los contornos de la dignidad humana. Es por esto por lo que este filósofo español considera que este imperativo constituye una herramienta fundamental para desobedecer cualquier orden o mandato jurídico que contravenga el principio regulatorio del *"hombre como fin en sí mismo"* que deviene de la razón pura-práctica –en clara contradicción con la idea expuesta de un kantismo defensor de la obediencia ciega al derecho– por lo que pasa a intitular a este como el *"imperativo de la disidencia"* porque pone en marcha una posición de indignación vital del individuo en clara coherencia con el sentido de justicia humana, así:

"Ahora bien, quien erigiese en principio nuestra superstición de que el hombre es un fin en sí mismo, y no tan solo un medio, no precisaría invocar un fundamentum obligationis de recambio con que avalar su resistencia. Pues, en efecto, el imperativo kantiano «de los fines» reviste –como vimos– un carácter primordialmente «negativo» y, antes que fundamentar la obligación de obedecer ninguna regla, su cometido es el de autorizar a desobedecer cualquier regla que el individuo crea en conciencia que contradice aquel principio. Esto es, lo que en definitiva fundamenta dicho imperativo es el derecho a decir que «No», y de

⁹⁷ **Nietzsche, Friedrich**, *Más allá del bien y del mal: prelude de una filosofía del futuro*, trad. Sánchez Pascual, Andrés (Madrid: Alianza Editorial, 2009). p. 256.

ahí que lo más apropiado sea llamarle, como opino que merece ser llamado: el imperativo de la disidencia.”⁹⁸

Aun así, despojada la filosofía moral kantiana de cualquier posibilidad de justificar crímenes de lesa humanidad, valdría señalar también que con esta reformulación del imperativo sí se mantiene el rigorismo acusado que le hace ser una ética particularmente inflexible y dificultosamente práctica, pues siguiendo categóricamente –como en efecto debe hacerse– esta segunda formulación del imperativo, resultaría contraria a la moral la donación de sangre y de órganos voluntaria para un familiar querido o el sacrificio que hace un soldado por su patria⁹⁹, pues se estarían utilizando el hombre a sí mismo no como fin sino como un medio para otro, recordando que la teleología de la acción y su resultado no son estimables para calificar el valor de acción desde esta perspectiva deontológica. Igual destino correrían cualquier otra acción en la cual se utilice a otro como medio para obtener el propio bien, a tal punto que acciones claramente inocuas o hasta prosociales, como obtener una obra de otro o hasta ganar plusvalía con su trabajo –base de la relación laboral contemporánea–, o recurrir a alguien para obtener de él su conocimiento, como ocurre entre estudiantes y maestros; podría ser catalogado como una acción contraria a la ética universal.

Finalmente, **la tercera formulación del imperativo categórico** que consiste en que: “*la voluntad pueda considerarse a sí misma por su máxima al mismo tiempo como universalmente legisladora*”¹⁰⁰, llamada naturalmente la fórmula de la autonomía de la voluntad. Propone acá KANT una voluntad autónoma, en cuanto su *nomos* no deviene de una coacción externa sino es autoimpuesta, es una regulación interna propia del sujeto cuya razón es legisladora para sí y que por ende no necesita nada más para obrar en concordancia con su propia razón. Es por esto por lo que la voluntad que es a su vez legisladora: “*no descansa en sentimientos, impulsos o inclinaciones*”¹⁰¹, renuncia a los motivos subjetivos del mundo y sus representaciones sensibles, pues comprende que por ser racional y compartir con otros seres esa racionalidad distintiva es *per se* “*fin en sí mismo*” por lo que no puede ser negociada por otro equivalente según el “*precio de mercado*” –como ocurre en el reino de los fines del liberalismo utilitario– donde todo es relativo, pues concluye que: “*lo*

98 **Muguerza, Javier**, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia», en *Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX*, ed. Gómez, Carlos (Madrid: Alianza Editorial, 2007). pp. 301 y 302.

99 **Welzel, Hans**, *Introducción a la filosofía del derecho...* Ob. Cit., p. 179.

100 **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., p. 147.

101 **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., p. 147.

que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad”¹⁰².

En conclusión, KANT permite ser leído tanto como un defensor de una deontología jurídica positivista capaz de justificar el deber de obediencia ciega al derecho como máxima manifestación de la autoridad dominante en el Estado, en la forma hermenéutica en que lo ha sostenido por ejemplo MICHEL ONFRAY; pero también desde otra perspectiva más completa, como quien ha legado a la modernidad un sistema ético que revitaliza la importancia de las férreas convicciones morales ante el devenir contingente de la realidad: *“El cielo estrellado sobre mí y la ley moral dentro de mí”¹⁰³*. Este último aspecto en clara consonancia con la idea de voluntad y conciencia de los Estoicos, a partir de la cual es posible fundar desde la razón pura-práctica un concepto de dignidad humana que antepone como primer deber el respeto de ser humano hacían sus congéneres por encima de las emociones e impulsos humanos egoístas que dirigen al ser –en su *voluntad de poder*– hacia su continua expansión a través o por encima de los otros.

Evidentemente, esta segunda lectura, propia de una filosofía idealista trascendental, merece el enorme reconocimiento de ser un sistema ético coherente y autónomo que, pese a estar en los albores del liberalismo económico que dará lugar a la doctrina del capitalismo y a la revolución industrial, no sigue la corriente individualista de la máxima utilidad y de la explotación del “hombre por el hombre” que dará lugar a la racionalización instrumental del *Homo œconomicus*. Por el contrario, propone un sujeto moral capaz de utilizar la razón, no para extender sus propios intereses en desmedro de todo aquel que se le oponga, sino para observar el hecho –casi evidente– de que todos, la comunidad humana, está formada por seres racionales que merecen ser tratados con dignidad.

En este sentido, se debe reconocer el enorme aporte a la filosofía moral moderna hecho por KANT, aún pese a las validas críticas que puedan formularse por no tener en cuenta el fenómeno antropológico que subyace a toda ética, es decir el sujeto humano entendido desde su realidad empírica, lo que incluye el necesario impulso que las emociones imprimen a la motivación moral, como lucidamente lo ha entendido el empirismo inglés y particularmente la ilustración escocesa en cabeza de DAVID HUME¹⁰⁴.

Luego entonces, será necesario ampliar los horizontes sobre la contribución que puede hacer esta segunda lectura más completa de la deontología kantiana al debate sobre ética en el derecho, especialmente en lo que corresponde a su aplicación en el campo de servicio público y su control, donde el imperativo categórico, más que una idea de realización absolutamente posible en la realidad práctica, se presenta a la conciencia del sujeto como una “*idea*

102 **Kant, Immanuel**, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres...* Ob. Cit., p. 148.

103 **Kant, Immanuel**, *Crítica a la razón práctica...* Ob. Cit., p. 162.

104 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética...* Ob. Cit., p. 251.

*regulativa*¹⁰⁵ capaz de dirigir la voluntad con un altísimo derrotero moral, a su vez provisto de una motivación racional implícita, que toma a la dignidad humana como pilar fundamental de la acción individual y del contenido del derecho –lo que se adviene en perfecta consonancia con la constitución de 1991–. Todo esto, a cambio de reducir los efectos que perviven de una cierta interpretación iuspositivista y realista radical de la deontología kantiana y neokantiana que ha reclamado y posicionado –con bastante éxito– su preeminencia en una comprensión equívoca que defiende la obediencia ciega y formal al derecho.

1.3. La ética utilitaria o consecuencialismo moderno

El tercer enfoque de la ética que corresponde acometer es aquel que para determinar la conformidad moral de una acción toma como consideración principal los resultados que de esta se desprendan, es decir considera que la consecuencia final de la acción es lo que la califica como buena o mala. Desde este punto el utilitarismo se diferencia radicalmente de la ética del deber porque sus postulados no provienen del razonamiento *a priori* sino del *a posteriori*, cuando ya ha mediado la experiencia sensible del fenómeno y se pueden examinar claramente –*ex post facto*– los efectos que dicha acción causó en el mundo exterior. Esta contradicción con las corrientes de la filosofía moral previamente expuestas tiene mucho en común con la célebre disputa entre la filosofía continental (racionalista) y la filosofía británica (empirismo).

El consecuencialismo como señala PETTIT es en esencial una teoría que funciona bajo el mecanismo de la teleología, en la que existen dos elementos principales: un agente y un valor, mediando entre los dos una relación instrumental –de medios y fines– en la que: “*se necesitan agentes para llevar a cabo aquellas acciones que tienen la propiedad de fomentar un valor perseguido, incluso acciones que intuitivamente dejan de respetarlo*”¹⁰⁶. Es decir, que como lo que se valora es el resultado, las consideraciones sobre el contenido del medio utilizado para lograr el objetivo terminan pasando a segundo plano, en una lógica que comparte la razón de poder que MAQUIAVELO propone en el príncipe¹⁰⁷. Punto este sobre el cual reposan las principales quejas sobre esta doctrina filosófica, ya que en el fondo es una doctrina que

105 **Kant, Immanuel**, *Crítica a la razón pura...* Ob. Cit., p. 366. “*las ideas trascendentales no tienen nunca un uso constitutivo que suministre conceptos de ciertos objetos, y que, en el caso que así se entienda, son simplemente conceptos sofisticos (dialecticos). Pero en desquite tienen un uso regulador excelente e indispensable y necesario: el de dirigir el entendimiento hacia un cierto fin que hace converger las líneas directivas que siguen todas sus reglas a un punto que por no ser más que una idea (focus imaginarios) (...) sirven, sin embargo, para procurarles la más absoluta unidad con la más absoluta extensión.*”

106 **Pettit, Philip**, «El consecuencialismo», en *Compendio de ética* (Madrid: Alianza Editorial, 1995). p. 325.

107 **Maquiavelo, Nicolás**, *El príncipe*, trad. Leonetti, Eli (Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2007). pp. 127 y 128. “*Haga, pues, el príncipe lo necesario para vencer y mantener el Estado, y los medios que utilice siempre serán considerados honrados y serán alabados por todos.*”

podría justificar cualquier sacrificio a cambio de lograr el objetivo perseguido, siempre que este pueda ser considerado de mayor valor o beneficio.

Sin embargo, para comprender el utilitarismo como filosofía moral, además del mecanismo consecuencial hay que entender el derrotero de lo “útil” como concepto conglobante bajo el cual se erigen todos los fines que pueden ordenar los intereses deseables para esta corriente de pensamiento, los cuales —por ser esta una doctrina de la *eudaimonía*— terminan invariablemente en la idea de felicidad como valor supremo.

Pero antes de adentrarse en el análisis del criterio de máxima felicidad es necesario señalar que el utilitarismo tiene como base fundamente la antigua teoría de la percepción hedonista¹⁰⁸ que en cabeza de EPICURO estableció como regla natural y definitoria de la conducta humana —naturalismo existencia propio de su atomismo materialista— que en los seres humanos —como en el reino animal— la conducta se dirige impulsada sensitivamente por la pasión —*pathos*— cuya enseñanza práctica se puede resumir en la máxima: “huir al dolor y buscar el placer”¹⁰⁹. Esto le permite concluir del ser el deber ser —guillotina de Hume— cuando afirma: “*todo el bien y todo el mal residen en las sensaciones*”. Esta idea fue definida magistralmente en la *Carta a Meneceo*, así:

“Afirmamos que el placer es el principio y el fin de una vida feliz, porque lo hemos reconocido como un bien primero y congénito, a partir del cual iniciamos cualquier elección o aversión y a él nos referimos al juzgar los bienes según la norma de placer y dolor. Y, puesto que éste es el bien primer y connatural, por este motivo no elegimos todos los placeres, sino que en ocasiones renunciamos a muchos cuando de ellos se sigue un trastorno aún mayor. Y muchos dolores los consideramos preferibles a los placeres si obtenemos un mayor placer cuando más tiempo hayamos soportado el dolor. Cada placer, por su propia naturaleza, es un bien, pero no hay que elegirlos todos. De modo similar, todo dolor es un mal, pero no siempre hay que rehuir el dolor. Según las ganancias y los perjuicios hay que juzgar sobre el placer y el dolor, porque algunas veces el bien se torna en mal, y otras veces el mal es un bien.”¹¹⁰

En cierta consonancia con EPICURO, pero ya en el contexto del empirismo británico y en especial en el marco de la ilustración escocesa, aparece la figura prominente de DAVID HUME quien como buen empirista considerará que en las emociones reside el fundamento de la moral¹¹¹, razón de que llegue a afirmar que la voluntad del sujeto se encuentra determinado por el gusto

108 Cortina, Adela y Emilio Martínez, *Ética... Ob. Cit.*, p. 78.

109 Laercio, Diógenes, *Vidas y opiniones de los filósofos ilustres... Ob. Cit.*, p. 566. “Límite de la grandeza de los placeres es la eliminación de todo dolor. Donde exista placer, por el tiempo que dure, no hay ni dolor ni pena ni la mezcla de ambos.”

110 Epicuro, *Carta a Meneceo*, trad. Jufresa, Montserrat, *Obras* (Barcelona: Altaya Editores, 1995). pp. 61 y 62.

111 Camps, Victoria, *Breve historia de la ética... Ob. Cit.*, p. 251.

como experiencia sensorial: “*El gusto, en cuanto que da placer o dolor, y por ende constituye felicidad o sufrimiento, se convierte en un motivo de acción y es el primer resorte o impulso del deseo y la volición*”¹¹². Bajo esta premisa, la moral perseguirá la felicidad y rehuirá al dolor, por lo que lo bueno será lo útil para lograr la felicidad o en mejores palabras la ética estará determinada por un análisis de utilidad a partir de la cual cada individuo hace un cálculo para establecer anticipadamente que tan beneficio y agradable serán los resultados de su acción y de ser negativas las consecuencias ordenará de forma diferente su actuar¹¹³.

Más sin embargo, HUME no se queda en un simple hedonismo utilitario sino que va más allá, pues considera que existe otra emoción natural en los seres humanos: *la simpatía*¹¹⁴ –*Sympatheia* entendida como “*sentir por el otro*”¹¹⁵– por lo que la moral no deviene exclusivamente de un cálculo de utilidad racional, sino que también concurre otro sentimiento que se expresa en un “*sentir común*”, en una capacidad del sujeto de reconocerse inexorablemente coligado a la suerte de los otros, emoción claramente prosocial que significa una virtud colectiva que no es impulsada por intereses egoístas sino que proviene de una: “*tendencia al bien público y a promover la paz, la armonía y el orden de la sociedad*”¹¹⁶. Si bien acepta HUME que esta simpatía no es tan fuerte como el interés propio y que tiene más intensidad frente a las personas más cercanas que ante los extraños, existe en todo caso ese conato íntimo de alteridad del hombre por el otro y es tarea de la ética promoverlo como regla para el progreso de la humanidad:

“Debe, sí, reconocerse que la simpatía por los demás es mucho más difícil que la preocupación por nosotros mismos, y que la simpatía hacia personas que están lejos de nosotros es mucho más débil que la que tenemos por personas que están cerca y a nuestro lado. Pero por esta misma razón, es necesario que en nuestros juicios y razonamientos reposados acerca de los caracteres de los hombres eliminemos esas diferencias y hagamos que nuestros sentimientos sean más abiertos y sociales. Además, ya nosotros mismos cambiamos a menudo nuestra situación en este particular: a diario coincidimos con personas que se hallan en situación diferente de la nuestra y que jamás conversarían con nosotros si nos empeñásemos en permanecer constantemente en esa posición y punto de vista que nos son peculiares.”¹¹⁷

Si duda este optimismo antropológico de DAVID HUME se opone radicalmente a la visión que sobre el estado de naturaleza posee HOBBS al considerar al hombre como depredador de sus congéneres –*homo homini lupus*– en la

112 **Hume, David**, *Investigación sobre los principios de la moral*, trad. Mellizo, Carlos (Madrid: Alianza Editorial, 2014). p. 206.

113 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética... Ob. Cit.*, p. 204.

114 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética... Ob. Cit.*, p. 204.

115 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética... Ob. Cit.*, p. 205.

116 **Hume, David**, *Investigación sobre los principios de la moral... Ob. Cit.*, p. 120.

117 **Hume, David**, *Investigación sobre los principios de la moral... Ob. Cit.*, p. 117.

visión propia del realismo político, así como también del pesimismo del propio KANT que llegó a decir que el ser humano está hecho de un "*leño torcido*". En cambio, HUME, desde un naturalismo existencial o empírico, encuentra en el comportamiento animal los vestigios que demostrarían el germen innato del sentido de benevolencia que se contrapone a la visión meramente egoísta de la existencia humana:

"Se ha visto que los animales son susceptibles de encariñarse con su propia especie y con la nuestra; tampoco hay en este caso la menor sospecha de engaño o artificio. Pues, ¿habríamos de explicar también todos sus sentimientos atribuyéndolos a refinadas deducciones de interés egoísta? O si admitimos una benevolencia desinteresada en la especie inferior, ¿por qué regla de analogía podemos rehusarla en la superior?"¹¹⁸

Efectivamente, la aguda observación sobre estos dos sentimientos que dirigen la moral humana: uno utilitario en lo privado, que parte del egoísmo; y otro utilitario en público, que parte de la simpatía; van a condicionar la deriva que el utilitarismo filosófico tendrá en cabeza de sus dos más importantes cultores: JEREMY BENTHAM y JOHN STUART MILL.

BENTHAM, precursor moderno del utilitarismo, también comparte como piedra angular del principio de utilidad la idea de que las decisiones de los individuos se encuentran sometidas a la permanente tensión natural entre dolor y placer como sentimientos esenciales: "*La naturaleza ha situado a la humanidad bajo el gobierno de dos dueños soberanos: el dolor y el placer. Solo ellos nos indican lo que debemos hacer y determinan lo que haremos*"¹¹⁹.

A partir de este presupuesto gnoseológico fundamental de la condición humana deduce este autor a la utilidad como principio¹²⁰ cardinal, cuya optimización absoluta se reduce a una única fórmula: para todos y cada uno de los casos y de acuerdo con la medida de lo posible, evitar el mayor dolor y procurar el mayor placer. Es decir, en palabras del propio BENTHAM, el ejercicio de una "*aritmética moral*"¹²¹ que califica como resultado acertado solo aquel que conlleve la maximización cuantitativa del placer, lo cual –cuando ocurre– devela un contenido sustancial, real y fidedigno de aquello que pueda ser reputado como bueno.

Debe destacarse que con esto BENTHAM en primer lugar rechaza toda fundamentación trascendental de la moral: "*nada de metafísica: no es*

118 **Hume, David**, *Investigación sobre los principios de la moral...* Ob. Cit., p. 214.

119 **Bentham, Jeremy**, *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, trad. Hernández Ortega, Gonzalo y Montserrat Vancells, *Bentham - Antología* (Barcelona: Ediciones Península, 1991). p. 45.

120 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo I..* Ob. Cit., p. 4. "*primera idea de que un hombre hace la base de sus razonamientos, y bajo de una imagen sensible, es el punto fijo a que se ata el primer eslabón de una cadena*"

121 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo I.* Ob. Cit., p. 2.

necesario consultar a Platón, ni a Aristóteles"¹²². El bien no es entonces para el utilitarismo benthamiano una idea absoluta a la que solo se puede acceder en el confuso mundo suprasensible del derecho natural –al que califica célebremente este autor como *"tonterías en sancos"*– y a las que solo se puede llegar a través del más refinado ejercicio del *"gobernante filósofo"* en la aristocracia platónica-aristotélica, sino que es algo para lo que cada hombre está facultado, pues se deduce más bien de una fórmula bastante sencilla que: *"todos sienten como tal, el labrador como el príncipe, el ignorante como el filósofo"*¹²³. De ahí que, tanto el concepto de virtud como el del vicio no deriven de fórmulas inmutable y eternas a la vieja usanza del naturalismo inmovilista fundado por PARMÉNIDES, sino que solo se desprenden del resultado relativo de la ecuación moral específica que –para cada caso– derive la consecuencia más o menos beneficiosa para el individuo.

Pero esta regla de oro del utilitarismo no opera solamente frente al sujeto, en una especie de lógica de elección costo-beneficio individual, sino que debe ser también elevada como el principio del que emane toda la ciencia de la legislación¹²⁴, es decir la base del derecho como técnica o ingeniería social. Aquí Bentham sigue una idea que previamente había sido acuñada por el gran pensador del humanismo ilustrado penal CESARE BECCARIA que dijo: *"la máxima felicidad posible para el mayor número posible de personas"*¹²⁵. De ahí que, la obsesión de toda legislación deba estar encaminada en encausar los intereses egoístas de los individuos –que configuran su principal motivación– para que estos se produzcan armónicamente con la mayoría del conjunto social: *"La mayor felicidad del mayor número es la medida de lo justo y de lo injusto"*¹²⁶. Esto es, que el barómetro de la justicia dependerá de que en lo colectivo el mayor número de individuos goce de felicidad.

Sin embargo, debe ponerse de presente que para BENTHAM el concepto de lo colectivo o del interés general no posee un ente real sino es más bien un concepto de la *"fraseología de la moral"* cuyo verdadero significado se pierde en el vacío¹²⁷. De ahí que el colectivo para este autor no sea más que un: *"[c]uerpo ficticio compuesto por personas individuales que se consideran que lo constituyen en tanto que son sus miembros"*¹²⁸, pero como conjunto de individuos lo que cobra un verdadero interés es la existencia particular de cada uno de ellos, por lo que concluye este autor que si existe algo denominado interés público solo puede ser aquello que sumado de forma general derive

122 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo I. Ob. Cit.*, p. 5.

123 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo I. Ob. Cit.*, p. 6.

124 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo I. Ob. Cit.*, p. 1. *"La felicidad pública debe ser el objeto del legislador: y la utilidad general el principio de razonamiento en legislación"*.

125 **Cortina, Adela y Emilio Martínez**, *Ética...* Ob. Cit., p. 79.

126 **Bentham, Jeremy**, *Fragmento sobre el gobierno*, trad. Larios, Julián (Madrid: Sarpe editores, 1985). p. 26.

127 **Bentham, Jeremy**, *Introducción a los principios de la moral y la legislación...* Ob. Cit., p. 46.

128 *Ibíd.*

en el aumento positivo de los intereses particulares de mayor parte de los asociados.

De ahí que, como bien lo señala VICTORIA CAMPS, el utilitarismo pese a su atractiva y eficiente propuesta para resolver todos los conflictos existentes, carece de una comprensión de límites reales basados en principios o derechos humanos que impidan que, so pretexto de la mayor felicidad para el mayor número de personas, sea posible sacrificar de la forma que sea necesaria a quienes se encuentren en inferioridad numérica:

“La resolución utilitarista equivale a optar por la regla de la mayoría, la única manera eficiente y rápida de zanjar un conflicto de intereses contrapuestos, pero hay un peligro si se contempla solo la utilidad de las leyes. El peligro reside en el desprecio de los derechos fundamentales, que no pueden dejar de ser mantenidos como límite al cálculo de utilidades o al balance de satisfacciones individuales que, por sí solos, podrían dar lugar a consecuencias poco éticas y contrarias a algunos de esos derechos. Puede que los intereses de la mayoría consistan en construir escuelas y hospitales, pero puede ocurrir también que consistan en querer expulsar del territorio a los inmigrantes o en volver a instaurar la pena de muerte allí donde está prohibida.”¹²⁹

Por ende, el utilitarismo por su claro procedimentalismo y como ideología basilar de la modernidad, comparte el mismo mecanismo con el que funcional el realismo político de la democracia formal aún vigente, es decir lo que para HABERMAS es el: «*tipo procedimental de legitimidad*»¹³⁰ que explica en occidente la forma básica en que se adoptan las decisiones de acuerdo con la conformación eventual de mayorías que logren imponer su decisión. En este sentido, el utilitarismo más que una doctrina ética, se constituye – por su claro contenido positivista – en una apología a la ontología del poder, pues se centra en el ser de la dominación del más poderoso, dejando de lado la reflexión del deber ser. Por eso, bajo el dogma utilitarista, sería perfectamente viable torturar a una pequeña parte de individuos a cambio de que dicho acto revierta mayor felicidad a una parte cuantitativamente mayor de la sociedad. Por eso, llama la atención CAMPS cuando afirma: “*Una ética de las consecuencias, como es la utilitarista, es aceptable siempre y cuando no se olvide, que, además, hay principios.*”¹³¹

No obstante, la fundamentada crítica en precedencia no es razón suficiente para desechar toda la doctrina utilitaria sino más bien para comprender de qué forma esta misma doctrina debe estar sometida al tamiz de la ponderación e integración con por ejemplo la ética de las virtudes, a fin de garantizar límites razonables en su aplicación que no deriven en decisiones que abusen o perjudiquen los derechos de las minorías en una lógica que privilegia la

129 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética... Ob. Cit.*, pp. 274 y 275.

130 **Habermas, Jürgen**, *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. Muñiz, Jaime Nicolás y Ramón García Cotarelo (Madrid: Taurus Ediciones, 1992). p. 251.

131 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética... Ob. Cit.*, p. 277.

democracia forma. Sobre este punto, se volverá más adelante para ver de qué forma JOHN STUART MILL reorienta la corriente de pensamiento utilitario.

Ahora bien, para concluir con la exposición de la doctrina de BENTHAM vale resaltar que este consideró que los mejores frenos al delito, es decir la vocación necesaria que debe tener la legislación para evitar o contener en lo posible las conductas individuales que perjudican a los otros se derivan, como es coherente, también del principio de utilidad. Es por esto por lo que la sanción, particularmente la sanción de castigo se constituye como el instrumento fundamental que pretende educar a los individuos a través del temor o sufrimiento del dolor. Los individuos, por efecto de la coacción psicológica que se produce ante la posibilidad de ser objetos de un mal o dolor futuro, deciden ceder su interés egoísta inmediato. Nótese que esto no obedece a motivos altruistas, virtuosos o a la conciencia del propio deber, sino se aviene a un mero cálculo racional de perjuicios y beneficios, por lo que esta teoría más que obedecer a una reflexión deontológica propia de la "ética", se articula más con una técnica de ingeniería social que concibe a la ciencia de la legislación como un ejercicio de racionalización ontológica del individuo desde una perspectiva pesimista antropológica.

Por eso, frente a la legislación penal dirá BENTHAM: *"Para estorbar el delito es necesario que el motivo que reprime sea más fuerte que el motivo que seduce: y la pena debe hacerse temer más que el delito se hace desear."*¹³² Es claro entonces de que forma el utilitarismo configura la teoría angular de la que se sostiene el paradigma de castigo como mecanismo esencial para determinar la conducta humana de los asociados. Pues, efectivamente reitera: *"Nadie entra en la carrera del delito sino por la esperanza de la impunidad"*¹³³ por lo que es fácil deducir que lo que legitima la utilidad del castigo es su supuesta capacidad de generar la obediencia de conductas sociales por temor a la pena pública, pues es fácil inferir que implícitamente esta teoría acepta que ningún individuo se abstendría de dañar a otros en su propio beneficio sino fuera persuadido por el miedo a ser castigado, lo que recuerda lo expuesto por el personaje realista de GLAUCÓN a través del mito del "Anillo de Giges" en la República de PLATÓN.

Luego, resulta notorio en BENTHAM su tendencia a privilegiar el mecanismo de la sanción negativa o castigo como instrumento principal de la ciencia de la legislación, lo cual es evidente cuando plantea sus cinco principios de la *"Proporción entre los delitos y las penas"* expuestos en el capítulo II, de la parte tercera de los principios del Código Penal propuestos en el Tomo IV de sus Tratado de legislación Civil y Penal. De estos se puede inferir *a priori* no solo una preferencia por el punitivismo por encima de opciones alternativas al uso de los dolores en la prevención de los delitos, sino además la justificación del denominado "populismo punitivo" que propugna, con efecto de coerción psicológica social, la inflación de las penas ante la ineficacia del

132 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo IV*, trad. Salas, Ramon (París: Masson e Hijo, 1823). p. 267.

133 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo IV... Ob. Cit.*, p. 268.

castigo efectivo: *"Debe añadirse a la pena en gravedad, todo lo que le falta en certidumbre: cuando menos ciertas sean las penas, más severas deben ser: cuanto más ciertas son, tanto más puede disminuirse su severidad"*¹³⁴.

Pese a lo anterior, habrá que señalar que el propio BENTHAM afirmó como regla general que: *"Procurar placeres, y evitar penas, es el único objetivo que debe proponerse el legislador"*¹³⁵. Por tanto, desde la otra fuerza fundamental que rige el principio utilitario, es decir desde el impulso de placer, también podría pensarse una legislación cuyo objeto sea la promoción del buena actuar, pero no solo a través de la pena sino a través de incentivos y recompensas positivas a partir de los cuales sea posible reformular la aludida formula benthamiana y afirmar: *"Para cumplir la ley es necesario que el motivo que seduzca su cumplimiento sea más fuerte que el que invita a su quebrantamiento"*. Esta otra lectura, habilitaría toda una nueva vía de ingeniería jurídico-social utilitarista bastante inexplorada en las legislaciones contemporáneas latinoamericanas pero cuyos efectos, como se verá más adelante al abordar el *"Compliance"*, proporcionan una nueva perspectiva para propiciar el comportamiento ético.

Por otro lado, retomando el problema arriba mencionado sobre la carencia de límites en la formulación cuantitativa del principio de utilidad, a partir del cual podría justificarse el mayor dolor de una minoría a cambio del mayor placer para una mayoría, resulta oportuno traer a colación el pensamiento de JOHN STUART MILL que si bien continuó las doctrinas utilitaristas de su maestro BENTHAM reorientó de forma diferente esta escuela de pensamiento al sustituir este primer utilitarismo que ha sido denominado *"Act utilitarianism"* por el *"Rule utilitarianism"*. El primero, se caracteriza por la valoración de cada acto –individualmente considerado– en relación con los perjuicios o beneficios que representa para el sujeto o para el colectivo, en una lógica inductiva. El segundo, es una propuesta cualitativa a partir de la cual lo que se analizan es la potencialidad abstracta de los actos en general para aumentar o disminuir el bienestar global, esto con el objeto de formular reglas de conducta habitual que estén moralmente probadas¹³⁶, en una lógica deductiva.

Para ilustrar lo anterior, desde la perspectiva del acto se calificaría por ejemplo lo réditos que traería para un individuo con hambre hurtar comida, desde la perspectiva de la regla se vería a largo plazo si sería posible vivir en una sociedad donde no se respete la propiedad y de no ser así, se recomendaría prohibir el hurto. Este segundo enfoque, si bien puede recordar un poco el rigorismo del imperativo categórico de KANT, también delimita el utilitarismo desde un punto más razonable en el largo plazo, por lo que ya no sería tan

134 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo IV... Ob. Cit.*, pp. 367 y 368.

135 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo I. Ob. Cit.*, p. 116.

136 **Cortina, Adela y Emilio Martínez**, *Ética... Ob. Cit.*, pp. 79 y 80.

fácil sostener como utilitariamente deseable el sacrificio de una minoría para el goce inmediato de la mayoría.

En efecto, aun cuando MILL comparte el heurístico central del utilitarismo, incluye varios correctivos a las tesis de BENTHAM, siendo una de las más importantes la modulación del alcance y contenido del concepto de placer, pues considera que este no se produce como consecuencia de una acumulación cuantitativa, sino que existe una distinción cualitativa entre placeres inferiores y superiores¹³⁷, la cual se produce como consecuencia del "*sentir de la conciencia humana*" como derrotero básico de la moral utilitaria¹³⁸. En este sentido, recuerda MILL las objeciones formuladas contra el hedonismo de EPICURO a quien descalificaban por supeditar la moral al placer, como si de cerdos se tratara y no perseguir una finalidad más elevada. Sin embargo, dicha objeción resulta equivocada por cuanto parte de una idea de placer limitada, pues: "*Los seres humanos poseen facultades más elevadas que los apetitos animales, y una vez que son conscientes de su existencia no consideran como felicidad nada que no incluya la gratificación de aquellas facultades*"¹³⁹.

Por ende, el utilitarismo de MILL reconoce que es posible hacer una jerarquía de los placeres y considerar a unos deseables por encima de los otros, especialmente en lo que corresponde a su calidad¹⁴⁰. Esto trae un problema, a diferencia de la idea simple de placeres de la que cada ser humano participa y puede ser juez, los placeres más sublimes y elevados estarían reservados a personas cultivadas y de cierta erudición, por lo que para determinar la calidad del placer solo estos que han podido conocerlos todos podrán juzgar los mejores: "*De entre dos placeres, si hay uno al que todos, o casi todos los que han experimentado ambos, conceden una decidida preferencia, independientemente de todo sentimiento de obligación mora para preferirlo, ese es el placer más deseable*"¹⁴¹. Precisamente, estos placeres más elevados provienen del "*sentido de dignidad que todos los seres humanos poseen en un grado u otro*"¹⁴² y por el cual ninguno desearía degradarse por intereses inferiores –*self-respect*– lo que de una u otra manera, llevaría a una comprensión más alta y menos egoísta de felicidad. De ahí la célebre afirmación de que: "*Es mejor ser un ser humano insatisfecho que un cerdo satisfecho, mejor ser un Sócrates insatisfecho que un necio satisfecho. Y si*

137 **MacIntyre, Alasdair**, *Historia de la ética*, trad. Walton, Roberto (Barcelona: Paidós, 1991). p. 228.

138 **Camps, Victoria**, *Breve historia de la ética... Ob. Cit.*, p. 277.

139 **Mill, John Stuart**, *El utilitarismo*, trad. Guisán, Esperanza (Madrid: Alianza Editorial, 2014). pp. 61 y 62.

140 **Mill, John Stuart**, *El utilitarismo... Ob. Cit.*, p. 63.

141 **Mill, John Stuart**, *El utilitarismo... Ob. Cit.*, pp. 63 y 64.

142 **Mill, John Stuart**, *El utilitarismo... Ob. Cit.*, p. 65.

el necio o el cerdo opinan de un modo distinto es a causa de que ellos solo conocen una cara de la cuestión"¹⁴³.

Finalmente, dirá este autor que los nobles, refiriéndose a quienes tienen una postura, que cultivan los placeres superiores, aun cuando ellos mismos no sean felices del todo, sí generan con sus acciones mayor felicidad con lo que se gana mucho con ello¹⁴⁴. Entonces, el criterio de este segundo utilitarismo ya no es una simple aritmética egoísta, ni siquiera la suma de los egoísmos individuales en una comunidad, sino lo correcto pasa a ser aquello que engloba el todo social: *"La felicidad que constituye el criterio utilitarista de lo que es correcto en una conducta no es la propia felicidad del agente, sino la de todos los afectados"*¹⁴⁵: *"[u]na asociación indisoluble entre su propia felicidad y el bien conjunto, especialmente entre su propia felicidad y la práctica de los modos de conducta negativos y positivos que la felicidad prescribe"*. Así pues, más allá de un cierto contenido elitista en la cualificación de los placeres, lo cierto es que existe una destacable cercanía con lo que serán las teorías del consenso racional, especialmente frente al concepto de justicia de JOHN RAWLS¹⁴⁶ y en la ética discursiva de HABERMAS, dando cuenta que en todo caso esto implica una reflexión profunda sobre la naturaleza humana en su dimensión interior, que está ligada a entender las dimensiones de lo ético.

Sin embargo, el límite corrector más destacable que impone la filosofía de J. S. MILL al utilitarismo es el célebre *"Harm principle"* a partir del cual se restringe el fundamento racional egoísta que acepta que la mayoría de las acciones humanas no son desinteresadas, sino que persiguen el beneficio propio, lo cual en principio está bien mientras sea que: *"al beneficiarse no está violando los derechos, es decir, las expectativas legítimas y autorizadas de nadie más"*¹⁴⁷. Es decir, el utilitarismo no puede considerar como moralmente válida una acción que, aunque conlleve una estimable cantidad de felicidad, devenga de un daño injustificado a los derechos de los otros.

En efecto, al abordar el concepto de libertad MILL considera que este no es absoluto, pues tiene por el hecho de ejercerse en el marco de una comunidad uno contornos, a saber: i) no perjudicar aquellos intereses de los demás que puedan ser considerados como derechos y ii) El deber de contribuir equitativamente con las cargas sociales y aportar el trabajo que garantice la propia integridad del conglomerado¹⁴⁸. En este sentido, plantea MILL las dos facetas de la libertad, una negativa basada en la prohibición de causar daño o intervención ilegítima a los intereses ajenos, y una positiva tendiente al deber de prestación activa con la comunidad. Deduce, que todo lo que supere estas

143 **Mill, John Stuart**, *El utilitarismo...* Ob, Cit., p. 66.

144 **Mill, John Stuart**, *El utilitarismo...* Ob, Cit., p. 69.

145 **Mill, John Stuart**, *El utilitarismo...* Ob, Cit., p. 80.

146 **Rawls, John**, *Teoría de la justicia*, trad. González, María Dolores (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006). p. 213.

147 **Mill, John Stuart**, *El utilitarismo...* Ob, Cit., pp. 83 y 84.

148 **Mill, John Stuart**, *Sobre la libertad*, trad. Rodríguez, Antonio (Barcelona: Ediciones Orbis, 1979). p. 99.

dos facetas le está vedado a la autoridad estatal, pues corresponde al fuero interno y al arbitrio irrestricto del individuo, así:

“Desde el momento en que la conducta de una persona es perjudicial a los intereses de otra, la sociedad tiene el derecho de juzgarla, y la pregunta sobre si esta intervención favorecerá o no al bienestar general se convierte en una cuestión debatible. Pero no hay ocasión de discutir este problema cuando la conducta de una persona no afecta a más que a sus propios intereses, o afecta a los de los demás en cuanto que ellos lo quieren (siempre que se trate de personas mayores de edad y dotadas de una inteligencia común). En tales casos debe existir libertad completa, legal o social, de ejecutar una acción y de afrontar sus consecuencias.”¹⁴⁹

Este criterio corrector del utilitarismo pretende evitar resultados que conlleven al sacrificio injusto de individuos inocentes so pretexto del mayor bienestar de la mayoría, legitimando eso sí la intervención sobre aquellos sujetos que hayan trasgredido el supremo mandato de no causar daño – *“Harm principle”*– con lo cual la reflexión moral utilitarista tomo otra deriva, al tiempo que MILL, si bien exige un campo amplio de libertad individual sobre todo aquello que afecte a los otros, también considera necesario aceptar que: *“Los hombres deben ayudarse, los unos a los otros, a distinguir lo mejor de lo peor, y a prestar apoyo mutuo para elegir lo primero y evitar lo segundo”*¹⁵⁰, puesto no existe duda que no hay fórmula más útil en sociedad que la solidaridad humana.

En conclusión, el utilitarismo presenta una teoría racional de lo emocional, pues consulta los instintos como móviles naturales del comportamiento humano, a partir de una lógica racionalista de la elección que toma como base el análisis de costo-beneficio de los sujetos morales y lo extiende al análisis complejo de la sociedad, con lo cual pretende aportar una perspectiva material o empírica que permita dirigir la teleología ética teniendo como fundamento las pulsiones innatas que rehúsan el dolor y persiguen el placer, al tiempo que adiciona un análisis realista de las motivaciones capaces de direccionar el comportamiento, lo que ofrece importantes réditos para el campo de la ética pública.

LA EXPLORACIÓN NEUROCIENTÍFICA DE LA ÉTICA INTEGRACIONISTA: eclecticismo moral y neuroética como presupuestos necesarios para la formulación de programas de cumplimiento y ética pública

1.4. La libertad-auto-responsable: presupuestos neurocientíficos de la ética y la libertad

Tomando como punto de inflexión la revolución neurocientífica emprendida en el siglo XX, la reflexión sobre el problema de la “ética” que hasta entonces se

149 **Mill, John Stuart**, *Sobre la libertad... Ob. Cit.*, p. 100.

150 **Mill, John Stuart**, *Sobre la libertad... Ob. Cit.*, p. 100.

había formulado especialmente desde la intuición y la especulación racional de la filosofía moral tomó un viraje sustancial a partir de los descubrimientos que sobre el funcionamiento del cerebro alcanzaron las ciencias experimentales. Este nuevo enfoque, si bien redundante en la vieja cuestión del naturalismo ético, ahora lo hace en un punto de avance tecnológico donde la pregunta moral, desprendida de cualquier tamiz metafísico, se promete capaz de develar científicamente los orígenes y la cadena de desarrollos causales del comportamiento humano, hecho que por supuesto tiene como piedra angular la propia idea biológica evolucionista.

De ahí que, este nuevo campo que ha sido denominado “neuroética” pretenda contrastar las teorías de la filosofía moral con los descubrimientos que se han producido en las ciencias cerebrales y del comportamiento, todo esto para contestar una pregunta fundamental: *“¿si existen unos códigos inscritos en nuestro cerebro que son los auténticos códigos morales por lo que debemos regirnos y eliminar todos los anteriores?”*¹⁵¹. Siguiendo a ADELA CORTINA, a partir de esta pregunta se desprende varias cuestiones fundamentales para el derecho y la filosofía práctica: *¿Acaso lo seres humanos somos libres para tomar nuestras propias decisiones, es decir existe el libre albedrío? ¿Si estamos determinados biológicamente cómo sería posible los conceptos de responsabilidad, autonomía y especialmente cómo sería posible juzgar a otro? ¿De existir, las instituciones sociales deberían acomodarse a los códigos morales predeterminados biológicamente?*

Estas preguntas se disputan entre dos posiciones antagónicas principales¹⁵², la primera sostenida por prestigiosos neurocientíficos y hasta denominada por la física experimental como “*paradoja fundamental*”¹⁵³, que niegan directamente la existencia del libre albedrío o en general lo consideran incompatible –determinismo duro o incompatibilismo– por la existencia de procesos y estados mentales predestinados causalmente, lo que conduciría a una espiral de determinismo a partir del cual la reflexión ética deontológica resultaría básicamente inútil, lo que además, al socavar la piedra angular del

151 **Cortina, Adela**, *Neuroética y neuropolítica. Sugerencias para la educación moral* (Madrid: Editorial Tecnos, 2012). p. 16.

152 No se tienen en cuenta las teorías de “incompatibilismo” en línea de “*libertarianismo*” o “*agencialismo*” que otorgan una muy amplia o absoluta libertad de acción al individuo, por ser, no solo minoritarias en el paradigma neurocientífico actual, sino por carecer de evidencia empírica.

153 **Hawking, Stephen y Leonard Mlodinow**, *Brevísima historia del tiempo*, trad. Jou, David (Bogotá: Editorial Planeta, 2018). P. 23. “*Las ideas sobre las teorías científicas subrayadas anteriormente suponen que somos seres racionales libres para observar el universo como queremos y para sacar conclusiones lógicas a partir de lo que observamos (...) Sin embargo, si una teoría fuera realmente unificada y completa, presumiblemente también determinaría nuestros actos y, por tanto, esa misma teoría determinaría nuestra búsqueda de ella!*”

concepto fundamental de culpabilidad subjetiva, derivaría lógicamente en el abolicionismo¹⁵⁴ del derecho sancionatorio en general.

Recientemente, el influyente científico del comportamiento ROBERT M. SAPOLSKY publicó el texto intitulado: *"Determined: a science of life without free will"* en el que sostiene la inexistencia del libre albedrío¹⁵⁵, afirmando que el comportamiento humano está determinado por una compleja interacción de factores biológicos, genéticos y ambientales; los que provienen de una larga e inflexible cadena causal que determina invariablemente cada respuesta humana, comparando este fenómeno cognitivo determinista con la famosa metáfora de que el mundo reposa sobre una sucesión infinita de tortugas.

En la orilla contraria de la literatura científica se encuentran los autores del compatibilismo, que consideran que no existen evidencia para sostener un determinismo absoluto de base biológica en la cognición humana –es decir que aceptan formas de determinismo débil– a la par que defienden diferentes grados de libertad de decisión, haciendo con esto compatible el determinismo con el libre albedrío.

Para entender esta segunda posición, es necesario aludir en primer lugar al proceso de evolución filogenético que dio lugar a la aparición de una nueva corteza –neocórtex– en el cerebro de los mamíferos, lo cual les ha permitido a las especies que conforman este taxon: *"modificar su entorno por decisión propia y adaptarse al mismo por medios escogidos"*¹⁵⁶. Este proceso ha significado un aumento considerable del cerebro, al punto que en el último de los homínidos –el *Homo sapiens*– aparecido hace uno 250 mil años, esta nueva corteza que constituye el *"tercer palio"* –evolutivamente después de la arquicorteza y paleocorteza– llega a ocupar más del 80% de la masa total del cerebro¹⁵⁷, de forma similar como ocurren en los primates.

De esta nueva corteza que constituye el *"sistema adaptativo más complejo del universo"*¹⁵⁸, corresponde destacar: la corteza prefrontal dorsolateral –DL-PFC– que ofrece a los seres humanos la habilidad de anticipar o representar predictivamente acciones que luego, a través de la denominada por la neuropsicología *"función ejecutiva"*, puedan ser llevadas a cabo en la realidad

154 **Borbón, Diego**, «Incompatibilismo humanista: Una contrapropuesta del neuroabolicionismo penal», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 45 (2021): 46-72.

155 **Sapolsky, Robert M.**, *Determined: a science of life without free will* (New York: Penguin Random House, 2023). p. 12. "We can all agree on that; however, we're heading into very different terrain, one that I suspect most readers will not agree with, which is deciding that we have no free will at all. Here would be some of the logical implications of that being the case: That there can be no such thing as blame, and that punishment as retribution is indefensible—sure, keep dangerous people from damaging others, but do so as straightforwardly and nonjudgmentally as keeping a car with faulty brakes off the road."

156 **Fuster, Joaquín M.**, *Cerebro y libertad: Los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir*, trad. Soler Chic, Joan (Barcelona: Editorial Planeta, 2014). p. 57.

157 **Fuster, Joaquín M.**, *Cerebro y libertad... Ob, Cit.*, pp. 61 y ss.

158 **Fuster, Joaquín M.**, *Cerebro y libertad... Ob, Cit.*, p. 58.

modificando el mundo externo, lo cual es posible por la interacción del ciclo percepción/acción (PA) que: “[v]incula funcionalmente al organismo con su entorno. La corteza prefrontal es la estructura máxima del ciclo, que integra el pasado y el futuro –por lejos o cerca que estén uno u otro– en la conducta, el lenguaje y el razonamiento”¹⁵⁹. Es por esto por lo que JOAQUÍN FUSTER sostiene desde la perspectiva de la neuro-filogenia que en la corteza prefrontal reside la “*cuna de la libertad*”¹⁶⁰ humana, entendida esta como:

“La libertad, la capacidad de escoger entre opciones, surge de la actividad de las redes de células corticales de la memoria perceptual y ejecutiva, en la confluencia de múltiples inputs convergentes de recuerdos pasados con múltiples outputs divergentes dirigidos a acciones futuras. La libertad es un fenómeno de la selección efectuada por el cerebro entre estos inputs y entre los outputs con finalidades adaptativas. Como consecuencia de la evolución y el desarrollo, la corteza cerebral y la libertad adoptan en el ser humano posturas cruciales entre un pasado convergente experiencial y un futuro divergente de posibilidades –y probabilidades.”¹⁶¹

No debe pasarse por alto que para la ética el problema sobre el libre albedrío resulta ser el más fundamental de todos, pues si se careciera de este su contenido deontológico y su vocación regulativa resultarían absolutamente inútiles, sin hablar de las demoledoras implicaciones que esto tendría en el campo del derecho al derribar los cimientos en los que descansa toda responsabilidad jurídica. Sin embargo, es cierto que hasta ahora el paradigma más aceptado en la comunidad científica sobre el tópico de la libertad de elección humana parece rechazar las teorías deterministas absolutas y defender la existencia de espacios más o menos amplios de libertad decisional.

Para ilustrar esta línea de pensamiento, por ejemplo, ANTONIO DAMÁSIO ha sostenido la influyente teoría de los “*marcadores somáticos*” a partir de los cuales el cuerpo y la amígdala, previo al análisis consiente de las partes racionales del cerebro, actúan como un mecanismo automático respondiendo a determinados estímulos con un “*sentimiento visceral displacentero*”¹⁶² que de alguna forma tiene la capacidad de alertar somáticamente al individuo previniendo un posible peligro, con lo cual prefija el rechazo de alguna decisión, delimitando o reduciendo *de facto* el campo de las alternativas de actuación del individuo. Para este autor, estos marcadores somáticos que proceden tanto de factores biológicos como culturales no devienen *per se* en la negación absoluta al libre albedrío, sino por el contrario demostrarían la existencia de un espacio consciente posterior en el que el sujeto tiene

159 Fuster, Joaquín M., *Cerebro y libertad... Ob, Cit.*, p. 58.

160 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, *Epistemología y teoría del delito: Aprendiendo de la física y las neurociencias - De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2022). p. 301.

161 Fuster, Joaquín M., *Cerebro y libertad... Ob, Cit.*, p. 60.

162 Damásio, Antonio, *El error de Descartes: La emoción, la razón y el cerebro humano*, trad. Jacomet, Pierre (Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1999). p. 199.

la capacidad de interpretar la respuesta instintiva del *soma* y racionalizar su propia respuesta, por lo que si bien las emociones resultan en razón necesaria para explicar la conducta humana, no serían razón suficiente para comprender en toda su complejidad el fenómeno conductual, lo que abre un espacio para el ejercicio de la libertad¹⁶³.

Además, afirma DAMÁSIO que este espacio de la libertad se engrosa a medida que los seres humanos se involucran en relaciones sociales más complejas, para las cuales las respuestas automáticas y las emociones primarias resulta insuficientes para responder a los retos que impone el sistema abierto y contingente de la existencia externa, lo que hace necesario el surgimiento de un: "*tipo adicional de gestión no automática*"¹⁶⁴, es decir de la libertad racional en las acciones humanas. No se puede olvidar que, coherentemente con lo anterior, el desarrollo cerebral responde a la necesidad evolutiva de adaptación para garantizar la supervivencia de la especie, lo que explica en gran medida el "*salto cuántico*" que significó el surgimiento de la corteza prefrontal para predecir y preadaptarse frente al ambiente, así como para generar la comunicación con otros individuos¹⁶⁵, lo que deviene de la enorme plasticidad potencial que ha demostrado el sistema nervioso humano para ajustarse y transformarse en su encuentro con el mundo¹⁶⁶.

Ahora, desde la ciencia experimental BENJAMIN LIBET realizó un descubrimiento que ha sido fundamental en el análisis sobre los ámbitos de libertad en la decisión humana, al encontrar que previamente a que el individuo despliegue una determinada acción se producen dos operaciones en el cerebro. En primer lugar, se produce un impulso preconsciente o inconsciente que se concreta en un cambio eléctrico cerebral el cual aproximadamente se origina unos 550 ms antes de la ejecución del acto, denominado por este autor como el "*Readiness Potencial*" –RP– o potencial de preparación, sucesivamente entre los 350 ms y los 400 ms posteriores al inicio del RP, el sujeto toma conciencia de este impulso –Aware–, lo que en esta línea de tiempo sitúa a la decisión consciente con cerca de 200 ms de tiempo de ventaja antes de que el sujeto decida

163 **Damásio, Antonio**, *El error de Descartes... Ob. Cit.*, p. 202. "*En segundo lugar, aunque biología y cultura determinen a menudo nuestros razonamientos, directa o indirectamente, y parezcan limitar el ejercicio de la libertad individual, debemos reconocer que los humanos sí tenemos algún espacio para la libertad, para desear y realizar acciones que puedan ir contra la textura aparente de la biología y la cultura. Los logros de ese tipo constituyen la afirmación de un nuevo nivel de "ser" en el cual uno puede inventar artefactos nuevos y forjar una existencia más justa*".

164 **Damásio, Antonio**, *En busca de Spinoza: Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, trad. Ros, Joandomenec (Barcelona: Ediciones Destino, 2011). p. 186. "*Ciertamente, no podemos prescindir de ninguna parte del aparato innato de comportamiento proporcionado por los genes. Pero es evidente que, a medida que las sociedades humanas se hicieron más complejas, sobre todo durante los diez mil o más años pasados desde que se desarrolló la agricultura, su supervivencia y bienestar dependieron de un tipo adicional de gestión no automática en un espacio social y cultural. Me estoy refiriendo a lo que generalmente asociamos con el razonamiento y la libertad de decisión*".

165 **Fuster, Joaquín M.**, *Cerebro y libertad... Ob. Cit.*, p. 59.

166 **Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero**, *Epistemología y teoría del delito... Ob. Cit.*, p. 302.

ejercitar la acción¹⁶⁷, este tiempo podría ser considerado como el instante de brillo del libre albedrío del pensamiento humano.

En principio, alguien podría afirmar que el anterior experimento demostraría la existencia de condicionantes o determinantes de carácter filogenético que harían ilusorio el propio concepto de libertad humana, pues todas las acciones humanas del individuo estarían prefiguradas por estos impulsos inconscientes. No obstante, esta es una lectura que ignora completamente el segundo momento de la teoría de la toma de decisiones de LIBET, es decir el "Aware", pues se ha logrado concluir de los experimentos realizados que efectivamente el ser humano tiene la capacidad de controlar el impulso. Como concluye este autor: *"El proceso volitivo se inicia de manera inconsciente. Sin embargo, la función consciente aún podría controlar el resultado; puede vetar la acción. Por lo tanto, la libre voluntad no está excluida."*¹⁶⁸

Podría afirmarse entonces –cuando menos– que el libre albedrío consiste en una actividad consiente negativa, es decir: en la capacidad humana de controlar un impulso involuntario evitando la manifestación de ese acto en la modificación del mundo exterior. Recurriendo a la visual metáfora de LIBET, en el universo inconsciente burbujan –*bubbling up*¹⁶⁹– diversos impulsos, pero la voluntad –entendida como posibilidad de libertad– sería la que selecciona conscientemente cuales de esas "burbujas" deja convertir en actos externos y cuales simplemente descarta.

Esta clara delimitación entre los impulsos más instintivos, emocionales y animales –fase inconsciente– y la racionalización como un proceso de selección, delimitación y anulación de aquellos impulsos que representa o comunica el individuo en su exteriorización al mundo real –fase consciente– viene de alguna forma a confirmar la intuición básica sobre la que descansa la teoría psicoanalítica de la división estructural-funcional de las actividades cerebrales, erigida por SIGMUND FREUD que, pese a provenir más desde la especulación que desde la experimentación, logró percibir la delimitación entre aquello que denominó: "ELLO" y el "YO". Al respecto:

"Fácilmente se ve que el Yo es una parte del Ello modificada por la influencia del mundo exterior, transmitido por el P-Cc., o sea, en cierto modo, una continuación de la diferenciación de las superficies. El Yo se esfuerza por transmitir a su vez al Ello dicha influencia del mundo, y aspira a sustituir el principio de placer, que reina sin restricciones en el

167 **Libet, Benjamin**, «Do We Have Free Will?», *Journal of Consciousness Studies* 6, n.o 8-9 (1999). p. 47.

168 **Libet, Benjamin**, «Do We Have Free Will?»... *Ob. Cit.*, p. 47. *"The volitional process is therefore initiated unconsciously. But the conscious function could still control the outcome; it can veto the act. Free will is therefore not excluded."*

169 **Libet, Benjamin**, «Do We Have Free Will?»... *Ob. Cit.*, p. 54. *"The role of conscious free will would be, then, not to initiate a voluntary act, but rather to control whether the act takes place. We may view the unconscious initiatives for voluntary actions as 'bubbling up' in the brain. The conscious-will then selects which of these initiatives may go forward to an action or which ones to veto and abort, with no act appearing."*

Ello, por el principio de la realidad. La precepción es, para el Yo, lo que para el Ello el instinto. El Yo representa lo que pudiéramos llamar la razón o reflexión, opuestamente al Ello, que contiene las pasiones.”¹⁷⁰

Sin embargo, ésta celebre diferenciación freudiana no es acertada desde el punto de vista neurocientífico, es más una metáfora de amplia aceptación en el imaginario colectivo contemporáneo, pues una división como la propuesta no se corresponde con la conformación anatómica del cerebro, en cuanto con su teoría defendía la “hipótesis localizacionista”, pues FREUD pensaba que existía una parte específica del cerebro donde residían las ideas y recuerdos reprimidos del individuo, lo cual no resulta cierto pues es una visión simplista de los intrincados procesos cerebrales, ampliamente complejos, integrales e interconectados, que no pueden ser reducidos a un conjunto de “cajones de almacenamiento” claramente delimitados, porque además existen variaciones en cada individuo que impiden generalizaciones de localización neuronal¹⁷¹.

Entonces, la diferencia entre lo consciente y lo subconsciente no dependen de que se active una parte específica del cerebro que almacena unas ideas más conscientes u otra que posee unas inconscientes, como si el pensamiento fuera el resultado de una función estática de productos finalizados, clasificados y separados con precisión taxonómica, sino que, como se ha podido deducir a partir de las investigaciones de LIBET y de DAMÁSIO, el pensamiento es esencialmente un proceso¹⁷², de ahí que el umbral de la conciencia tenga relación directa con la cantidad de tiempo con la que cuente, o la velocidad y energía que requieran para la toma de decisiones los circuitos neuronales y las actividades biológicas involucradas en este proceso. Algunos descubrimientos de las neurociencias han venido dando luces sobre el funcionamiento de este complejo proceso cognitivo, sin embargo, como es común en la ciencia aún no hay respuestas absolutas o definitivas.

Por ejemplo, las neurociencias han venido encontrando evidencias de que la amígdala, la corteza prefrontal ventromedial (vmPFC) y el sistema de recompensas dopaminérgico, juegan roles cruciales en la toma de decisiones rápidas, inconscientes o automáticas. La amígdala es conocida por su rápida reacción a estímulos emocionales y de peligro, facilitando respuestas instintivas e inmediatas necesarias para la supervivencia¹⁷³. ANTONIO DAMÁSIO señala

170 **Freud, Sigmund**, *El «YO» y el «Ello»*, trad. López-Ballesteros y de Torres, Luís, *Obras Completas Vol. I* (Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1948). p. 1218.

171 **Monroy-Fonseca, César y Claudio R. Nassar**, *Neurociencia: La súper carretera de la toma de decisiones* (Ciudad de México: Seele Neuroscience, 2018). p. 29.

172 **Monroy-Fonseca, César y Claudio R. Nassar**, *Neurociencia... Ob. Cit.*, p. 33. “La conciencia humana no es otra cosa sino un proceso y como tal, depende del funcionamiento de una estructura”.

173 **Sánchez-Navarro, Juan Pedro y Francisco Román**, «Amígdala, corteza prefrontal y especialización hemisférica en la experiencia y expresión emocional», *Anales de psicología* 20, n.o 2 (2004): 223-40. “la amígdala parece jugar un papel especialmente importante en la emoción, particularmente en la respuesta emocional a estímulos de contenido aversivo o desagradable. Esta estructura es capaz de producir una respuesta rápida a estímulos aversivos simples sin la necesidad de la participación de la corteza. Cuando los estímulos emocionales son más complejos, son las estructuras corticales las encargadas

que la amígdala es esencial para generar respuestas emocionales rápidas que luego son moduladas por otras áreas del cerebro como la corteza prefrontal ventromedial, la cual integra esta información emocional en la toma de decisiones¹⁷⁴. Además, el sistema dopaminérgico está fundamentalmente involucrado en la motivación y el procesamiento de recompensas, influyendo en la toma veloz de decisiones a través de la liberación del neurotransmisor de la dopamina en los casos de señales de recompensa predictivas¹⁷⁵ basado en experiencias previas, lo que podría aportar en la configuración de la heurística y otros atajos cognitivos fundamentales para explicar las teorías de la cognición rápida.

En contraste, el pensamiento lento y deliberado implica la activación de la corteza prefrontal dorsolateral (dlPFC), la corteza cingulada anterior (ACC) y la red de modo por defecto (DMN). La (dlPFC) es esencial para el control ejecutivo, la planificación y el razonamiento analítico, funciones que requieren atención sostenida y esfuerzo cognitivo. Esta corteza es crucial para la evaluación racional y la toma de decisiones basadas en la integración de información compleja. La (ACC) juega un papel crucial en la detección de errores y la resolución de conflictos, facilitando el monitoreo y ajuste de comportamientos¹⁷⁶, al punto que se ha encontrado evidencia de que la ACC es capaz de interferir en la actividad de la amígdala evitando la producción de acciones emocionales automáticas, de donde la literatura científica criminológica ha venido señalando que el comportamiento violento puede estar relacionado en disfunciones de la actividad cortical, particularmente las referentes a la corteza cingulada¹⁷⁷.

Sobre una organización cerebral basada en procesos automáticos y otra basada en procesos reflexivos, apunta el profesor MARIANO SIGMAN:

"La corteza cerebral se organiza en dos grandes sistemas. Uno es el dorsal, que corresponde a lo más próximo a la prolongación de la espalda (el dorso), y el otro, el ventral, corresponde a la prolongación de la panza (vientre). En términos funcionales, esta parcelación es mucho más pertinente que la afamada división entre hemisferios. La parte dorsal incluye la corteza parietal y frontal, que grosso modo tienen que ver con la conciencia, con la actividad cerebral referida a la acción y con un funcionamiento del cerebro lento y secuencial. La parte ventral de

de procesarlos y producir una respuesta. Tal y como se ha mostrado, las principales regiones corticales implicadas en la emoción parecen encontrarse ubicadas en la región prefrontal, siendo especialmente relevantes las regiones orbitofrontal y prefrontal medial."

174 **Damásio, Antonio**, *En busca de Spinoza*. Ob. Cit., p. 71 y ss.

175 **Schultz, Wolfram**, «Predictive reward signal of dopamine neurons», *Journal of Neurophysiology* 80 (1998): 1-27. "The dopamine response to reward-predicting stimuli is maintained during established behavior and thus continues to serve as advance information."

176 **Sigman, Mariano**, *La vida secreta de la mente: Nuestro cerebro cuando decidimos, sentimos y pensamos* (Buenos Aires: Debate, 2015). p. 9.

177 **Ortega-Escobar, Joaquín y Miguel Ángel Alcázar-Córcoles**, «Neurobiología de la agresión y la violencia», *Anuario de Psicología Jurídica* 26, n.º 1 (2014): 60-69.

la corteza cerebral está asociada con procesos automáticos, en general inconscientes, y corresponde a un modo de funcionamiento del cerebro rápido y paralelo.”¹⁷⁸

Luego, para comprender estos procesos cognitivos ya no resulta útil el binario consciente/subconsciente, sino que se ajusta mejor a las evidencias contemporáneas la hipótesis del pensamiento dual o teoría del procesamiento dual expuesta por DANIEL KAHNEMAN, quien con un espíritu didáctico explica este fenómeno mental a través de la interacción de dos sistemas que como “*ficciones útiles*”¹⁷⁹ expresan los rasgos de actividades automáticas y actividades de esfuerzo-reflexivo que acaecen permanente en el pensamiento humano. Estos dos sistemas actúan simultáneamente en todas las actividades, pero como un ejercicio propio de optimización de recursos –energía en términos evolutivos– el Sistema 1 se encuentra en vigilia permanente y ofrece respuestas instantáneas, cubriendo la gran mayoría de lo que acontece en el devenir cotidiano del individuo, mientras que el Sistema 2 se encuentra en modo de bajo consumo y solo se manifiesta en toda su capacidad cuando las circunstancias requieren de la resolución de problemas más complejos.

En términos más precisos, el Sistema 1 opera de manera mecánica, rápida e intuitiva. Este sistema es el encargado de gestionar las respuestas inmediatas y las decisiones cotidianas sin requerir un esfuerzo consciente significativo. Se caracteriza por que “*opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario*”¹⁸⁰. Este sistema se basa en heurísticos¹⁸¹, es decir: atajos mentales que reducen la complejidad de la información del entorno con un mínimo esfuerzo cognitivo, tomando reglas simples y experiencias previas para llegar a conclusiones rápidas y de poco esfuerzo que permitan adoptar las reacciones inmediatas que demanda el entorno.

Evidentemente el ejemplo más fácil del Sistema 1 son las reacciones instintivas que los individuos hacen frente a un peligro, como cuando alguien corre ante el sonido de una explosión sin detenerse a analizar previamente las razones de dicho fenómeno. Sin embargo, este sistema tiene un espectro de acción tan amplio que se podría afirmar que la mayoría de las acciones cotidianas de un individuo están dominadas por este proceso de pensamiento rápido. Ahora bien, aunque el Sistema 1 en la mayoría de las veces resulta ser muy eficiente y efectivo, a causa del dispositivo de acción heurística y frente a circunstancias de alta demanda de soluciones inmediatas diversamente

178 **Sigman, Mariano**, *La vida secreta de la mente... Ob. Cit.*, p. 184.

179 **Kahneman, Daniel**, *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. Chamorro, Joaquín (Ciudad de México: Debate, 2013). p. 45.

180 **Kahneman, Daniel**, *Pensar rápido, pensar despacio... Ob. Cit.*, p. 35.

181 **Kahneman, Daniel**, *Pensar rápido, pensar despacio... Ob. Cit.*, p. 76. “*La definición técnica de heurística nos dice que se trata de un procedimiento sencillo que nos ayuda a encontrar respuestas adecuadas, aunque a menudo imperfectas, a preguntas difíciles.*”

complejas, se encuentra propenso a caer en sesgos cognitivos y errores sistemáticos que conducen a decisiones equivocadas¹⁸².

Por otro lado, el Sistema 2 es deliberado, lento y analítico. Requiere esfuerzo consciente y se activa cuando enfrentamos situaciones que demandan atención y un procesamiento más profundo, como resolver problemas complejos o tomar decisiones importantes. KAHNEMAN señala que este sistema: *"centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del Sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse"*¹⁸³. Se relaciona entonces principalmente con el razonamiento reflexivo y la autoevaluación, acciones que requieren de mucha atención y por ende demandan la mayoría de los recursos cognitivos con los que cuenta el individuo. Luego este sistema es esencial para corregir errores del Sistema 1 y para tareas que demandan un pensamiento crítico y detallado.

La interacción entre estos dos sistemas permite una adaptación eficiente a diferentes contextos y demandas cognitivas, aunque también puede resultar en conflictos y errores cuando las intuiciones rápidas del Sistema 1 no son corregidas adecuadamente por el análisis más profundo del Sistema 2, lo cual suele ocurrir por factores de distracción, sobrecarga y agotamiento¹⁸⁴ y también porque como señala KAHNEMAN este sistema es un *"Lazy controller"*, lo que se explica por la: *"legítima necesidad biológica de ahorrar energía donde no se necesita (...) [pues] por mucho que queramos exaltar nuestras facultades racionales, ni el pensamiento, ni el intelecto son prioritarios en la jerarquía de procesos que nos mantienen vivos"*¹⁸⁵.

Por tanto, sería imposible sostener, siguiendo a FUSTER, LIBET, DAMÁSIO y KAHNEMAN, una visión incompatibilista, determinista o reduccionista de la cognición humana. Por el contrario, el acervo de evidencias científicas expuestas ofrece elementos suficientes para considerar que un individuo sano¹⁸⁶ tiene a su alcance –más allá de ciertos condicionamientos neurobiológicos y sociales– un amplio margen de decisión libre, consciente y responsable. De ahí que, partiendo de esta hipótesis de las dos velocidades del pensamiento, salte a la vista la idea de que los individuos pueden imponerse autodisciplina a través del pensamiento reflexivo y crítico que les permita no solo fortalecer y forzar una mayor intervención de la vigilancia epistemológica –higiene cognitiva– de su Sistema 2 sobre sus propias decisiones, sino también entrenar –en términos de KAHNEMAN– las dos vertientes del pensamiento

182 **Kahneman, Daniel**, *Pensar rápido, pensar despacio...* Ob. Cit., p. 41.

183 **Kahneman, Daniel**, *Pensar rápido, pensar despacio...* Ob. Cit., p. 35.

184 **Kahneman, Daniel**, *Pensar rápido, pensar despacio...* Ob. Cit., pp. 48 y ss.

185 **Monroy-Fonseca, César y Claudio R. Nassar**, *Neurociencia...* Ob. Cit., p. 16.

186 **Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Carolina Gutiérrez de Piñeros Botero**, *Epistemología y teoría del delito...* Ob. Cit., p. 302. *"Negar la libertad sería un contrasentido de la neurociencia, toda vez que todos sus cultivadores hablan de accidentes, daños cerebrales y hasta enfermedades que no permiten el ejercicio de la elección correcta por falta de control que excluye la responsabilidad, especialmente los pacientes del lóbulo frontal."*

intuitivo: experto y heurístico, lo que no es otra cosa diferente que trabajar en corregir las equivocaciones de los sesgos cognitivos de los que está plagado el Sistema 1, para que este pueda ofrecer respuestas no solo rápidas, sino cada vez más precisas que conduzcan a un auténtico autogobierno –*causa sui*– de las propias acciones.

De alguna forma, este último concepto de libertad no deviene o está determinado por algo simplemente dado al individuo –como un don innato o automático del ser humano–, sino es más bien una libertad que proviene del esfuerzo, es decir con un profundo contenido ético, a partir del cual el individuo adquiere el control sobre sí en el momento que decide hacerse responsable de desarrollar su amplia potencialidad cognoscitivas y, en caso de no hacerlo, se hace también responsable de la consecuencia de sus actos por su desidia cognitiva, imputado bajo el profundo mandato moral de que pudiendo haber conocido decidió no hacerlo. He aquí como la neurociencia provee, con bases científicas, un vasto espectro de posibilidades para desarrollar las ideas de hábito y virtud de la ética de los antiguos, y de deber y utilidad de la ética de los modernos.

Sin duda, aunque pareciera novedosa esta idea de libertad, realmente lo único nuevo es el camino neurocientífico por el que ahora se puede arribar a ella, pues esta libertad ya había sido propugnada por la magistral intuición filosófica de JEAN-PAUL SARTRE quien afirmó que no es posible huir a la autonomía: *"Estamos solos, sin excusas. Es lo que expresaré al decir el hombre está condenado a ser libre"*¹⁸⁷. Con tantas evidencias para afirmar que el ser humano tiene la posibilidad de tomar decisiones consientes y ser responsable, habrá que coincidir con que: *"No somos terrones de arcilla y lo importante no es lo que hacen de nosotros, sino lo que nosotros mismos hacemos de lo que han hecho de nosotros."*¹⁸⁸

Esta capacidad de cambiar, de reinventarse, de redirigir el curso de la vida, de poder construir la propia identidad etc... está ahí esperando ser ejercida –tiene como base científica la plasticidad cerebral– por lo que no vale dejarse tentar por la mala fe –*mauvaise foi*¹⁸⁹– por ese perezoso atajo cognitivo que impulsa a descargar la angustia de la libertad y culpar de la responsabilidad de los propios actos a los factores externos –forjadores de sesgos y prejuicios–, pues siempre estará abierta la posibilidad de poner a cargo al Sistema 2. No es válido entonces, inculpar a otros o a la naturaleza, ya que –de un modo

187 **Sartre, Jean-Paul**, *El existencialismo es un humanismo*, trad. Praci de Fernández, Victoria (Barcelona: Edhasa Ediciones, 2004). p. 43.

188 **Sartre, Jean-Paul**, *San Genet Comediante y mártir*, trad. Echavárri, Luis (Buenos Aires: Editorial Losada, 1967). p. 61.

189 **Sartre, Jean-Paul**, *El existencialismo es un humanismo... Ob. Cit.*, "p. 75. Si hemos definido la situación del hombre como una elección libre, sin excusas y sin ayuda, todo hombre que se refugia detrás de la excusa de sus pasiones, todo hombre que inventa un determinismo es un hombre de mala fe."

Estoico– el ser humano es consciente de que son en última sus acciones –e inacciones– las que definen su propia esencia¹⁹⁰.

1.5. Aplicaciones de la neuroética integracionista a partir de la libertad como autorresponsabilidad cognitiva

Habiendo arribado a una idea de libertad responsable cuya base se encuentra encarnada en el propio deber de cada individuo en desarrollar su potencialidad cognitiva, idea que tiene un fuerte asidero en las evidencias neurocientíficas que ofrecen las teorías compatibilistas del libre albedrío, procede continuar el presente análisis revisando si este probable margen de libertad cognitiva otorga condiciones de posibilidad para validar y ampliar el campo de desarrollo de los conceptos centrales de la ética de la virtud, el deber y la utilidad, en la forma en que fueron expuestos en el primer acápite de esta reflexión académica.

Lo anterior, partiendo de la premisa de que las neurociencias son un campo de estudio reciente y que sus descubrimientos aún son limitados, lo que no obsta para reconocer las importantes luces que han venido dando sobre el funcionamiento del cerebro y el comportamiento humano, por lo que se tomarán algunos de estos marcos científicos para abordar el análisis ético desde una perspectiva mucho menos especulativa.

1.5.1. Virtud y plasticidad cerebral: La programación consciente de heurísticos a través de hábitos y emociones

En primer lugar, la ética de los antiguos o éticas de las virtudes es tal vez la doctrina filosófica que más se acopla con el mencionado concepto neuroético de libertad-auto-responsable y con varios descubrimientos de las neurociencias, tal y como se expondrá a continuación:

Para iniciar, valga recordar que ARISTÓTELES señalaba que, si bien los hombres estaban dotados de una capacidad autorreflexiva, lo cierto es que el actuar virtuoso no era una configuración inherente o preestablecida en el ser humano, sino que requería de la práctica permanente que forja el carácter, tal como la aludida metáfora del arquero¹⁹¹. Es decir que, en términos aristotélicos, para el hombre la virtud no es *acto* sino es *potencia*, por lo tanto, si bien no es –en sentido *innato*– si puede llegar a ser –en sentido de *conatus*–. En otras palabras, la virtud aristotélica parte de una disposición que si bien dirige a actuar conforme a la razón solo se manifiesta

190 **Sartre, Jean-Paul**, *El ser y la nada: Ensayo de ontología fenomenológica*, trad. Valmar, Juan (Barcelona: Ediciones Altaya, 1993). p. 60. “La libertad humana precede a la esencia del hombre y la hace posible; la esencia del ser humano está en suspenso en su libertad. Lo que llamamos libertad es, pues, indistinguible del ser de la «realidad humana»”.

191 **Aristóteles**, *Ética Nicomaquea*... Ob. Cit., p. 4.

en su ejercicio, por ejemplo: todos podrían llegar a ser valientes, pero solo llegarán a serlo quienes adopten acciones valientes.

Esta idea que conduce al hábito, fundamental en la "*Ética a Nicómaco*", guarda una estrecha relación con la ética de SPINOZA, quién considera que la realización del individuo se da a través de su esfuerzo por perseverar en su ser¹⁹², ser que no está del todo definido pues: "*la esencial del alma está constituida por ideas adecuadas e inadecuadas*"¹⁹³. Lo anterior se sintetiza en el concepto de conato –idea fundamental– que hace referencia al impulso, tendencia o esfuerzo del ser en perseverar en sí mismo, en ser cada vez mejor para con eso contribuir con el designio natural de sobrevivir. Esta conexión con el principio biológico de la autoconservación¹⁹⁴ –*conatus sese conservando*– que parece tan subjetivista termina siendo todo lo contrario pues –en la interpretación que de SPINOZA hace DAMÁSIO– la razón deduce la alteridad como virtud, pues extrae del hecho biológico la conclusión de que no es posible la autoconservación del *yo* sin la conservación de los *otros*, lo que no viene sino a confirmar la idea de *zoon politikón* de ARISTÓTELES:

"La realidad biológica de la autopreservación conduce a la virtud porque en nuestra necesidad inalienable de mantenernos a nosotros hemos de preservar, por necesidad, a todos los demás yoes. Si no conseguimos hacerlo, perecemos y de este modo violamos el principio fundacional, y renunciamos a la virtud que reside en la autopreservación. Así pues, el fundamento secundario de la virtud es la realidad de una estructura social y la presencia de otros seres vivos en un complejo sistema de interdependencia con nuestro propio organismo. Estamos en calzas prietas, literalmente, en el buen sentido de la palabra. La esencia de esta transición puede encontrarse en Aristóteles, pero Spinoza la une a un principio biológico: el mandato de la autopreservación. De modo que ahí está la belleza detrás de la cita atesorada, vista desde la perspectiva actual: contiene los cimientos de un sistema de comportamiento ético, y estos cimientos son neurobiológicos. En realidad, son el resultado de un descubrimiento basado en la observación de la naturaleza humana y no en la revelación de un profeta."¹⁹⁵

Lo fundamental aquí es como ARISTÓTELES y SPINOZA habrían descubierto un concepto de virtud cuyo cimiento no es hoy una revelación metafísica, sino que encuentra una confirmación neurobiológica en el propio concepto naturalista-existencialista de la homeóstasis social. Además, para el logro de esta considera fundamental SPINOZA la interacción de las emociones que rigen al individuo. Si bien sobre este punto se profundizará en el acápite sobre el utilitarismo, vale acá señalar su idea de que la felicidad permite al individuo

192 **Spinoza, Baruj**, *Ética demostrada según el orden geométrico*, trad. Domínguez, Atilano (Madrid: Editorial Trotta, 2000). p. 132.

193 **Spinoza, Baruj**, *Ética demostrada según el orden geométrico...* Ob. Cit., p. 133.

194

Damásio, Antonio, *En busca de Spinoza...* Ob. Cit., pp. 190 y ss.

195 **Damásio, Antonio**, *En busca de Spinoza...* Ob. Cit., p. 191.

mayor perfección y por tanto conduce a la autoconservación de su ser¹⁹⁶, que como ya se había señalado no es solipsismo sino completa alteridad. Esta misma idea también guarda profunda relación con ARISTÓTELES cuando proclamó la felicidad como teleología definitiva o “*absoluto fin*” de toda ética¹⁹⁷. De esta proclama se desprende toda la reflexión filosófica del helenismo posterior, especialmente el estoicismo y epicureísmo, asuntó que también estará directamente relacionado con la reflexión política aristotélica.

Esto se puede revalidar desde las neurociencias pues esta entiende que toda: “*actividad cerebral está dirigida primariamente a la supervivencia con bienestar*”¹⁹⁸, y siendo la felicidad una emoción primaria que como proceso cerebral comporta: “*un conjunto complejo de respuestas químicas y neuronales que forma un patrón distintivo*”¹⁹⁹, resulta claro considerar a esta emoción como un mecanismo neurobiológico a favor de la autoconservación de la especie. De ahí que, con el concurso de las neuronas espejo, se desprende de la felicidad –como emoción primaria– la simpatía –como emoción social– y su transformación en la empatía²⁰⁰ –como sentimiento– lo que tiene un claro significado evolutivo prosocial²⁰¹, a partir del cual es posible fundamentar la ética de las virtudes y a la vez la filosofía política comunitarista que de ella se desprende, en su persecución del bien mayor: “*eudaimonia*”, no sobre especulaciones morales sino sobre el fuerte presupuesto neurobiológico de la autoconservación.

Ahora bien, retomando la idea aristotélica de que las virtudes no: “*germina en nosotros naturalmente*”²⁰² sino que se logran solo a partir de una disciplinada práctica que conlleve a generar hábitos en el individuo y costumbres en la sociedad, resulta casi evidente la profunda coherencia que hoy conserva esta idea formulada hace XXIII siglos con el concepto de libertad-auto-responsable que se decanta en la neurociencia contemporánea. Efectivamente, como señala DAVID DEL ROSARIO estamos neurobiológicamente preparados para el cambio, por lo que las ideas y emociones –*pensaciones*– de los individuos no son fijas, absolutas e inmutables; no se está sometido a ellas como en una relación de esclavitud, sino que son simplemente propuestas neurológicas que pueden ser controlados a través de la reeducación cerebral²⁰³, lo que no

196

Spinoza, Baruj, Ética demostrada según el orden geométrico... Ob. Cit., pp. 154 y 189.

197 **Aristóteles**, Ética Nicomaquea... Ob. Cit., p. 10.

198 **Damásio, Antonio**, *En busca de Spinoza*... Ob. Cit., p. 213.

199 **Damásio, Antonio**, *En busca de Spinoza*... Ob. Cit., p. 65

200 **Damásio, Antonio**, *En busca de Spinoza*... Ob. Cit., pp. 132 y ss.

201 **Tomasello, Michael**, *Una historia natural de la moralidad humana*, trad. Posada, María Candelaria y María del Mar Ravassa (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019). pp. 189 y ss.

202 **Aristóteles**, Ética Nicomaquea... Ob. Cit., p. 23.

203 **Rosario, David Del**, *El libro que tu cerebro no quiere que leas: Cómo reeducar el cerebro para ser más feliz y vivir con plenitud* (Madrid: Ediciones Urano, 2019). pp. 170 y ss. “*El organismo siempre está preparado para el cambio. Si estamos leyendo esto estamos vivos. Por lo tanto, podemos dejar de vivir siendo esclavos de nuestros pensamientos. ¿Y qué hace falta para dar el salto? Necesitamos reeducar el cerebro. ¿Y esto qué significa?*”

es otra cosa que obligarse a ejercitar acciones virtuosas y forzar con ellos una programación neuronal consciente de los propios actos, que en términos aristotélicos es la formación de hábitos morales.

Es así que, el elemento neurocientífico que mejor soporta esta idea es la plasticidad cerebral o neuro-plasticidad que haciendo un símil literario con la ética de los antiguos es: *la virtud demostrada según el orden neurocientífico*. ¿Qué quiere decir esto? Si el cerebro tiene la capacidad de cambiar y adaptarse al entorno, el ser humano no es un ser fijo, sino que: tal y como la intuición filosófica de los estoicos enseñaba los seres humanos tiene la capacidad de dirigir su propia vida de acuerdo con su educación y la formación de sus hábitos que determinarán su temperamento o carácter – *ēthos*– lo que se puede lograr por un “*uso práctico de la razón*”²⁰⁴.

No hay por tanto ninguna predestinación absoluta, solo los hábitos reflejan la verdadera esencial del individuo, y la suma de los hábitos individuales, refleja la cultura social. Quienes practiquen la virtud reeducarán su cerebro para hacerse seres virtuosos, como la práctica de los vicios los hará seres viciosos, por lo que afirmar “Así se ha hecho siempre”, “Llevo años haciendo lo mismo”, “Eso hacen todos” etc... no son más que excusas²⁰⁵ de pereza mental, pues las neurociencias han aportado pruebas suficientes para aceptar la validez gnoseológica del presupuesto práctico fundamental de la ética de las virtudes: la capacidad de mutabilidad del ser humano en función de sus propias acciones.

En conclusión, la idea de libertad-auto-responsable o cognitivamente responsable, que se deriva de los descubrimientos de un importante sector de las ciencias neuronales –compatibilismo– reconoce al individuo como sujeto con agencia propia²⁰⁶, es decir dotado de una razón que por obra de la plasticidad cerebral descarta el determinismo duro²⁰⁷, sumado al hecho de que las propuestas neuronales impulsivas –como afirma LIBET– burbujan “*bubbling up*”²⁰⁸ inconscientes en la mente pero pueden ser neutralizadas

Significa asumir el 100% de la responsabilidad tanto de nuestras pensamientos, como de las acciones y los resultados que vendrán.”

204 **Abbagnano, Nicola**, *Historia de la Filosofía Vol. I...* Ob. Cit. p. 178.

205 **Rosario, David Del**, *El libro que tu cerebro no quiere que leas...* Ob. Cit., p. 170.

206 **Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina**, «Neurociencias y libre albedrío», en *Opúsculos de neuroantropología filosófica* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2020).

207 **Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero**, *Epistemología y teoría del delito...* Ob. Cit., pp. 315 y ss.

208 **Libet, Benjamin**, «Do We Have Free Will?»... Ob. Cit., p. 54. “*The role of conscious free will would be, then, not to initiate a voluntary act, but rather to control whether the act takes place. We may view the unconscious initiatives for voluntary actions as ‘bubbling up’ in the brain. The conscious-will then selects which of these initiatives may go forward to an action or which ones to veto and abort, with no act appearing.*”

por un estado consciente, el cual además tiene la capacidad de sustituir esos impulsos por otros, reeducados cognitivamente.

Este auto ejercicio de “*vigilancia epistemológica*” o “*higiene cognitiva*” es una confirmación de lo que en la ética de los antiguos significaba la virtud de la prudencia, definida y propugnada por CICERÓN como la ciencia de las cosas que hay que desear y las que hay que evitar²⁰⁹. De ahí que la idea de virtud no sea restringida, sino que tenga la posibilidad de un “*ir más allá*” del mero deber, lo que se justifica en el margen de libertad cognitivo que posee el individuo y en la plasticidad cerebral que deja abierta la posibilidad de un progreso ético constante.

Por ende, este margen de acción consciente que es posible afirmar a partir de la neurociencia, es donde se dan todos los frutos de una aplicación de la ética de las virtudes pues: la educación y los hábitos²¹⁰ virtuosos actúan como ejercitadores cognitivos capaces no solo de reflexionar y programar de mejor forma las respuestas consientes y sosegadas del Sistema 2 – que jugaría el papel de *conscientia* estoica–, sino particularmente, a fuerza de su práctica, sustituir heurísticos y corregir sesgos cognitivos para que el sistema 1 responda de forma satisfactoria y rápida conforme a las virtudes, todo lo cual genera un efecto ejemplificador y amplificador en los otros, tanto en los semejantes en virtud de las neuronas espejo²¹¹, como en la herencia genética a través del enorme campo que en las ciencias del comportamiento ha abierto la epigenética conductual²¹².

1.5.2. El rescate cognitivo del deber y el deber de la libertad: fundamentación de la neurociencia de las costumbres

En lo que corresponde a la ética del deber y a los avances neurocientíficos, existen importantes elementos de la teoría epistemológica y moral de KANT que pueden ser revalidados y rescatados para la discusión neuroética contemporánea.

En primer lugar, frente a la epistemología idealista trascendente que constituye el punto de partida de la filosofía kantiana y por supuesto también de su reflexión práctica o ética, habría que afirmar que los hallazgos científicos sobre el proceso de la percepción y la experiencia cognitiva confirman el hecho de que el cerebro humano no es un simple receptor directo y pasivo de

209 **Cicerón, Marco Tulio**, *De los deberes*, trad. Estrada, Baldomero (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962). p. 58.

210 **Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina**, «La formación de hábitos y el libre albedrío», en *Opúsculos de neuroantropología filosófica* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2020).

211 **Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero**, *Epistemología y teoría del delito... Ob. Cit.*, pp. 305 y ss.

212 **Bohare, Nikita**, «Exploring the Role of Epigenetic Modifications in Criminal Behavior: Implications for Prevention and Intervention», *International Journal of Innovative Research in Technology and Science* 12, n.o 2 (2024). “*Epigenetic modifications are alterations to DNA that impact how cells read genes and control their expression or activity but do not alter the sequence of DNA’s building blocks. These changes can be hereditary or can be reversible.*”

la realidad externa, sino más bien que este forma una compleja interpretación de la realidad a través de sus estructuras cerebrales. Esto debido a su carácter de sistema "autorreferencial"²¹³ que de acuerdo con LLINÁS y EAGLEMAN significa que: "*El cerebro es más bien un sistema cerrado que opera siguiendo su propia actividad generada internamente (...) El aspecto más sorprendente de este marco de referencia es que los datos internos no son generados por datos sensoriales externos, sino tan solo modelados por ellos.*"²¹⁴

Lo anterior, de ser cierto, vendría a confirmar de manera muy importante la premisa epistemológica fundamental de KANT a partir de la cual el sujeto cognoscente –en este caso el cerebro humano– es el que percibe la realidad de forma incompleta –imposibilidad de percepción del *noúmeno*–, pues las cosas terminarían por ser percibidas bajo la interferencia del cerebro que realiza una construcción parcial emulada de la realidad, como por ejemplo lo han demostrado de forma sorprendente los experimentos sobre ilusiones ópticas²¹⁵.

Sin embargo, es necesario realizar las siguientes matizaciones: como señala el maestro RODOLFO LLINÁS existen unas "*propiedades perceptivas*" que el cerebro no aprende *de novo*, sino que provienen del largo proceso evolutivo²¹⁶, es decir que viene configuradas de antemano a la existencia individual –contrario al dogma empirista de la *tabula rasa*– afirmación que también concordaría en general con la idea de unas categorías "*a priori*" o innatas del entendimiento propuesta por KANT, a partir de las cuales es el sujeto el que da forma a los objetos de su entorno.

Así mismo, también hay que señalar que las neurociencias encuentran que las sensaciones o impulsos externo modulan el pensamiento²¹⁷, lo que toma gran relevancia si se tiene en cuenta la plasticidad cerebral que a través del aprendizaje permite que el sistema nervioso se modifique y se creen nuevas redes neuronales, eso dentro de los límites predeterminados²¹⁸, pues como concluye LLINÁS: "*Afirmo que soy un sistema cerrado, pero no un solipsista. No puedo serlo, porque soy el producto de la evolución que internalizo las propiedades del mundo externo*"²¹⁹. La neuro-plasticidad sugiere que el cerebro es altamente flexible y puede reorganizarse en respuesta a nuevas experiencias, lo que podría poner en duda la rigidez de las categorías *a priori* kantianas. Según esta perspectiva, lo que KANT consideraba estructuras

213 **Llinás, Rodolfo**, *El cerebro y el mito del yo: El papel de las neuronas en el pensamiento y el comportamiento humanos*, trad. Guzmán, Eugenia (Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2002). pp. 9 y ss. "*la función del sistema nervioso central podría operar independientemente, en forma intrínseca, y que la entrada sensorial, más que informar, modularía este sistema semicerrado.*"

214 **Eagleman, David**, *Incógnito: las vidas secretas del cerebro*, trad. Alou, Damià (Barcelona: Editorial Anagrama, 2018). p. 59.

215 **Eagleman, David**, *Incógnito*. Ob. Cit. pp. 31 y ss.

216 **Llinás, Rodolfo**, *El cerebro y el mito del yo...* Ob. Cit., p. 64.

217 **Eagleman, David**, *Incógnito*. Ob. Cit. pp. 58 y ss.

218 **Llinás, Rodolfo**, *El cerebro y el mito del yo...* Ob. Cit., p. 64.

219 **Llinás, Rodolfo**, *El cerebro y el mito del yo...* Ob. Cit., p. 127.

innatas desde una visión trascendental, fija y universal, podrían de hecho, ser moldeadas por el proceso evolutivo, sugiriendo en este punto un enfoque más dinámico y semiabierto de la cognición humana.

Aun así, el criticismo como teoría epistemológica de KANT es reconocido por haber zanjado por el medio la disputa entre el racionalismo y el empirismo, al haber sostenido que tanto la razón como la experiencia juegan un papel fundamental y mutuo en el conocimiento: "*Sin sensibilidad, no nos sería dado objeto alguno; y sin entendimiento, ninguno sería pensado. Pensamientos sin contenido son vanos, intuiciones sin conceptos son ciegos (...) el entendimiento no puede intuir nada, y los sentidos no pueden pensar nada. Solo de su unión puede originarse el conocimiento*"²²⁰. Habrá entonces que aceptar que esta idea lógico-estética trascendental tendría un gran respaldo en la evidencia neurocognitiva contemporánea, al considerar que el conocimiento proviene de un ciclo de interdependencia entre los estímulos de la realidad externa y las estructuras intrínsecas del sistema neuronal.

Ahora bien, no ocurre lo mismo frente a la concepción ética de KANT, la cual, únicamente puede provenir de juicios *a priori*, es decir que se excluye cualquier fundamentación fáctica o empírica de la moral, dejando de lado la experiencia sensible o la interacción social del ser humano, todo lo cual lleva a la formulación de los imperativos categóricos. Sobre esto hay que decir, que además de que esta idea contraría la propia etimología de la moral como costumbres de la conducta humana, es decir con un altísimo contenido existencia; no encuentra además fundamentación alguna en la neurociencia contemporánea, ya que, como se acaba de exponer previamente, la cognición humana proviene de un proceso evolutivo que interiorizó las mecánicas del mundo exterior, por lo que aludir a una fundamentación de la ética basada en la razón pura metafísica y metacognitiva es contradecir el dispositivo natural que rige la evolución no solo humana sino de muchas especies²²¹, por lo que en este aspecto la ciencia está más del lado de la razón-sensible de ESPINOZA²²² que de la razón-pura de KANT.

Coherentemente, la precitada crítica de la ciencia cognitiva a la epistemología moral de KANT, acierta un golpe demoledor en el corazón de la ética del deber, pues deja sin fundamento real la idea de que la voluntad buena solo procede de un individuo que actual bajo la rigurosa e inflexible formula del deber por el deber mismo, pues ante la improbable existencia de *juicios sintéticos a priori* que determinen los imperativos categóricos, la fundamentación de la moral deberá tener en cuenta los instintos, emociones y experiencias de los seres humanos que han forjado evolutivamente su propia razón y conciencia, por lo que una mera voluntad que solo reconoce como bueno actuar aquello

220 **Kant, Immanuel**, *Crítica a la razón pura...* Ob. Cit., p. 68.

221 **Waal, Frans de**, *El bonobo y los diez mandamientos: En busca de la ética entre los primates*, trad. García Leal, Ambrosio (Ciudad de México: Tusquets Editores, 2014). pp. 236 y ss.

222 **Spinoza, Baruj**, *Ética demostrada según el orden geométrico...* Ob. Cit., p. 247. "*Un afecto que es una pasión deja de ser una pasión tan pronto como formamos una idea clara y distinta de él.*"

por “*mor del deber*” resulta contradictoria con la propia naturaleza humana y por ende constituye una motivación débil y problemática para sostener la ética.

Aun así, habrá que rescatar el valor regulativo que el puro deber moral tiene como motor de la conducta, pues si bien no es posible desconocer el origen que poseen los condicionantes biológicos y la experiencia sensible en la raíz de la moralidad humana, también es cierto que como se ha reiterado en esta investigación, no existe un determinismo cognitivo o natural absoluto y por ende el ser humano tiene un importante espacio de libertad a partir del cual emerge la idea de deber como autorregulación consciente y responsable, totalmente afín con la KANT. Sobre esto, basta con traer las palabras de FRANZ de WAAL sobre este rompimiento del determinismo moral naturalizado:

“Cuanto más expandimos el alcance de la moralidad, más necesitamos servirnos de nuestro intelecto, porque por mucho que yo crea que la moralidad está firmemente enraizada en las emociones, la biología apenas nos ha preparado para los derechos y obligaciones a la escala del mundo moderno. Hemos evolucionado como animales de grupo, no como ciudadanos del mundo. No obstante, estamos bien encaminados para reflexionar sobre cuestiones tales como los derechos humanos universales, y no hay razón para tomar la ética naturalizada que defiendo en este libro como una prisión de la que no podemos escapar. Este enfoque nos permite entender cómo hemos llegado hasta donde estamos ahora, pero la humanidad tiene una larga historia de construcción de nuevas estructuras sobre viejos fundamentos.”²²³

Por lo tanto, aún es posible rescatar los imperativos categóricos, eso sí tomando otro camino diferente al trascendente para su fundamentación. Sea del caso empezar por la segunda formulación del imperativo categórico – el imperativo de la dignidad humana –, pues como se señaló en el acápite anterior, tendría como génesis el principio de autoconservación o ley de supervivencia que como dispositivo evolutivo entiende que el individuo en su soledad está condenado a perecer, por lo que necesita a los otros, necesita vivir en comunidad para preservar su propio ser²²⁴. Luego, la fórmula kantiana de la alteridad no vendría sino a confirmar esa regla existencial que entiende que para que exista sociedad es necesario tomar a los semejantes en una relación recíproca de fin, lo que significa en un ámbito básico respetar la vida del otro, presupuesto mínimo para la conformación de cualquier sociedad humana. Por tanto, de la experiencia existencia se derivarían como reglas

223 **Waal, Frans de**, *El bonobo y los diez mandamientos...* Ob. Cit., p. 245.

224 **Waal, Frans de**, *El bonobo y los diez mandamientos...* Ob. Cit., p. 238. “La moralidad ascendente. El código moral no viene impuesto desde arriba ni se deriva de principios bien razonados, sino que surge de valores implantados que han estado ahí desde la noche de los tiempos. El más fuerte fundamento tiene que ver con el valor de supervivencia de la vida en grupo”.

éticamente validas solo aquellas que conlleven a la conservación o aumento de la especie.

Ahora, sobre el primer imperativo o imperativo de la universalidad, habrá que decir que para efectos de las ciencias cognitivas dicho mecanismo, más allá de la improbable demostración empírica de sus universales, tiene sentido como idea regulativa que propone una forma de razonamiento del sistema de cognición lenta –Sistema 2– al proveer el mecanismo de vigilancia epistemológica que toma como base la capacidad cerebral predictiva²²⁵, cuyo origen al parecer se encuentra en la necesidades motoras de los organismos de adivinar las interacciones de su entorno, proceso en el cual la corteza somatosensorial también es protagónica. Todo esto con el objeto de anticipar reacciones ante el peligro, dispositivo que en el ser humano ha evolucionado más allá, hasta el punto de obtener la capacidad cerebral de formular hipótesis morales para regular la conducta social.

Además, si como consecuencia del largo proceso de evolución de la razón humana, han podido confluir en el cerebro los presupuestos para que florezca en el hombre el pensamiento reflexivo y consciente –Sistema 2– a partir del cual haya sido posible deducir, de la facticidad de su entorno, la necesaria posición de cooperación social o devenir prosocial al que se encuentra sometido como condición de posibilidad de su propia supervivencia; resulta propicio que dicha inferencia se constituya como una disposición básica en la toma de decisiones del individuo, que en razón de la plasticidad cerebral, se convierta, a fuerza de su uso e interacción consciente propia de una libertad-auto-responsable, en un atajo cognitivo o heurístico que resuelva de forma rápida –Sistema 1– y particularmente como imperativo disidente –en termino de MUGUERZA–, el bloqueo, neutralización y reeducación de impulso en los cuales el egoísmo comprometa la dignidad de los semejantes, salvando con esto la propia conservación de la vida en sociedad, y por supuesto siendo una prodiga fuente de nuevos imperativos éticos que a partir de este ejercicio puedan también fijar una eficacia del deber a través de la motivación que genera el convencimiento lógico de la propia razón.

1.5.3. Utilitarismo y neurociencia de las emociones: fundamentos prosociales e incentivos individuales

De los tres grandes sistemas analizados el de la ética utilitarista, propio de la tradición empirista anglosajona, es el que desde su origen más se acerca a una explicación cientificista o positivista de la ética, precisamente por haber estado soportado en la comprensión experiencial de los sentimientos morales. En este sentido, fue DAVID HUME quien otorgó una especial relevancia a los sentimientos y las emociones como sustrato esencial de la conducta humana, al considerar que en cuestiones morales prevalece la sensación sobre el juicio²²⁶. Por ejemplo, sostuvo que de los sentimientos de amor propio y

225 **Llinás, Rodolfo**, *El cerebro y el mito del yo... Ob. Cit.*, pp. 26 y ss. "La capacidad de previsión es claramente vital, de ella depende la vida misma del organismo."

226 **Hume, David**, *Investigación sobre los principios de la moral... Ob. Cit.*, p. 204.

de la empatía es posible deducir, sin necesidad de acudir a la metafísica, la propensión utilitaria del individuo prosocial, pues todo: *"lo que contribuye a la felicidad de la sociedad se recomienda por sí mismo a nuestra aprobación y buena voluntad"*²²⁷.

Desde una perspectiva contemporánea, la teoría de los marcadores somáticos de ANTONIO DAMÁSIO ofrece una conexión neurobiológica que vendría a confirmar la importancia medular que los utilitarios otorgan a las emociones en la dirección de la conducta moral. Esto, principalmente al considerar que la razón, tan pura y acéticamente defendida por el racionalismo filosófico, es realmente un producto codependiente de las emociones y de los sentimientos²²⁸, con lo cual hace agua la categórica diferencia mente-cuerpo de DESCARTES –su error– y se abre paso a toda una línea de investigación neurocientífica que encuentra en el ámbito sensitivo un elemento definitorio de la cognición humana.

Según DAMÁSIO, las emociones se generan a partir de la evaluación inconsciente de estímulos, y estas se traducen en cambios corporales –*marcadores somáticos*– que luego son interpretados neuronalmente como sentimientos conscientes a partir de los cuales el cerebro toma decisiones racionales. Este complejo proceso, que proviene de emociones básicas innatas –primarias– llega a convertirse en sentimientos que ya no son solo respuestas automáticas e instintivas estereotipadas, sino que amplían su alcance para planificar respuestas novedosas y específicas a los retos que pueden acaecer a un organismo. Con esto, la capacidad de *"«sentir» sus sentimientos"* se convierte evolutivamente en lo que podemos llamar conciencia²²⁹. De ahí que las emociones tengan tanta relevancia en la cognición humana y por ende en la formulación de la filosofía práctica.

Ahora bien, en el contexto de la ética utilitaria, los marcadores somáticos operan como un mecanismo que facilita la evaluación de las consecuencias de nuestras acciones en términos de bienestar y sufrimiento. Un sentimiento de empatía, por ejemplo, puede ser el resultado de un marcador somático que surge ante la percepción del sufrimiento ajeno –lo que también se relaciona con las neuronas espejo– y a su vez desencadena una respuesta moral que busca maximizar el bienestar colectivo. De este modo, la neurociencia confirma que los juicios morales no son procesos puramente racionales, sino que están profundamente entrelazados con nuestras emociones y sentimientos.

A partir de esto, no es difícil encontrar que ideas fundamentales del utilitarismo como: *"El mayor bien para el mayor número de personas"* o su mecanismo

227 **Hume, David**, *Investigación sobre los principios de la moral...* Ob. Cit., p. 104. *"Por lo tanto, si la utilidad es una fuente de sentimiento moral, y si esta utilidad no es siempre considerada en referencia al yo, de ello se sigue que todo lo que contribuye a la felicidad de la sociedad se recomienda por sí mismo a nuestra aprobación y buena voluntad"*

228 **Damásio, Antonio**, *El error de Descartes...* Ob. Cit., pp. 12 y ss.

229 **Damásio, Antonio**, *Sentir lo que sucede: cuerpo y emoción en la fábrica de la conciencia*, trad. Jacomet, Pierre (Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 2000). p. 311.

corrector y limitador “*el principio del daño*” –*harm principle*– que conforman los dispositivos fundamentales del pensamiento prosocial del liberalismo clásico, tengan como fundamento empírico y genealógico el proceso de marcadores somáticos que ha desarrollado el sentimiento social de la empatía, manifestación cognitiva-existencial que DAMÁSIO denomina “*bucle corporal como si*” que consiste en:

“una simulación cerebral interna que consiste en una rápida modificación de los mapas corporales actuales. Ello se consigue cuando determinadas regiones cerebrales, como las cortezas prefrontales/premotoras, señalan directamente las regiones cerebrales que sienten el cuerpo. La existencia y localización de tipos comparables de neuronas se ha establecido en fecha reciente. Dichas neuronas pueden representar, en el cerebro de un individuo, los movimientos que este mismo cerebro ve en otros individuos, y producir señales hacia estructuras sensorimotrices de manera que los movimientos correspondientes resulten «previstos», como si de una simulación se tratara, o realmente ejecutados. Dichas neuronas están presentes en la corteza frontal de monos y seres humanos, y se denominan «neuronas espejo»”²³⁰

Esta idea sensitiva o estética de la empatía resuena en la muy gráfica idea de: “*ponerse en los zapatos del otros*” o mejor, a través de los marcadores somáticos, «*ponerse en la piel del otro*». El ser humano está programado especialmente, a causa de la existencia de las neuronas espejo, para sentir compasión e interés por el otro, lo que puede ser un código evolutivo programado por la ya referida ética ascendente –que no trascendente– que FRANZ de WAAL ha descubierto de la supervivencia de la vida de grupo, a partir de sus estudios con primates y bonobos que se encuentran en línea evolutiva con los humanos²³¹. Por lo que, ante estos avances de la neuro-antropología moral, sea posible afirmar con bastante seguridad, que las premisas de la alteridad utilitaria poseen una firme base científica.

Por otro lado, el mecanismo emocional de fondo que promueve el utilitarismo comporta una fuerte base demostrativa empírico-cognitiva, la cual resulta fundamental para explicar la estimulación, coacción y eficacia de los de los actos morales, mejor que cual otra teoría. Este mecanismo reconoce, desde EPICURO, que al hombre lo mueven dos sentimientos básicos: el dolor y el placer, los cuales determinan su devenir existencial y por ende le indican como actuar²³². De ahí que HUME haya señalado que, contrario a la “buena voluntad” de obrar por “mor del deber” propugnada por KANT, una verdadera motivación moral depende del apremio de los sentidos:

“La razón, al ser fría y desapasionada, no motiva la acción y solo dirige el impulso recibido del apetito o la inclinación, mostrándonos los medios

230 **Damásio, Antonio**, *El error de Descartes...* Ob. Cit., p. 132.

231 **Waal, Frans de**, *El bonobo y los diez mandamientos...* Ob. Cit., p. 238

232 **Bentham, Jeremy**, *Introducción a los principios de la moral y la legislación....* Ob. Cit., p. 45.

de alcanzar la felicidad o de evitar el sufrimiento. El gusto, en cuanto da placer o dolor, y por ende constituye felicidad o sufrimiento, se convierte en un motivo de acción y es el primer resorte o impulso del deseo y la volición.”²³³

Esta elemental regla de la fisiología humana fue ampliamente vislumbrada y aplicada por BENTHAM en su formulación de los principios de legislación penal y civil, como base de una ingeniería social positivista-utilitaria, que comprende que la mejor forma de motivación de los individuos se encuentra en el dominio, conducción y control que el Estado pueda hacer sobre sus propias pasiones, por esto: “*Procurar placeres, y evitar penas, es el único objeto que debe proponerse el legislador*”²³⁴. Sin embargo, la ciencia de la legislación moderna hasta el día de hoy se ha obstinado en privilegiar los instrumentos del castigo para condicionar de manera –conductista negativa– la conformidad de los individuos con la moralidad general entendida como derecho.

El uso de esta estrategia de incentivos negativos, tan común en la legislación, por supuesto que encuentra soporte en la compleja interacción de estructuras cerebrales y neurotransmisores, que promueven la evitación de comportamientos sometidos al castigo a través de la emoción aversiva y la fijación de recuerdos de miedo –especialmente pero no exclusivamente– en las funciones que cumple la estructura subcortical de la amígdala²³⁵. Sin embargo, desde la perspectiva de la neuroplasticidad se problematiza el castigo, decretando su inutilidad cuando el sujeto receptor no tiene capacidad para modificar sus conductas por ejemplo por neuropatologías o simplemente por una baja plasticidad cerebral, por lo que la teoría de la culpabilidad y de la pena debería ir en consonancia con la realidad cognitiva del sujeto específico del castigo²³⁶.

Ahora bien, la otra estrategia utilitaria que goza de más amplia demostración empírico-cognitiva es acudir al uso de estrategias de incentivos positivos. En esta materia, las neurociencias han logrado precisar el funcionamiento del sistema de recompensas dopaminérgico que se encuentra conformado por una red de áreas cerebrales que tiene una importancia crucial en motivación, el aprendizaje, las modificación de conductas y la plasticidad cerebral, a partir de las experiencias del placer dadas como respuesta a estímulos que el cerebro considera gratificantes, acción que se produce especialmente a través de la liberación del neurotransmisor de la dopamina, que más que producir placer

233 **Hume, David**, *Investigación sobre los principios de la moral...* Ob. Cit., p. 206.

234 **Bentham, Jeremy**, *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo I*. Ob. Cit., p. 116.

235 **Adolphs, Ralph et al.**, «Fear and the Human Amygdala», *The Journal of Neuroscience* 15, n.o 9 (1995): 5879-91.

236 **Eagleman, David**, *Incógnito*. Ob. Cit. pp. 228 y ss.

obtura un impulso deseante –*Incentive salience*– que estimula el apetito del individuo²³⁷.

En este sentido, algunos estudios han indicado que los estímulos positivos tienen gran influencia en motivar el comportamiento²³⁸, aún más que los incentivos negativos²³⁹. Lo anterior podría conducir a afirmar que una legislación que promueve recompensas en pro de los actos éticos puede llegar a tener más eficacia en la formación de buenos hábitos y en la obediencia al derecho, que aquellas que prefieren un sistema de castigos, reflexión que reaviva una línea poco transitada en el utilitarismo jurídico moderno y contemporáneo.

Ahora bien, otra estrategia que, si bien no se basa en recompensas o castigos directos, ha venido tomando mucha fuerza al apelar a una “*arquitectura de las decisiones*” que toma como marco epistemológico la idea de los dos sistemas de pensamiento de KAHNEMAN –ya expuestos– especialmente la premisa de que los individuos a menudo toman decisiones de manera intuitiva y rápida –Sistema 1– y eso los puede conducir a errores. Ante este panorama, es necesario buscar una forma de influir –no coaccionar– en la elección de los individuos para que tomen las mejores decisiones, lo que da como resultado la teoría del “*nudge*” que desde una visión libertaria significa “*pequeños empujones*” que aplicando el conocimiento neurocientífico sobre heurísticos y sesgos cognitivos, busca formular estrategias que induzcan predictivamente la decisión de los individuos.

Esta teoría que, si bien es meramente instrumental, tiene la capacidad de aportar decisivamente en el mejoramiento de las condiciones tanto individuales como sociales. Por esto, pasa la prueba del utilitarismo, al que le corresponde llenar de contenido el fin ético perseguido por los “*nudge*”, los cuales constituyen una aplicación práctica de las neurociencias en el gobierno de la conducta humana. A través de estrategias de ingeniería jurídica y social que, a través de la simplificación de la complejidad en las decisiones, el poder del ejemplo y el comportamiento típico social, el efecto *status quo* entre muchas otras estratagemas, permita útilmente anticipar la mejor decisión para los individuos. Un ejemplo concreto sería colocar aquellos productos que son mejores para la salud en los estantes más accesibles de un supermercado, relegando los nocivos en posiciones de difícil acceso.

En síntesis, en estos tres subcapítulos ha sido posible vislumbrar las condiciones de posibilidad que ofrecen las neurociencias para reevaluar, transformar, revalidar o ampliar algunos de los presupuestos fundamentales

237 **Berridge, Kent y Terry Robinson**, «What is the role of dopamine in reward: hedonic impact, reward learning, or incentive salience?», *Brain Research Reviews* 28 (1998): 309-69.

238 **Wise, Roy A.**, «Dopamine, learning and motivation», *Nature Reviews* 5 (2004): 1-12.

239 **Kahneman, Daniel**, *Pensar rápido, pensar despacio... Ob. Cit.*, p. 177. “*Les hable de un importante principio de entrenamiento útil: las recompensas por los avances son más eficaces que los castigos por los errores. Esta proposición la respaldan muchos resultados de investigaciones con palomas, ratas, humanos y otros animales.*”

de las tradiciones morales de la virtud, el deber y la utilidad, pudiendo con ello tener un panorama más claro de su vigencia y de los posibles rendimientos que podrían ofrecer en el diseño e implementación del componente ético de los programas de cumplimiento, el cual constituye el elemento más significativo y ambicioso, a la par de ser el más retador y difícil, entre los que componen las estrategias de *Compliance* público y privado, pues exige mucha innovación, creatividad y sobre todo el compromiso que impone la libertad como autoregulación.

NEUROÉTICA INTEGRACIONISTA APLICADA A LA FORMULACIÓN DEL COMPLIANCE PÚBLICO

Llegados a este punto resta examinar de qué forma el concepto de ética integracionista, cuya base neurocientífica estriba en el concepto de *libertad-auto-responsable* –prolijamente defendido en este texto–, puede aportar a la formulación de los programas de cumplimiento –*Compliance Program*– precisamente en aquellos aspectos sustanciales en los que estos exceden, de la mera idea legalista del cumplimiento-formal-normativo, hasta proyectarse como potentes y auténticas herramientas para consolidar una cultura de la legalidad, la responsabilidad y el cumplimiento ético –*Ethical and Compliance Culture*– lo que a su vez demanda de una autorregulación proactiva –*Code of Conduct*– que vaya más allá de los mínimos debidos jurídicamente, para garantizar la real preminencia de los intereses perseguidos o protegidos.

Dicho esto, se hace necesario dedicar algunas líneas de exordio sobre el origen y el concepto del *Compliance*, para así comprender su ubicación, alcance y relación frente a la ética, especialmente en lo que podría ser su aplicación en el sector público, para luego de eso establecer que elementos de la neuroética integracionista pueden ser recogidos en la formulación de un programa de cumplimiento.

1.6. Exordio sobre las bases éticas y la conceptualización del Compliance: la autorresponsabilidad y autorregulación en los programas de cumplimiento públicos

En las últimas dos décadas el denominado *Compliance program* –programa de cumplimiento– de origen norteamericano, ha logrado en el derecho privado hispanoamericano una enorme aceptación como la estrategia primordial de autorregulación para la administración y control de riesgos corporativos, particularmente los relacionados con el cumplimiento normativo o regulatorio. No obstante, debe afirmarse que el *Compliance* no constituyen *per se* una formulación teórica exacta, definitiva, absoluta o completa, pero en especial, como todas las teorías foráneas, no debe ser simplemente copia o trasplantada como un ejercicio de transnacionalización del derecho, sino que debe tener

en cuenta los ajustes necesarios para compaginarse con las condiciones del contexto y de la tradición jurídica colombiana²⁴⁰.

De ahí que resulte acertado aventurar una definición instrumental de *Compliance* como aquel conjunto comparado de estrategias, instituciones y mecanismos utilizados otras latitudes y contextos, no taxativos y en permanente evolución, cuya función no se agota únicamente en servir de instrumentos prácticos para el cumplimiento de los imperativos que un determinado derecho impone a una persona jurídica en el desarrollo de su actividad –aspecto formal–, sino que trascienden al campo de la integridad, la ética, la transparencia y la cultura de la legalidad²⁴¹ –aspecto sustancial– en lo que constituye un esfuerzo de autorregulación moral más allá de los mínimos de la ley²⁴².

Por lo tanto, los programas de cumplimiento no son una prescripción estática y uniforme, sino se asemejan más a una “*caja de herramientas*” que recoge diferentes teorías y experiencias sobre métodos de control de riesgos en organizaciones, las cuales deben ser usadas como lo haría un buen obrero, es decir seleccionando las herramientas que se ajusta a la medida específica de cada reparación. Es por esto, que los programas de cumplimiento deben ser realizados a la medida de la organización, de acuerdo con los retos jurídicos, técnicos, económicos y sociales que le represente su campo de acción.

Ahora, más allá de la discusión sobre el concepto de *Compliance*, resulta importante para efectos de esta disertación el alcance del aspecto sustancial de los programas de cumplimiento, es decir: aquellos compromisos voluntarios de autorregulación que adoptan las organizaciones cuando establecen códigos éticos –que superan el mero estándar de conformidad con el derecho y trascienden en la finalidad de preservar materialmente los principios e interés legítimamente perseguidos en su sector, todo lo cual eleva la discusión al campo de la filosofía moral.

Definitivamente el aporte más relevante que se ha gestado precisamente a partir de la evolución de las técnicas de *Compliance* es el relativo a la formación de la “*cultura empresarial*” que tal y como señala SILVINA BACIGALUPO no se circunscribe únicamente al impulso colectivo del cumplimiento de obligaciones legales, sino que: “*La cultura empresarial se constituye, en definitiva, sobre los valores con los que una empresa se relaciona con el mundo circundante, por un lado, con sus stakeholders (Grennan, 2019), pero, sobre todo, supone*

240 Márquez Castelblanco, Iván David, *Tradición e imperialismo en los compromisos del Plan Colombia: Aproximación a los aspectos conflictivos de la implementación del Plea Bargain en Colombia* (Bogotá: Universidad la Gran Colombia, 2015).

241 **Carvajal Sánchez, Bernardo**, «Los programas de cumplimiento (*Compliance*) como complemento de la supervisión y regulación estatal en el derecho administrativo económico contemporáneo», en *Balances y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario - Tomo II* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023).

242 **Jiménez Vaca, José Joaquín**, *Compliance como instrumento... Ob. Cit.*, p. 75.

*la definición de la empresa como sujeto y su relación con la sociedad en su conjunto*²⁴³.

Por lo tanto, la organización se reconoce como sujeto responsable ante el sistema social del que participa, obtiene beneficios y del que en última instancia codepende –*responsabilidad social empresarial*–. Es decir, que asume una conciencia como agente dinamizador capaz de aportar bienestar a la comunidad –una especie de alteridad empresarial– por la cual ya no le es posible dirigir –exclusivamente– sus acciones comerciales basado en la optimización económica de las ganancias. No se puede pasar por alto que esta toma de conciencia es absolutamente análoga con la misma reflexión de la alteridad humana, pues en el fondo la supervivencia de la organización privada también depende de su interacción con los demás: otras empresas, el Estado y la sociedad en general; todo lo cual termina por demostrar la utilidad que una ética de los negocios –*business ethics*– ofrece.

Las bases de esta inescindible relación ética de la responsabilidad corporativa privada aparecen ya sentadas en el influyente trabajo de 1975 “*Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior*” de CHRISTOPHER D. STONE, una obra seminal para el *Compliance*. La premisa de la que parte este autor es el reconocimiento de las limitaciones que tiene la ley para regular efectivamente los comportamientos corporativos²⁴⁴, pues: i) existen vacíos normativos o lagunas propias de cualquier sistema positivo de derecho, además siempre es posible cumplir formalmente la ley sin adherirse a su espíritu más aún cuando los intereses empresariales puede influir en la creación de una deficiente legislación; ii) el derecho es en esencia reactivo –*the time-lag problem*– pues se centra en la consecuencia (derecho sancionatorio) y no en atacar las causas subyacentes del problema, por lo que llega tarde para prevenir el daño, especialmente en el contexto empresarial donde el rápido desarrollo tecnológico supera a la legislación; iii) en una corporación se diluye la responsabilidad entre los individuos en razón a las decisiones colectivas lo que dificulta la atribución de responsabilidad; y iv) las sanciones económicas –no se había pensado aún en la responsabilidad penal de las personas jurídicas– pueden no tener la entidad para disuadir el *misconduct* de las empresas, pues estas pueden incluirlas dentro de sus costos operativos. A partir de esto STONE sentencia:

“Hay algo grotesco—y socialmente peligroso—en alentar a los gerentes corporativos a creer que, hasta que la ley les diga lo contrario, no tienen responsabilidades más allá de la ley y sus impulsos (ya sea que esos impulsos surjan del id o del balance financiero). No alentamos a los seres humanos a suponerlo. Y los peligros para la sociedad parecen aún más agudos cuando se trata de corporaciones (...) En el sistema actual, como he observado, los directores no quieren escuchar sobre estos

243 **Bacigalupo, Silvina**, «Compliance», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad* 21 (2021): 260-76.

244 **Stone, Christopher D.**, *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior* (New York: Harper & Row Publishers, 1976). pp. 93 y ss.

*problemas sórdidos (a menos que, como me dijo un ejecutivo, hayan llegado a las portadas del New York Times)."*²⁴⁵

Efectivamente, si la legislación como fenómeno externo a las empresas adolece de todos estos problemas, sería necesario combinar la regulación pública con la confianza y los incentivos para una cultura del comportamiento responsable del sector privado –*Corporate Responsibility*– a efectos de que se autorregulen²⁴⁶ en el marco de la ley, lo que asienta la piedra angular del *Compliance* moderno. Un ejemplo ilustra perfectamente esto: si una farmacéutica tiene acceso en tiempo real a los avances tecnológicos en la producción de vacunas, pues es precisamente la compañía que está desarrollando la tecnología de punta en esa materia, no es claro que precisamente esta quien mejor comprende los peligros de su propia actividad y por ende es la única con el conocimiento suficiente para regular, administrar y contener las eventualidades que puedan presentarse en su actividad de riesgo.

Ahora, la pregunta sería ¿por qué se autorregularía conociendo la imposibilidad de la regulación pública? La respuesta estaría en dos frentes: 1) en las afectaciones de carácter económico y reputacional que se pueden producir como consecuencia de la materialización de riesgos asociados a su actividad, así como en las consecuencias jurídicas negativas que se pueden derivar de este; y 2) en la convicción ética que forma una cultura de responsabilidad corporativa basada no exclusivamente en las repercusiones negativas de sus actos, sino particularmente en los beneficios sociales que trae su liderazgo positivo en el sector. De este segundo elemento se deriva la regla de oro del *Compliance*: “Haz lo correcto, no solo lo exigido”.

Desde la perspectiva del derecho administrativo, esta posibilidad de autorregulación se produce a través de lo que la doctrina denomina el “*soft law público-privado*” fenómeno en el cual el Estado dentro de los márgenes de la regulación pública imperativa permite o delega expresiones normativas particulares depositadas en operadores privados con la finalidad de que estos se autolimiten²⁴⁷. Así mismo, desde el subsistema jurídico del derecho regulatorio, tan importante para el derecho corporativo, recomiendan los influyentes autores ROBERT BALDWIN y MARTIN CAVE la aplicación de la autorregulación reforzada –*enforced self-regulation*– en la cual existe una supervisión estatal a la que está sometida la aprobación y ciertos grados de control sobre las disposiciones autorreguladas²⁴⁸.

245 Traducción propia: **Stone, Christopher D.**, *Where the Law Ends...* Ob. Cit., pp. 94 y 163.

246 **Stone, Christopher D.**, *Where the Law Ends...* Ob. Cit., p. 112. “*Trusting to responsible behavior through some measure of self- control is often a preferable solution to some of the most difficult and perhaps otherwise insoluble problems of social organization*”.

247 **Franco Fuquen, Natalia Rocío y Manuel Alberto Restrepo Medina**, *Autoridades regulatorias, soft law administrativo y jurisprudencia* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2021). p. 64.

248 **Baldwin, Robert y Martin Cave**, *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice* (Oxford: Oxford University Press, 1999). p. 39.

Se deriva entonces el *Compliance* como una autorregulación regulada –*self-regulation*– en la cual, cumpliendo con los mínimos legales, las corporaciones tienen la libertad de crear una cultura del autogobierno²⁴⁹ que fije: estándares más exigentes, códigos de ética para el logro de los valores institucionales, mecanismos de control y disciplina, mapas de riesgo y asignación de responsables para una debida diligencia de las contingencias y eventualidades, promoción y reconocimientos a los comportamientos positivos, mecanismos para activar reportes y denuncias, entre muchas otras posibilidades.

Esta autorregulación con un profundo contenido moral supera el clásico paradigma positivista de la eficacia del derecho basado exclusivamente en el temor al castigo²⁵⁰ –prevención general negativa– y lo sustituye por motivaciones de carácter ético, punto donde precisamente resultan protagónicas las reflexiones vertidas en los subcapítulos anteriores. Además, también dota a las personas jurídicas de instrumentos para demostrar –llegado el caso– una debida diligencia en el actuar de la institución que pueda servir de defensa para descargar la responsabilidad jurídica por actos imputables la conducta independiente de sus miembros, como ya ha sido recogido por ejemplo en la legislación penal española con la reforma del 2015 que agregó a las causales de exención de responsabilidad de las entidades el demostrar la implementación de programas de cumplimiento normativo²⁵¹.

Finalmente, frente al panorama expuesta en la primera parte, que refleja los visos aún vigentes de una cultura del positivismo formalista que repele la consideración ética en el derecho en general –aminorada por el constitucionalismo principialista–, resulta interesante analizar el fenómeno contemporánea a partir de la cual los discursos sobre *Compliance* en el sector privado han venido permeando la discusión de administración de riesgos en el sector público, especialmente en lo que tiene que ver con riesgos de corrupción²⁵² y por esa vía han introducido con fuerza el debate sobre la ética en el sector público, lo cual no deja de ser paradójico pues, siguiendo a HEGEL, la ética es un concepto immanente a la propia idea de Estado representada de la máxima eticidad: “*El Estado es la realidad de la idea ética*”²⁵³.

Así pues, el *public Compliance* se ha convertido en la punta de lanza a través de la cual se ha reavivado vigorosamente el debate sobre la ética pública en el sector Estatal, escapando con ello al duro corsé de legalismo que había apresado la necesaria libertad responsable, reflexiva y creativa de los servidores públicos. Si bien, otrora limitados a la mediocre interpretación de hacer solo lo que les estaba “legalmente” permitido –obediencia ciega–

249 **Latour “LT” Lafferty**, «Ethics and Culture: Strategies for Risk Mitigation», en *The complete Compliance and Ethics Manual* (Minneapolis: Society of Corporate Compliance and Ethics, 2014). p. 3.323

250 **Carvajal Sánchez, Bernardo**, Los programas de cumplimiento... *Ob. Cit.*, p. 57.

251 **Bacigalupo, Silvina**, Compliance... *Ob. Cit.*, p. 264.

252 **Henao Cardona, Luis Felipe y Carlos Guillermo Castro Cuenca**, *Compliance: prevención de la corrupción pública y privada* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020). 175 y ss.

253 **Hegel, Georg Wilhelm Friedrich**, *Filosofía del Derecho*... *Ob. Cit.*, p. 212.

hoy poseen suficientes herramientas para hacer de sus actos de servicio una fuerza moral *optimizadora* de los principios y finalidades constitucionales a ellos encomendadas, garantizando así la preservación y buen funcionamiento del Estado a través de erigir una cultura del cumplimiento y de la ética de lo pública, por demás urgente para los tiempos de crisis por lo que atraviesan la supremacía del bien común, la garantía de los derechos humanos y la legitimidad del sistema democrático ante los embates del extremismo libertario, individualista y antiestatista.

1.7. Aportes de la neuroética integracionista en la formulación de los programas de cumplimiento y ética pública

En la búsqueda de un enfoque integrador de la ética que pueda superar una comprensión limitada de los programas de cumplimiento como meros deberes formales de observancia normativa, cuya única motivación subjetiva estribe en un sistema de consecuencias negativas basadas principalmente en el castigo y por ende con muy poca efectividad en la prevención real de conductas –paradigma iuspunitivita-positivista moderno–, resulta fundamental enriquecer la discusión de derecho de *Compliance* a través de una visión más holística que las neurociencias del comportamiento moral. Este enfoque permite no solo el desarrollo de un marco normativo efectivo, sino también la promoción de una autorregulación ética basada en la comprensión de los procesos cognitivos y emocionales que subyacen a la toma de decisiones.

La propuesta de una neuroética integracionista como una formulación teórica multicomprendiva –sostenida en la presente investigación– pretende conectar los hallazgos de la neurociencia con las tradiciones filosóficas morales clásicas y modernas, ofreciendo con ello una herramienta poderosa para la construcción de programas de cumplimiento que tengan como finalidad primordial prevenir la transgresión de expectativas éticas y normas jurídicas a través de la promoción del actuar virtuoso de los servidores y colaboradores del Estado, así como también influir con estas prácticas en los particulares –*Stakeholders*–. Este enfoque parte de la premisa neurocientífica de que la capacidad de los individuos para tomar decisiones éticas no es meramente el resultado de una obediencia ciega al cumplimiento de normas externas, sino que está profundamente influenciada por diversos y complejos procesos neurocognitivos de los que proviene el carácter moral.

De ahí que, en primera medida, sea posible justificar comprender la existencia de los programas de cumplimiento –*Compliance*– como un desarrollo natural del reconocimiento del propio concepto de libertad-auto-responsable que se soporta en los aludidos descubrimientos de las neurociencias contemporáneas. Esto es así porque el ser humano tiene la capacidad cognitiva de dirigir su propia voluntad cuando se esfuerza en un ejercicio consiente –Sistema 2– de la toma de sus decisiones, razón reflexiva a partir de la cual puede crear e imponerse a sí mismo reglas de conducta. Este fenómeno que fija el alcance real del libre albedrío humano, genera consecuentemente y a nivel de reflexión

colectiva la propia idea del derecho como enunciados con pretensión normativa que obedecen a simplificaciones racionales generalizadas –heurísticos²⁵⁴ para predeterminar la buena conducta de las personas en sociedad – norma subjetiva de determinación– y que a una escala colectiva menor – organizaciones de individuos– y utilizando el mismo dispositivo deontológico-epistémico, pueden producir la idea de autoregulación regulada que explica la genealogía neuroética de los programas de cumplimiento –*Compliance*–.

Dicho esto, corresponde continuar verificando que elementos de una neuroética integracionista pueden ser usado de forma práctica para la formulación de programas de cumplimiento, no sin antes precisar que el éxito de este ensamble teórico se encuentra en reconocer que ciertas teorías que en principio pueden llegar a parecer contradictorias o irreducibles sintéticamente, pueden ser integradas si su aplicación se entiende parcial y multiabarcativa al tener enfoques diferenciados frente a determinados individuos o circunstancias temporales o modales, verbigracia: el individuo que obra de forma virtuosa sin tener expectativa alguna de recompensa o castigo más allá del buen servicio público, y el individuo que obra por utilidad dirigiendo su conducta a la maximización de beneficios. En ambos casos, se requerirá que los programas de cumplimiento creen diversos escenarios o condiciones de motivación que puedan cubrir los intereses de estos sujetos.

Así pues, un programa de cumplimiento público –*public Compliance*– con elementos de la ética de las virtudes, deberá adoptar medidas para una buena selección de los servidores y colaboradores del gobierno, especialmente en actividades de control, que tengan un altísimo compromiso ético por los valores y fines sociales que este persigue. No puede pasarse por alto que finalmente el Estado está compuesto esencial y exclusivamente por personas²⁵⁶ –cuadros administrativos burocráticos– por lo tanto, el éxito de la gran organización estatal depende siempre de la virtud de sus servidores públicos, como afirma PLATÓN deben ser los mejores en excelencia y puestos a permanente prueba²⁵⁷, especialmente para garantizar su idoneidad en el rol de lo público, pues la justicia en una república depende de que cada uno haga lo que tiene que hacer, por lo que el gobernante deber ser gobernante y no un comerciante²⁵⁸, de ahí que la motivación principal de las autoridades públicas no debe ser el enriquecimiento particular sino el honor del servicio público, a fin de no distorsionar en su propio rol.

Sin embargo, sabiendo lo difícil que es esta tarea y las profundas reformas que en materia de carrera administrativa y acceso a altos cargos del Estado requieren hacerse, un programa de cumplimiento debería como mínimo crear

254 Es decir, reglas prácticas o atajos mentales que ayudan a la tomar rápida e interiorizada de decisiones.

255 **Kahneman, Daniel**, *Pensar rápido, pensar despacio...* Ob. Cit., pp. 76 y ss.

256 **Weber, Max**, *Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, trad. Medina Echavarría, José et al. (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002). p. 176.

257 **Platón**, *La república o de lo justo...* Ob. Cit., pp. 76 y ss.

258 **Platón**, *La república o de lo justo...* Ob. Cit., p. 79.

mecanismos para seleccionar con los más altos estándares a quienes estén encargados de su control y por supuesto también el nombramiento de la alta dirección y órganos de gobierno en una organización, los cuales generalmente son de libre nombramiento y remoción por lo que es posible, si hay autentica responsabilidad con el *Compliance*, aplicar altos criterio de mérito e integridad en su selección. Además, debe implementarse una política con el cumplimiento normativo y ético a partir del cual se haga una manifestación categórica de la convicción y el compromiso de estos servidores en dirigir sus actuaciones de manera virtuosa, tomando como derrotero los valores institucionales y los máximo principios morales a favor del interés público del Estado²⁵⁹.

Ahora bien, tal vez el aporte más significativo que una neuroética de las virtudes puede ofrecer al *Compliance* es la idea propia de la plasticidad en la formación del carácter de los individuos, es decir la idea de que son las acciones las que determinan el ser y no un ser innato lo que determina las acciones, por lo tanto, la tarea más importante de los programas de cumplimiento se encuentra en la promoción de una cultura de la legalidad y buen actuar, bajo la idea de que la repetición de actos morales –hábitos– puede reforzar y transformar los circuitos neuronales asociados con el comportamiento ético de los individuos. El éxito entonces del *public Compliance* desde esta perspectiva no está en el cumplimiento frío y formal de normas jurídicas, sino en procurar las condiciones para que empleados y colaboradores públicos, de manera vivencial puedan reflexionar permanentemente sobre el rol que cumplen e interiorizar así normas éticas, virtudes y valores que materialicen su razón de ser como instrumentos para la consecución de las finalidades del Estado, comprendiendo con ello el enorme honor que significa la noble tarea de la alteridad social que les ha sido encomendada.

Sobre esto último, los modelos de cumplimiento deberían incluir un portafolio permanente de estrategias creativas que promuevan el ejercicio virtuoso en el servicio público como, algunas de las estrategias que se podrían deducir de este enfoque son:

1. Educación dirigida no solo a la obtención de conocimientos técnicos, sino particularmente a formar y ejercitar el “*uso práctico de la recta razón*” que dote la conciencia de los servidores públicos de saberes vivenciales para abordar adecuadamente los retos cotidianos de su labor.

259 Como ejemplo de esta manifestación tómesese en cuenta el primer componente del Modelo de Gestión Jurídica Anticorrupción” de Bogotá establecido en el Decreto 610 de 2022 que señala: “Artículo 9º.- *Política de cumplimiento Normativo. La política de cumplimiento normativo consiste en la manifestación expresa y solemne que deberá realizar cada integrante de la alta dirección o de los órganos de gobierno de cada entidad sobre su compromiso irrestricto y convicción permanente de cumplir todas las normas jurídicas de integridad, transparencia y lucha contra la corrupción administrativa y en especial observar un comportamiento coherente con los máximos principios éticos del buen servicio público.*”

2. Creación de espacios de reflexión donde se puedan discutir y analizar dilemas morales, y comprender la importancia y las consecuencias que su servicio general en la sociedad.
3. Conformar círculos de apoyo para acompañar y fortalecer la motivación ética de los servidores.
4. Promover la información, insumos y en general una política de comunicación que aliente arquetipos positivos sobre la virtud del servicio público para contrarrestar los estereotipos sociales que propugnan por una cultura del atajo y que han construido el imaginario de que en el servicio público es generalizado o se debe aprovechar, abusar o desviar los intereses colectivos para fines particulares.
5. Incentivos morales que apelen principalmente al reconocimiento y exaltación del honor por el buen servicio público.
6. Permitir, promover y facilitar en los servidores públicos una iniciativa creativa y de autorregulación, que, para ir más allá de los meros deberes formales, les aliente a desarrollar actos supererogatorios que implementen buenas prácticas y códigos de conducta ética a partir de los cuales se garanticen la materialización permanente y real de los principios y valores institucionales.

Efectivamente, la neuroética integracionista subraya así la importancia de la autorregulación como un componente esencial para motivar de forma efectiva el comportamiento moral de los individuos. En lugar de depender únicamente de la coerción externa, los programas de cumplimiento deben fomentar la capacidad de los individuos para regular sus propias acciones de acuerdo con principios éticos interiorizados. Este enfoque se alinea con las teorías modernas sobre el autogobierno, la autonomía moral y la forma en que las neurociencias de comportamiento han demostrado la importancia que por ejemplo tiene la Corteza Prefrontal Dorsolateral en la toma de decisiones deliberativas, que por eso mismo resultan ser más satisfactorias y con mayor motivación para ser cumplidas que la simple imposición extrínseca que como ha sido estudiado –fenómeno de la reactancia psicológica– genera un rechazo por parte de los individuos al sentirlo como una restricción a su libertad de elección racional. Esto sugiere entonces, que los individuos son más propensos a actuar éticamente cuando perciben que sus decisiones son el resultado de un proceso de deliberación personal y no simplemente de la obediencia a una autoridad externa.

Ahora bien, a partir de la ética kantiana, comprender el programa de cumplimiento como un imperativo categórico del deber carece de bases neurocientíficas, así como consecuentemente la idea de actuar absolutamente por *mor del deber* que excluye los valores, las virtudes o los incentivos como motivadores de la conducta; lo que no significa que a través de implementar una férrea cultura del cumplimiento sea posible encontrar algunos individuos que puedan mantener una obediencia de este tipo.

Sin embargo, lo que sí sería posible rescatar es: i) la idea de que los individuos sí poseen algunos predeterminantes gnoseológicos propios de las estructuras intrínsecas del sistema neuronal que deben ser tenidos en cuenta para valorar su conducta; ii) que los seres humanos sí tienen capacidad de crear “ideas regulativas” que bajo una comprensión más metafórica pueden convertirse en imperativos categóricos, a partir de los cuales podría formularse reglas en los programas de cumplimiento, y iii) que como consecuencia del principio de supervivencia, predeterminante común en los seres vivos, y en la necesidad de la alteridad social como condición de posibilidad para esa supervivencia, la segunda formulación del imperativo categórico de KANT es una fuente neuroética confiable para motivar la conducta correcta de los individuos y establecer las reglas morales en una sociedad.

Por lo tanto, la tradición de la filosofía moral del deber a través del matiz de las neurociencias, aporta en la formulación de los programas de cumplimiento con el concepto de “*ideas regulativas*”, esto es: que los individuos pueden ir más allá de condicionantes externos e interno, y establecer auténticas normas para dirigir su conducta en sociedad a través de un ciclo que mezcla razón y percepción, lo que le permite formar un pensamiento autorreflexivo y formular conscientemente hipótesis de conducta que elevadas a imperativos morales con pretensión de universalidad permiten deducir normas de conducta obligatorias. Ahí juega un papel protagónico el –Sistema 2– que sería aquel que condensa esos imperativos de la razón reflexiva y permite un ejercicio de vigilante epistemológica. Los contenidos de un programa de cumplimiento deben por lo tanto apuntar a este alto derrotero de las ideas regulativas, pues, aunque puedan ser considerados utópicos hasta cierto punto, si comportan gran utilidad práctica, como lo demuestra la propia aplicación del segundo imperativo o imperativo de la humanidad de KANT.

Ahora bien, habrá que aceptar por supuesto, que este tipo de formación y de estímulos basados en una cultura de la virtud pública platónica o de los deberes kantianos, aunque en teoría deberían ser adecuado para colmar las expectativas de los servidores del Estado, no son –al menos– en el estado de condiciones actuales suficientes. Por lo tanto, resulta fundamental acudir también al concurso de la ética utilitaria o consecuencialista, la cual además cuenta con una importante base neurocientífica que como se expuso, viene a confirmarla especialmente en lo que corresponde a los fenómenos de motivación de la conducta individual.

Descontando entonces la largamente recorrida visión utilitaria del castigo como fuente principal de dominio de las pasiones humanas, a partir de la cual se basa en gran medida el sistema de derecho actual y algunos aspectos del *criminal Compliance*. El aporte de la ética utilitaria desde una perspectiva positiva viene a afianzar la formulación de programas de *Compliance* público en lógica de ingeniería social tomando en cuenta mecanismos de incentivos, premios y reconocimientos dirigidos a promover las conductas conforme a la ética y al derecho. Así pues, los programas de cumplimiento, entre muchas otras estrategias, podrían incluir desde esta perspectiva:

1. Incentivos que reconozcan y premien las conductas prosociales y éticas de los servidores públicos, para favorecer una cultura de la legalidad y la moralidad pública en el seno de la organización.
2. Incluir elementos de medición –*KPI Key Performance Indicators*– que permita otorgar beneficio y estímulos a los servidores públicos que hayan demostrado mejores resultados en el cumplimiento de sus deberes.
3. Incentivos y reconocimientos que alienten una cultura propositiva y de la creatividad en los servidores público, para que estos yendo más allá de sus deberes funcionales –actos supererogatorios externamente estimulados– aporte buenas prácticas e instrumentos innovadores para mejorar continuamente el servicio prestado y evitar cualquier tipo de distorsión o desviación de los intereses públicos²⁶⁰.
4. Incentivos²⁶¹ para que los propios servidores públicos, colaboradores e interesados –*Stakeholders*– alerte o denuncien sobre conductas que trasgreden la ética, prácticas corruptas o acciones disciplinarias o delictivas – *Whistleblowing*–, que permitan prevenir y evitar de forma más oportuna la materialización de riesgos en la organización.

Por lo tanto, no hay duda del enorme aporte que la neuroética integracionista agrega a la implementación de los programas de cumplimiento en el sector público, pues amplifica sus rendimientos prácticos aportando una visión más holística del problema. Esto, no solo permite un enfoque más efectivo en el cumplimiento normativo, sino especialmente promueve una cultura de la ética y responsabilidad que es fundamental para la gobernanza en el sector público, donde no se privilegia únicamente la mera evitación de riesgos e incumplimientos normativos, sino se cambia el paradigma por una promoción activa de un servicio público enfocado en un actuar virtuoso y ético que conlleva al mejoramiento continuo, a la superación de resultado y la materialización real de los fines del Estado.

260 Véase el Decreto Distrital 610 de 2022: “*Artículo 18º. Incentivos a la innovación y buenas prácticas en materia de cumplimiento normativo y lucha anticorrupción. Corresponde a las entidades y organismos distritales fomentar la implementación de buenas prácticas e iniciativas de innovación en mecanismos de cumplimiento normativo y lucha contra la corrupción que sean adelantados por sus equipos o sus servidores, servidoras públicas o colaboradores, para lo cual podrán, con observancia a las normas vigentes, establecer reconocimientos e incentivos no pecuniarios a experiencias exitosas.*”

261 Un ejemplo de esta política se puede encontrar en el Decreto Distrital 610 de 2022: “*Artículo 17º. Políticas de alerta de irregularidades (whistleblowing). (...) Para el efecto, los responsables de esta política podrán de acuerdo con la normatividad vigente, crear incentivos a favor de las personas que realicen alertas que de forma efectiva hayan contribuido a evitar la materialización de riesgos de corrupción, así como garantizar mecanismos para la protección y confidencialidad de estas personas.*”

1.8. Elementos mínimos para la formulación de programas de cumplimiento desde la neuroética integracionista

Así las cosas, un modelo de *Compliance* público desde una perspectiva de la neuroética integracionista podría incorporar algunos de los siguientes componentes:

1. **Código de ética basado en principios integracionistas:** Un código de ética que combine los principios de la ética del deber, la ética utilitaria y la ética de las virtudes. Este código debe guiar a los servidores públicos no solo en el cumplimiento de las normas legales, sino especialmente en la promoción y el compromiso con la consecución de valores como la integridad, la justicia y la responsabilidad, entre otros, que encaminen un actuar virtuoso, ya sea a través de formación reflexiva, estímulos simbólicos o incentivos materiales.
2. **Capacitación continua en los mecanismos neuronales de toma de decisiones con enfoque ético:** Programas de capacitación regulares que expliquen los procesos cognitivos y emocionales que influyen en la toma de decisiones y el reconocimiento de la libertad-auto-responsable, a partir de la cual los servidores públicos se acostumbren a mantener una vigilancia epistémica permanente sobre sus propios actos. Esto contribuirá a formar un carácter ético sólido y aumentará la capacidad de los funcionarios para tomar decisiones éticas en situaciones complejas.
3. **Sistemas de incentivos positivos basados en resultados:** Desarrollo de un sistema de incentivos que premie no solo el cumplimiento normativo, sino también fomente el comportamiento virtuoso y ético. Estos incentivos podrían incluir reconocimientos públicos, oportunidades de desarrollo profesional y otras recompensas que refuercen el comportamiento ético, especialmente aquellos que promuevan el desarrollo de habilidades creativas y de innovación en los participantes para la generación permanente de buenas prácticas y mecanismos que reduzcan o eviten situaciones que favorecen la producción de riesgos jurídicos, éticos y de corrupción.
4. **Mecanismos de evaluación y retroalimentación ética:** Implementación de herramientas y procesos que permitan evaluar continuamente el comportamiento ético de los funcionarios y proporcionar retroalimentación constructiva. Esto incluye encuestas de percepción ética, revisiones de desempeño ético y auditorías internas enfocadas en la ética.
5. **Integración de la ética en la evaluación de riesgos:** Incluir un enfoque ético en la evaluación de riesgos, considerando no solo el impacto legal y financiero, sino también los riesgos éticos que podrían surgir en la toma de decisiones. Esto ayudará a identificar y mitigar

comportamientos que, aunque no sean ilegales, podrían perjudicar a la organización y sus valores, resultar éticamente cuestionables o facilitar conductas ilegales de terceros.

- 6. Fomento de la cultura de la transparencia y la rendición de cuentas:** Promover una cultura de transparencia donde los funcionarios estén motivados a actuar de manera abierta y honesta. La rendición de cuentas debe ser un pilar central, asegurando que todos los niveles de la organización pública sean responsables de sus decisiones y acciones.
- 7. Creación de espacios para la reflexión ética:** Establecer foros, seminarios y talleres donde los servidores públicos puedan discutir dilemas éticos y compartir experiencias sobre la toma de decisiones éticas en el ejercicio de sus funciones. Estos espacios permitirán una reflexión profunda y la construcción de una comunidad ética dentro de la institución.
- 8. Aplicación de la neurociencia para la modificación de conductas:** Implementar programas basados en neurociencia que busquen modificar conductas y promover hábitos éticos. Esto puede incluir técnicas como el “nudging” para dirigir a los funcionarios hacia decisiones más éticas de manera subconsciente y otras estrategias que, al crear una cultura de la legalidad, tengan impactos duraderos en el comportamiento de los individuos a través de la plasticidad cerebral y de la programación de heurísticos que generen respuestas éticamente idóneas de manera más automática.
- 9. Mecanismos de denuncia, protección e incentivos a informantes:** Establecer canales seguros y confidenciales para que los funcionarios puedan denunciar conductas no éticas sin temor a represalias. Además, estos mecanismos deben contemplar un sistema de beneficios que incentive la cultura de la denuncia y mecanismos de cocontrol interno: entre pares –control horizontal– y en diversos niveles jerárquicos –control vertical y vertical inverso–; así como cocontroles externos: de los ciudadanos y grupos interesados hacia el Estado –control social–.
- 10. Monitorización y actualización continua del programa:** El programa de cumplimiento debe ser dinámico, con una monitorización constante que permita identificar nuevas áreas de riesgo ético y adaptarse a los cambios en el entorno. La actualización regular del programa asegurará que siga siendo relevante y efectivo en la promoción de una cultura ética sólida, lo cual se podría garantizar con el impulso de los beneficios por innovaciones públicas efectivas.

CONCLUSIONES: El *Compliance* público como una ventana de oportunidad para la consolidación de una cultura ética en el Estado

En estas páginas, se ha sostenido una idea de ética como una dimensión humana esencial que debe guiar el derecho y, por supuesto, los programas de cumplimiento –*Compliance*–. Esta perspectiva es crítica con la separación entre derecho y moral promovida por el positivismo jurídico, que limita el derecho a un estudio objetivo de las normas, excluyendo consideraciones de justicia y moralidad que son fundamentales para abordar efectivamente problemas como la corrupción, la ineficacia administrativa y la desconfianza en las instituciones democráticas. Por lo tanto, se subraya la importancia de reintroducir una ética de las virtudes en el derecho público, superando el enfoque punitivista y promoviendo la excelencia y el buen carácter moral de los servidores públicos.

En esta línea, se realizó un ejercicio de escepticismo moral que permitió deducir de los tres grandes enfoques éticos: deontología (ética del deber), consecuencialismo (ética utilitaria) y sustancialismo (ética de las virtudes); aquellos principios que podrían articularse con los programas de cumplimiento para formular una propuesta robusta que dote de contenido el componente de cultura ética, considerado el elemento más novedoso y complejo de las teorías contemporáneas sobre *Compliance* en general.

A partir de este análisis, se concluyó la importancia medular de que el Estado cuente con servidores públicos poseedores de un recio carácter moral, dedicados a la realización habitual de actuaciones virtuosas que lleven a la concreción de los valores éticos superiores que persigue el sistema político, sin desconocer con esto la necesidad de incentivar, utilitariamente, una cultura de la legalidad que favorezca no solo intrínseca, sino extrínsecamente la virtud del servidor público.

Además, a partir de descubrimientos neurocientíficos, especialmente relacionados con las teorías compatibilistas del libre albedrío, como la plasticidad cerebral, la epigenética, la función de las neuronas espejo, los marcadores somáticos, el sistema de recompensas dopaminérgicas o los sistemas de cognición dual —entre muchos otros—, fue posible sostener como científicamente válidos principios éticos que respaldan la capacidad del ser humano de modificar sus hábitos de conducta a través del ejercicio de las virtudes, es decir, la negación del determinismo humano; la justificación de la alteridad social como una necesidad neurobiológica para la supervivencia y evolución de los seres vivos, base del segundo imperativo categórico de Kant; y, por supuesto, la verificabilidad de los incentivos conductistas positivos y su utilidad en la dirección de las acciones de los individuos conforme a finalidades éticas.

Con todo lo anterior, fue posible no solo deducir unos principios éticos integracionistas derivados de las tres grandes tradiciones de la filosofía moral (virtud, deber y utilidad), que puedan ser utilizados en la formulación del componente ético del *Compliance* en el sector público, sino también someter

dichos principios a la validación de los descubrimientos contemporáneos de las neurociencias, de modo que cuenten con un sustrato real que permita deducir su mayor probabilidad de acierto en la conducción de las acciones humanas, pretensión esencial de todo derecho y, por supuesto, de los programas de cumplimiento como expresiones de autorregulación regulada.

En conclusión, para mejorar el cumplimiento normativo en el sector público y fortalecer la confianza en las instituciones, es esencial que los programas de cumplimiento adopten una perspectiva interdisciplinaria que integre los enfoques éticos que fueron desarrollados, con los aportes de la neurobiología en el campo de las ciencias del comportamiento. La investigación expone así un conjunto de principios derivados de la neuroética integracionista, que pueden ofrecer buenos resultados en la aplicación del *Compliance*, especialmente desde la perspectiva estatal. Además, propone diez componentes que un programa de cumplimiento debería incorporar como resultado de una aplicación integral de la ética desde la perspectiva neurocientífica.

Finalmente, no se puede dejar de lado que la implementación del *Compliance* público, especialmente desde una perspectiva ética, cierra un círculo virtuoso que se suma a los avances consolidados en el sector privado en las últimas décadas en materia de cumplimiento normativo, responsabilidad social empresarial y ética privada. Todo esto generará una sinergia que se potencia al establecer un sistema de doble control —de lo público a lo privado y viceversa—, lo que abre un campo de posibilidad y esperanza en tiempos de crisis para las instituciones públicas, afectadas por el amplio fenómeno de la corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

- Abbagnano, N. (1978). *Historia de la Filosofía Vol. I*. Traducido por Estelrich, Juan y J. Pérez Ballestar. Barcelona: Montaner y Simona.
- Adolphs, R., Tranel, D. Damasio, H. y Damasio. A. (1995). Fear and the Human Amygdala». *The Journal of Neuroscience* 15, n.º 9: 5879-91.
- Arendt, Hannah. (2008). *Eichmann en Jerusalén*. Traducido por Ribalta, Carlos. Barcelona: Penguin Random House.
- Aristóteles (2022). *Ética Nicomaquea*. Traducido por Gómez Robledo, Antonio. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Aristóteles. (2022). *Política*. Traducido por Gómez Robledo, Antonio. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Austin, John. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*. Traducido por Páramo Argüelles, Juan Ramón De. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bacigalupo, Silvina. (2021). Compliance. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad* 21. 260-76.
- Baldwin, R., y Cave, M. (1999). *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Bentham, J. (1985). *Fragmento sobre el gobierno*. Traducido por Larios, Julián. Madrid: Sarpe editores.
- Bentham, J. (1991). *Introducción a los principios de la moral y la legislación*. Traducido por Hernández Ortega, Gonzalo y Montserrat Vancells. *Bentham - Antología*. Barcelona: Ediciones Península.
- Bentham, J. (1823). *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo I*. Traducido por Salas, Ramon. París: Masson e Hijo.
- Bentham, J. (1823). *Tratado de legislación Civil y Penal - Tomo IV*. Traducido por Salas, Ramon. París: Masson y Hijo.
- Berridge, K., y Robinson, T. (1998). What is the role of dopamine in reward: hedonic impact, reward learning, or incentive salience? *Brain Research Reviews* 28. 309-69.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Traducido por Fernández Santillán, José. 1º ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2012). *Teoría General del Derecho*. Traducido por Guerrero R., Jorge. Bogotá: Editorial Temis.
- Bohare, N. (2024). Exploring the Role of Epigenetic Modifications in Criminal Behavior: Implications for Prevention and Intervention. *International Journal of Innovative Research in Technology and Science* 12, n.º 2.
- Borbón, D. (2021). Incompatibilismo humanista: Una contrapropuesta del neuroaboliciónismo penal. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 45. 46-72.

- Camps, V. (2013). *Breve historia de la ética*. Barcelona: RBA Editores.
- Carvajal Sánchez, B. (2023). Los programas de cumplimiento (*Compliance*) como complemento de la supervisión y regulación estatal en el derecho administrativo económico contemporáneo. *Balances y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario - Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cicerón, M. (1962). *De los deberes*. Traducido por Estrada, Baldomero. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cicerón, M. (1987). *Del supremo bien y del supremo mal*. Traducido por Herrero Llorente, Víctor-José. Madrid: Editorial Gredos.
- Comte, A. (1980). *Discurso sobre el espíritu positivo*. Traducido por Marías, Julián. Madrid: Alianza Editorial.
- Cortina, A. (1989). Estudio preliminar a la metafísica de las costumbres. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Cortina, A. (2012). *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Cortina, A. (2012). *Neuroética y neuropolítica. Sugerencias para la educación moral*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Cortina, A. y Martínez, E. (2001). *Ética*. Madrid: Akal Editores.
- Damásio, A. (1999). *El error de Descartes: La emoción, la razón y el cerebro humano*. Traducido por Jacomet, Pierre. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- Damásio, A. (2011). *En busca de Spinoza: Neurobiología de la emoción y los sentimientos*. Traducido por Ros, Joandomenec. Barcelona: Ediciones Destino.
- Damásio, A. ((2000). *Sentir lo que sucede: cuerpo y emoción en la fábrica de la consciencia*. Traducido por Jacomet, Pierre. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- Dussel, E. (2016). *14 tesis de ética: Hacia la esencia del pensamiento crítico*. Madrid: Editorial Trotta.
- Eagleman, D. (2018). *Incógnito: las vidas secretas del cerebro*. Traducido por Alou, Damià. Barcelona: Editorial Anagrama.
- Epicuro. (1995). *Carta a Meneceo*. Traducido por Jufresa, Montserrat. Obras. Barcelona: Altaya Editores.
- Foucault, M. (2000). *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Traducido por Morey, Miguel. Madrid: Alianza Editorial.
- Franco Fuquen, N., y Restrepo Medina, M. (2021). *Autoridades regulatorias, soft law administrativo y jurisprudencia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Freud, S. (1948). *El «YO» y el «Ello»*. Traducido por López-Ballesteros y de Torres, Luís. *Obras Completas Vol. I*. Madrid: Editorial Bibiloteca Nueva.

- Friedrich, C. (1997). *La filosofía del derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Fuster, J. (2014). *Cerebro y libertad: Los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir*. Traducido por Soler Chic, Joan. Barcelona: Editorial Planeta.
- Gómez Pavajeau, C. (2011). *La dógmatica jurídica como ciencia del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau, C. y Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2022). *Epistemología y teoría del delito: Aprendiendo de la física y las neurociencias - De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez Pavajeau, C. y Molano López, M. (2007). *La relación especial de sujeción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2020). La formación de hábitos y el libre albedrío». En *Opúsculos de neuroantropología filosófica*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2020) Neurociencias y libre albedrío». En *Opúsculos de neuroantropología filosófica*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Habermas, J. (1992). *La reconstrucción del materialismo histórico*. Traducido por Muñiz, Jaime Nicolás y Ramón García Cotarelo. Madrid: Taurus Ediciones.
- Hawking, S. y Mlodinow, L. (2018). *Brevísima historia del tiempo*. Traducido por Jou, David. Bogotá: Editorial Planeta.
- Hegel, G. Friedrich, W. (1968). *Filosofía del Derecho*. Traducido por Mendoza de Montero, Angélica. Buenos Aires: Editorial Claridad.
- Henao Cardona, L. y Castro Cuenca, C. (2020). *Compliance: prevención de la corrupción pública y privada*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Hume, D. (2014). *Investigación sobre los principios de la moral*. Traducido por Mellizo, Carlos. Madrid: Alianza Editorial.
- Ihering, R. (1993). *La lucha por el Derecho*. Traducido por González Posada, Adolfo. Sao Paulo: Editorial Heliasta.
- Jaén, M. (2015) ¿Qué debemos hacer? un principio único para la moral». En *Kant ¿Qué podemos saber y qué debemos Hacer?* Madrid: RBA Editores.
- Jiménez Vaca, J. (2020) *Compliance* como instrumento al servicio de la integridad y la ética pública. En *Guía práctica de Compliance en el sector público*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Kahneman, D. (2023). *Pensar rápido, pensar despacio*. Traducido por Chamorro, Joaquín. Ciudad de México: Debate.

- Kant, I. (2013). *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?* Traducido por Aramayo, Roberto. *¿Qué es la ilustración? y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*. Madrid: Alianza Editorial.
- Kant, I. (2011). *Crítica a la razón práctica*. Traducido por Granja Castro, Dulce María. Ciudad: Fondo de Cultura Económica.
- Kant, I. (2018). *Crítica a la razón pura*. Traducido por García Morente, Manuel y Manuel Fernández Nuñez. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Kant, I. (1996). *Crítica de la razón práctica*. Traducido por Miñana y Villagrasa, Emilio y Manuel García Morente. Barcelona: Círculo de Lectores.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Traducido por Aramayo, Roberto R. Madrid: Alianza Editorial.
- Kant, I. (1989). *La metafísica de las costumbres*. Traducido por Cortina, Adela. Madrid: Editorial Tecnos.
- Kant, I. (s.f.). *Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía*.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por Nilve, Moisés. 2a Ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires Eudeba.
- Laercio, D. (2007). *Vidas y opiniones de los filósofos ilustres*. Traducido por García Gual, Carlos. Madrid: Alianza Editorial.
- Lakatos, I. (1987). *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*. Traducido por Ribes, Diego. Madrid: Editorial Tecnos.
- Latour, L. (2014). Ethics and Culture: Strategies for Risk Mitigation». En *The complete Compliance and Ethics Manual*. Minneapolis: Society of Corporate Compliance and Ethics.
- Libet, B. (1999). Do We Have Free Will?» *Journal of Consciousness Studies* 6, n.º 8-9.
- Llinás, R. (2002). *El cerebro y el mito del yo: El papel de las neuronas en el pensamiento y el comportamiento humanos*. Traducido por Guzmán, Eugenia. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- MacIntyre, A. (1991). *Historia de la ética*. Traducido por Walton, Roberto. Barcelona: Paidós.
- Maquiavelo, N. (2007). *El príncipe*. Traducido por Leonetti, Eli. Madrid: Editorial Espasa Calpe.
- Márquez Castelblanco, I. (2015). *Tradición e imperialismo en los compromisos del Plan Colombia: Aproximación a los aspectos conflictivos de la implementación del Plea Bargain en Colombia*. Bogotá: Universidad la Gran Colombia.
- Mate, Reyes. (2011). *Tratado de la injusticia*. Barcelona: Anthopos.
- Mill, J. (2014). *El utilitarismo*. Traducido por Guisán, Esperanza. Madrid: Alianza Editorial.

- Mill, J. (1979). *Sobre la libertad*. Traducido por Rodríguez, Antonio. Barcelona: Ediciones Orbis.
- Monroy-Fonseca, C. y Nassar, C. (2018). *Neurociencia: La súper carretera de la toma de decisiones*. Ciudad de México: Seele Neuroscience.
- Muguerza, J. (2007). La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia». En *Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX*, editado por Gómez, Carlos. Madrid: Alianza Editorial.
- Nietzsche, F. (2009). *Más allá del bien y del mal: prelude de una filosofía del futuro*. Traducido por Sánchez Pascual, Andrés. Madrid: Alianza Editorial.
- Onfray, M. (2009). *El sueño de Eichmann: Precedido de un kantiano entre los nazis*. Traducido por Bixio, Alcira. Barcelona: Gedisa Editorial.
- Ortega-Escobar, J. y Alcázar-Córcoles, M. (2014). Neurobiología de la agresión y la violencia». *Anuario de Psicología Jurídica* 26(1). 60-69.
- Ortigosa, A. (2021). Reflexión y concepto en Hegel. Una aportación a las raíces kantianas de la Ciencia de la Lógica». *Con-Textos Kantianos International journal of philosophy* 13.
- Owen, J. (2006). *Nuremberg: el mayor juicio de la historia*. Traducido por Belmonte, Encarna. Barcelona: Crítica Editores.
- Pettit, P. (1995). El consecuencialismo. *Compendio de ética*. Madrid: Alianza Editorial.
- Platón. (2001). *La república o de lo justo*. Traducido por C.M.B. 27º ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Pohlenz, M. (2022). *La Stoa: Historia de un movimiento espiritual*. Traducido por Mas, Salvador. Bogotá: Taurus Ediciones.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. Traducido por González, María Dolores. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rosario, D. (2019). *El libro que tu cerebro no quiere que leas: Cómo reeducar el cerebro para ser más feliz y vivir con plenitud*. Madrid: Ediciones Urano.
- Sánchez-Navarro, J. y Román, F. (2004). Amígdala, corteza prefrontal y especialización hemisférica en la experiencia y expresión emocional». *Anales de psicología* 20(2). 223-40.
- Sapolsky, R. (2023). *Determined: a science of life without free will*. New York: Penguin Random House.
- Sartre, J. (2004). *El existencialismo es un humanismo*. Traducido por Praci de Fernández, Victoria. Barcelona: Edhasa Ediciones.
- Sartre, J. (1993). *El ser y la nada: Ensayo de ontología fenomenológica*. Traducido por Valmar, Juan. Barcelona: Ediciones Altaya.
- Sartre, J. (1967). *San Genet Comediante y mártir*. Traducido por Echavárri, Luis. Buenos Aires: Editorial Losada.

- Schultz, W. (1998). Predictive reward signal of dopamine neurons. *Journal of Neurophysiology* 80. 1-27.
- Séneca. (2002). *Sobre la brevedad de la vida*. Traducido por Azagra, J. Madrid: Biblioteca Edaf.
- Séneca. (2002). *Sobre la felicidad*. Traducido por Azagra, J. Madrid: Biblioteca Edaf.
- Sigman, M. (2015). *La vida secreta de la mente: Nuestro cerebro cuando decidimos, sentimos y pensamos*. Buenos Aires: Debate.
- Spinoza, B. (2000). *Ética demostrada según el orden geométrico*. Traducido por Domínguez, Atilano. Madrid: Editorial Trotta.
- Stone, C. (1976). *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior*. New York: Harper & Row Publishers.
- Störig, H. (2012). *Historia Universal de la Filosofía*. Traducido por Gómez Ramos, Antonio. Madrid: Editorial Tecnos.
- T. de George, R. (2011). A history of Business Ethics». En *Values and ethics for the 21st Century*. España: BBVA.
- Tomasello, M. (2019). *Una historia natural de la moralidad humana*. Traducido por Posada, María Candelaria y María del Mar Ravassa. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Waal, F. (2014). *El bonobo y los diez mandamientos: En busca de la ética entre los primates*. Traducido por García Leal, Ambrosio. Ciudad de México: Tusquets Editores.
- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. Traducido por Medina Echavarría, José, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez, y José Ferrater Mora. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal - Parte General*. Traducido por Fontán Balestra, Carlos. Buenos Aires: Roque Depalma Editores.
- Welzel, H. (1979). *Introducción a la filosofía del derecho - derecho natural y justicia material*. Traducido por González Vicen, Felipe. Madrid: Ediciones Aguilar.
- Wise, Roy A. (2004). Dopamine, learning and motivation. *Nature Reviews* 5 (2004): 1-12.
- Zaffaroni, E. (2017). *Doctrina penal nazi - Dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*. Buenos Aires: Ediar Editores.

CAPÍTULO 2

EL COMPLIANCE: RESPONSABILIDAD DEL CIUDADANO DEL MUNDO SU DODECÁLOGO CONSTITUTIVO

Carlos Arturo Gómez Pavajeau y María Marta Gómez Barranco

Introducción

Las primeras directivas o guías de conducta humana son el Tabú y el Mito, a las cuales preferimos llamarlas protonormas, como un estado previo a la conversión del concepto en norma, no coincidente éste con el de enunciado o texto jurídico necesariamente¹. La Corte Constitucional en sentencia C-325 de 2021 tiene establecido que existe una distinción entre los enunciados legales, que responden a la letra de la ley y las normas jurídicas, pletóricas de significado, esto es, existe por tanto “una `distinción entre disposición o enunciados y normas jurídicos´ (sentencias C-192 de 2017 y C-312 de 2017).

En tal sentido, una disposición o enunciado jurídico corresponde al texto en que una norma es formulada. Aquellos también se encuentran en fragmentos más pequeños de un texto legal, como oraciones o palabras individuales, siempre que incidan en el sentido que se puede atribuir razonablemente a cada disposición. Por su parte, las normas no son los textos legales sino su significado. Aquel solo puede hallarse por vía interpretativa y, en consecuencia, a un solo texto legal pueden atribuírsele (potencialmente) diversos contenidos normativos”.

A partir de los anteriores derroteros, examinaremos brevemente la historia de la responsabilidad en el devenir de la civilización humana, teniendo como punto de partida la idea de lo que hoy para el mundo jurídico significa la institución del Compliance adoptado por Colombia a partir de la Ley 2195 de 2022, de lo cual surge la idea de la “*responsabilidad del ciudadano del mundo*” a la manera en que los estoicos visualizaron el tránsito del Estado-Ciudad

1 Para el efecto cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero. *Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 133 y ss.

al Estado-Imperio griego, lo que modernamente, obviamente cualitativa y cuantitativamente más significativo, aparece, con el paso del Estado-Nación al Mundo Globalizado o Aldea Global, expresión acuñada en los años sesenta del siglo XX por el sociólogo canadiense Marshall McLuhan.

Los estoicos hablaron de lo cosmopolita como aquello que denota ser ciudadano del mundo, lo que refleja la necesidad de plantear y practicar “una lealtad moral más importante [frente y ante] el conjunto de la humanidad”, era preciso desarrollar un sentido de pertenencia global, en tanto nos unen muchas cosas con los demás del resto del mundo, en tanto y cuanto “*nada de lo humano me es ajeno*”, lo que facilitaba y propiciaba la igualdad. Por ello se plantea, muy apropiadamente, que “una identidad es más legítima dependiendo de los términos de inclusión de su alteridad. En segundo lugar, la virtud cosmopolita significa replantear los lazos de solidaridad humana. En tiempos de globalización ser solidarios con los Otros, además de con los nuestros. Más allá de las fronteras encontramos seres humanos como nosotros”².

El estoicismo tuvo como preocupación principal la “instalación de la vida personal, en la sociedad, en el universo”, puesto que el “mundo formaba una cierta unidad con las criaturas que lo habitaban” bajo la idea del “bien obrar y la felicidad” y por virtud de nuestra naturaleza que nos hace “individuos singulares”, esto es, remata Emilio Lledó, la filosofía del estoicismo que aún vive en cada historia presente, “nos anima a confiar en el bien y en la armonía con el mundo que, fraternalmente, tenemos que habitar”³.

1. EL OBJETO DE VALORACIÓN DE LA CONDUCTA Y SU CONTENIDO EN LA EVOLUCIÓN DE LA CIVILIZACIÓN HUMANA: MULTIFACÉTICAS PERSPECTIVAS E INTEGRACIÓN PAULATINA

La pre-historia de la determinación del objeto de la valoración de la conducta y su contenido tiene origen en remotas épocas de la escala de la civilización humana, muy seguramente, identificada en primer lugar en los espacios de las llamadas épocas del Tabú *-responsabilidad grupal, generalizada y excesivamente objetivizante al no existir el concepto de individuo-* y del Mito *-responsabilidad objetivizante, menos generalizada, pero fundada en roles sociales a partir del concepto de funciones-*, pues ya con la aparición de la religión, especialmente judaica, y el logos griego que da origen a la ética de las virtudes y posteriormente a la ética del deber, comienza el aspecto subjetivo a cobrar relevancia en la estructuración de la responsabilidad del sujeto.

² *Estoicos, armonía con el cosmos* en webphilosophia.com/estrategia/estoicos-armonia-con-el-cosmos/, consultado octubre 20 de 2022.

³ En la presentación de MAX POHLENZ. *La Stoa. Historia de un movimiento espiritual*, SALVADOR MAS (Trad.), Bogotá, Penguin Random House Grupo Editorial Taurus, 2002, pp. 13 y 14.

La responsabilidad surge inicialmente como expresión de una respuesta psicológica a través de la cual se busca tranquilizar la consciencia colectiva con el castigo por las agresiones hacia el grupo, contra el grupo agresor o sentar una *vindicta* que presuponga un temor psicológico a repetir dichas agresiones por el mismo sujeto hacia el futuro o sobre otros sujetos del grupo que inmediatamente vean la respuesta directa e *in situ* contra el agresor.

El grupo es el agresor y el grupo es el agredido. La responsabilidad es absolutamente objetiva y general, colectiva o vicarial, en cuanto al responsable y la víctima no se entiende como personal o individual sino como daño al grupo, pues daña su capacidad de respuesta defensiva en una época de sociedades de la guerra. Es la época en que rige como protonorma el Tabú, donde la tabuización se produce, por virtud exclusivamente de la conducta desarrollada, independientemente de lo subjetivo, pues no cuenta el concepto personal individual y, consecuentemente, el de responsabilidad subjetiva, habida cuenta que no existía el concepto de individuo.

El “yo”, fundamento de la moderna culpabilidad se encontraba prácticamente ausente en los pueblos primitivos, especialmente en aquellos gobernados por la práctica del Tabú, razón por la cual no se conoce la responsabilidad individual⁴ y la aplicada tenía carácter automático por la obediencia incontestable, desde cualquier punto de vista, de las obligaciones derivadas del tabú⁵. También Casirer enfatiza en la responsabilidad grupal de los pueblos tribales y caracteriza a la responsabilidad como puramente objetiva⁶, aspecto último que confirma Freud⁷ y desde el Derecho Penal Jiménez de Asúa, al afirmar que la reacción ante la violación de un Tabú se producía de manera colectiva en tanto ausencia del “yo” y sin importar si el sujeto actuaba o no conscientemente⁸.

Por otra parte, en la época del Mito, las hazañas de los grandes héroes marcaban las pautas del comportamiento correcto a imitar, historias aleccionadoras para todo aquel que aspiraba a ser justo, en cuanto las mismas se convirtieron en íconos de referencia para los que quisieran aprender sobre la honestidad. Los mitos referencian, de manera sintética, el papel que cada uno, de acuerdo con su rol estamental, debe cumplir conforme al sistema social y sin que exista a partir del cumplimiento necesariamente efectivo de las funciones, posibilidad de excusarse alegando “que no se podía dejar de hacer lo que se hizo” o que “el fracaso era inevitable”, en tanto la sociedad griega de la época era rigurosamente funcional según enseñan Emilio Lledó, Alasdair

4 Cfr. BRONISLAW MALINOWSKI. *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, J. & M. ALIER (Trads.), Barcelona, Ariel, 1991, p. 16.

5 Cfr. CRISTIAN AEDO BARRENA. *Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 27.

6 Así ERNEST CASIRER. *Antropología filosófica*, EUGENIO ÍMAZ (Trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 162 y 163.

7 Cfr. SIGMUND FREUD. *Tótem y tabú*, LUIS LÓPEZ-BALLESTEROS Y DE TORRES (Trad.), Madrid, Alianza, 2015, pp. 11, 39, 50 a 53.

8 Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, Buenos Aires, Losada, 1950, pp. 240 y ss.

MacIntyre y Alfonso Correa Motta. Quien no cumplía con su rol funcional, independientemente de su voluntad, no actuaba correctamente⁹, lo que se explicaba debido a que tampoco “existía en el mundo homérico una idea de la personalidad o del alma”¹⁰.

Así por obra del Mito también una protonorma, muy especialmente identificable en el mundo griego homérico, se progresa en la concepción de la directiva o guía de conducta, ahora ya mediando hacia una individualización de la responsabilidad, anclada en los roles que las personas desempeñaban en sociedades estamentales como guerreros, agricultores, filósofos, sacerdotes, etc.; mecanismo solo entendible funcionalmente y definido a partir si efectivamente independiente del buen o mal desempeño de su competencia social, conseguía materializar el logro del propósito que inspiraba la existencia social del gremio.

El daño se mira desde el punto de vista colectivo respecto de la víctima, no fundado en el desempeño conductual individual, sino por la consecución del resultado como propósito ineludible, de tal manera que el sacerdote o adivino, así como el guerrero, respondían cualquiera que fuere la causa del fracaso respecto al no logro de su función social, al resultarle imputable el resultado de manera objetiva sin consideración al valor o desvalor de su conducta como incapaz de mantener la cohesión social del grupo en sociedades todavía inspiradas en el honor y la guerra y los azarosos peligros provenientes de una naturaleza que no se entendía en sus leyes de causa y efecto, pero por encima de ella tenía cabida la imputación. Imputación en clave de sujeto de la norma entendido en términos del rol desempeñado, no como individuo o persona, lo que relativiza la consideración de su naturaleza generalizante, pero de todos modos no se llega del todo a la naturaleza personal de la imputación, por lo que su característica definitoria complementaria es la responsabilidad de tipo objetivo.

En el hinduismo el mito de Arjuna pone de presente la esencia estructural de la relacional obligacional dependiente del “rol” desempeñado, pues un miembro de una casa real no puede dejar de cumplir su función, para la cual nació y se formó, como es la de la conquista y la expansión territorial para la consolidación del poder. Ese deber, equivalente al areté griego, debe cumplirse independientemente de los deseos y sentimientos, incluso en contra de los lazos familiares si contra ellos resulta necesario proceder, pues el camino está señalado por el *dharma*, consistente en el deseo de “*hacer aquello para lo cual se ha nacido*”, esto es, “*seguir el camino con independencia de las cosas*”

9 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU y GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, *Neurociencias y Derecho*, ob. cit, pp. 137 y ss.

10 = Cfr. AEDO BARRENA, *Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica*, ob. cit, pp. 42 y 43.

tal como se ha establecido desde el nacimiento¹¹, un deseo paradójicamente objetivado.

La Grecia Clásica, muy especialmente por obra de Sócrates, Platón y Aristóteles, empujada un poco por la religión pagana, va de franco progreso hacia una responsabilidad individual, personal y subjetiva, atendiendo obviamente el valor o desvalor de la conducta y el valor o desvalor del resultado como logro ya no del sujeto de un rol estamental, sin más ni más. Ya se percibe, especialmente por obra del valor inconmensurable que se otorga a las "virtudes"¹²: la relevancia del valor o desvalor de la conducta y el logro o fracaso del control de los sucesos, aun cuando ello se estructura a partir, podríamos decir, de la personalidad del sujeto en cuanto la misma se expresa en sus virtudes con un, por supuesto, amplio espectro de observación-valoración no sujeta como tal a una perspectiva episódica, toda vez que para el gran pensador y filósofo "no hay virtud sin hábito (una golondrina, decía él, no hace verano, un único acto de generosidad no hace que se sea generoso)" se afirma, por Huisman y Vergez, citándolo¹³; pero de lo que no hay duda es que ya con ello está comenzándose a debatir los temas fundamentales de la eterna discusión penalista sobre el determinismo o el libre albedrío, todo lo

11 Cfr. RICHARD FIRTH-GODBEHERE. *Homo emoticus. La historia de la humanidad contada a través de las emociones*, FRANCISCO J. RAMOS MENA (Trad.), Bogotá, Salamandra, 2022, pp. 41 a 47.

12 "Creo que es el momento preciso para adelantar algo de mi diagnóstico acerca de las éticas de la virtud: cuáles considero que son sus alcances y sus límites. Considero que estas teorías son una alternativa interesante a las éticas de la acción, porque me parece correcta la idea de que es más importante responder a la pregunta '¿qué -o quiénes o cómo- queremos ser?', que responder a la pregunta '¿qué hacer?' en momentos específicos. Y creo que es más importante por varias razones, una de las cuales es que obviamente es mejor ser visto por los otros y, al mismo tiempo, ver a los otros, como personas honestas, justas, bondadosas, que como personas que simplemente actúan bien. Me parece que con la primera evaluación es lícito albergar la esperanza de que las cosas van a seguir siendo así, mientras que la segunda simplemente dice que esa persona ha actuado bien en el pasado, lo cual no significa que vaya a continuar haciéndolo en el futuro. Y es más lícita esa esperanza cuando hablamos de agentes virtuosos, porque el que éstos lo sean depende precisamente de que exhiban 'disposiciones estables' para actuar bien. El logro de esas 'disposiciones estables' ha sido el fruto de un cultivo largo y consciente por parte del agente, y eso implica un esfuerzo continuo que hace altamente probable el que el agente continúe actuando así en lo sucesivo. Éste es el mayor alcance de las éticas del agente: hacernos ver que seguir reglas podría ayudarnos a saber cómo actuar bien, pero no necesariamente a saber cómo ser mejores. Por otra parte, me parece que los límites de las éticas de la virtud están relacionados con la dificultad para ampliar el concepto de virtud de tal forma que siga diciendo tanto como en la teoría aristotélica, pero ya no para la *polis* ateniense, sino para el mundo abierto que ahora tenemos. Y creo que MacIntyre acierta en reconocer lo primero, pero no lo segundo. Su propuesta de volvernos hacia el comunitarismo me parece absurda, porque una teoría moral debe proveernos elementos para vivir bien con los otros y con nosotros mismos, pero esos otros no tienen que ser de nuestra comunidad o tradición, ni partícipes de nuestra práctica. Es más: la fuerza de una teoría moral puede verse, en parte, en su éxito para hacer que incluyamos en nuestras consideraciones morales a aquellos que son más lejanos a nosotros": DIANA HOYOS VALDÉS. **Ética de la virtud: alcances y límites** en *discus.filos* vol.8 no.11 Manizales Jul/Dec. 2007. www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-61272007000200008 Consultado octubre 20 de 2022.

13 DENIS HUISMAN y ANDRÉ VERGEZ. *Historia de los filósofos ilustrada por los textos*, DENIS HUISMAN y ANDRÉ VERGEZ (Directores) en la traducción CARMEN GARCÍA TREVIJANO, Madrid, Tecnos, 2007, p.46.

cual podemos observarlo de manera muy destacada en "Ética a Nicómaco" como una obra cumbre del logos griego, de la razón y de la ética.

El hábito era el instrumento para la consecución de la virtud por el ser humano racional, esto es, el camino hacia la obtención y realización del bien, que era el "fin, su perfección, su felicidad"; era imperioso que todo actuar se enfilara por su consecución, de tal manera que lo bueno moralmente no era lo debido *-no existía el concepto de deber, que aparecerá en los estoicos-*, sino lo que *"todos desean"*, pues el concepto de lo *"que todos debían desear"*, se repite, no existía. En una ética de las virtudes "el bien no es definido como la obediencia a una ley imperativa, sino como la realización, el cumplimiento de una naturaleza" que no es otra que la del ser humano, la culminación de su naturaleza conforme al fin, la perfección con miras a la felicidad; últimas que surgen de la razón a partir de conocimiento que se tenga de la naturaleza del hombre en cuanto a "su finalidad propia", caracterizada "como la actividad que le conviene de modo natural" conforme al *logos*, todo lo cual lo define "lógicamente y constituye ontológicamente su naturaleza". Las virtudes éticas no se fundan en extremos o en unilateralismos, encuentran su cabal expresión en un balance y equilibrio entre los contrarios del exceso y del defecto, por lo cual la acción "es perfecta cuando se ajusta a la medida conveniente, al justo medio, sin quedarse corto ni largo", en lo cual consiste el "arte ético" que "nos mantiene entre dos vertientes opuestas de vicios". La razón se ocupa de ello, "debe asumir la conducción de esta vida cotidiana, a fin de regular las pasiones y fomentar" en nosotros buenos hábitos, toda vez que "no hay virtud sin hábito"¹⁴.

Por otro lado, también la religión judaica antigua y el advenimiento del cristianismo contribuyeron en mayor medida a una conceptualización subjetiva de la ética y la moral, hasta el punto de que el valor o desvalor de acción, incluso con prevalencia y autonomía del desvalor o valor de pensamiento *-activo o*

14 HUISMAN y VERGEZ, *Historia de los filósofos ilustrada por los textos*, ob. cit, pp.45 a 47.

negativo-, complementando la obra de la *individualización y subjetivización* del examen al sujeto de la norma ética o jurídica.

Empero, en el entretanto del pensamiento griego clásico -*allí destaca Aristóteles, quien ligó el concepto de hábito con el de virtud*¹⁵⁻¹⁶⁻ y las llamadas escuelas filosóficas menores, particularmente la muy importante visión estoica, por razón del cambio geopolítico y jurídico del tránsito del Estado-Ciudad al Estado-Imperio por obra de Filipo y su hijo Alejandro Magno¹⁷, cuyo preceptor fue Aristóteles, ante las conquistas de inmensos territorios y multidiversas

15 "El término virtud en griego viene a significar **excelencia**, por ejemplo, un artesano virtuoso sería un trabajador manual que tiene capacidad para su trabajo excepcional o excelente" o "Actividad o fuerza de las cosas para producir o causar sus efectos"; "De gran importancia para la ética, la virtud es un rasgo del **carácter** que **se manifiesta en el accionar habitual** y cotidiano" en <https://www.bing.com/search?q=etimología+de+la+palabra+virtud&qsn&form=QBRE&sp=-1&pq=etimología+de+la+palabra+virtud&sc=10-31&sk=&cvid=1A0958EA18174D11B0D287E17B2FA965&ghsh=0&ghacc=0&ghpl=>, consultado octubre 20 de 2022. Etimológicamente "**virtud**" es una palabra que procede del latín "*virtus*" que significa poder o potencialidad, vinculada con la expresión "*vis*" que implica fuerza y da a entender fuerza o energía con referencia a lo íntegro y pleno, sinónimo en griego de areté o excelencia con aplicación a la educación: en <https://es.scribd.com/document/490983864/Etimologia-de-Valor-y-Virtud>, consultado octubre 20 de 2022.

16 "Como virtud se denomina la cualidad humana de quien se caracteriza por obrar bien y correctamente. Como tal, es una cualidad moral considerada buena. Asimismo, puede referirse a la eficacia de ciertas cosas para producir determinados efectos.

La palabra virtud, como tal, proviene del latín *virtus*, *virtūtis*, y se deriva del vocablo latín *vir*, que significa 'varón', 'hombre', pues se refiere a la cualidad del valor, asociada a lo masculino en el pensamiento antiguo.

En este sentido, la virtud puede designar la fuerza, el vigor o el valor que una persona presenta ante determinadas situaciones: 'A pesar de lo que le ha pasado, Magdalena ha demostrado la virtud de seguir siempre adelante'. De allí que también pueda hablarse de virtud para referirse a la entereza de carácter de alguien.

La virtud, como tal, se puede verificar en las personas con integridad moral, dispuestas a conducirse de acuerdo a lo que es justo, a lo que, entendido en un sentido moral, es correcto.

Por ello, la virtud también es reconocible en las acciones virtuosas y en la manera recta de proceder. De allí que, en el lenguaje cotidiano, el término virtud también se emplee para designar las cualidades de una persona que obra bien": FABIÁN COELHO. *Significado de virtud* en <https://www.significados.com/virtud/>, consultado octubre 20 de 2022.

17 Para el efecto POHLENZ, *La Stoa*, ob. cit, pp. 27 y ss.

culturas, la “Ética de la virtud”¹⁸ fracasó en la formación del ciudadano¹⁹, quien ya no tenía contacto personal con el Maestro y el gobernante como en el Estado-Ciudad, ambos imbuidos de una misma cultura y donde el ejemplo personal de los héroes transmitía y difundía los valores dignos de emular y seguir, por lo que se impuso una “ética del deber” fundada en la contrastación entre la conducta y lo dispuesto en la ley ante un hecho episódico, valorable a través de la voluntad del individuo²⁰, donde ya el libre albedrío en sentido metafísico sufre atenuación, pues se planteaba cierto determinismo en la conducta humana.

La ley debía ser, en su mandato o directiva de conducta, cumplida pues “*sede lex dura lex*” y se presumía la culpabilidad, pero se había abierto camino la excepción ante la imposibilidad de conocer la ley, como se sugiere en el alegato de Sócrates respecto de la acusación formulada por Melito ante el tribunal del pueblo, imputándole de pervertir a la juventud griega enseñándoles sobre la no existencia o existencia de nuevos o alternativos dioses o sobre la verdad y la mentira, ante lo cual se disculpaba *-en términos objetivos-* que tenía la razón y sostenía la verdad, por lo cual no podía entenderse facilitador o precursor de perversión alguna o, si estuviere equivocado, nadie estaba autorizado para llevar ante un jurado popular un “*comportamiento*” que no fuera producto del conocimiento y la voluntad *-en términos subjetivos-* del sujeto como se plantea en los “*Diálogos de Platón*” en “*Apología a Sócrates*”. Aristóteles, en “*Ética a Nicómaco*”, planteará incluso la relevancia jurídica del error de derecho, ignorancia de la ley, ante situaciones excepcionales en las

18 “En Grecia nace la concepción clásica de Ética. Se reconoce a Aristóteles el desarrollo de su comprensión sistemática: a partir del estudio de la Metafísica, Aristóteles concluye que la esencia o naturaleza es *el modo de ser al que está llamado cada ente en particular* y esta es su finalidad. Por lo tanto, **la esencia o naturaleza de un ente determina su finalidad intrínseca o su deber ser**”. “Para Aristóteles, el modelo de persona ética es aquella que posee el **hábito de las virtudes**. Las virtudes son hábitos que **perfeccionan** la naturaleza humana. mientras que los vicios son hábitos que **corrompen** la naturaleza humana y lo aleja de su finalidad”: ÁNGEL RODRÍGUEZ LUÑO. Ética general en <https://www.derechoalajusticia.cl/l/la-etica-de-las-virtudes/>, consultado en octubre 20 de 2022.

19 “Se entiende por virtudes o virtudes humanas al conjunto de rasgos que una *persona* posee o practica y que **responden a una cierta consideración social de lo deseable**, sustentada en otros *valores* como el bien, la *verdad*, la *justicia* y la *belleza* ... **La idea misma de virtud puede cambiar en el tiempo y de acuerdo a cada cultura**, conforme al modo en que cambia también el concepto de lo moral, o sea, de lo bueno, lo justo y lo bello. Por ejemplo, en la Antigüedad Clásica se le daba mucha importancia a la virtud (*areté*), considerada como la plenitud y perfección de la *naturaleza*, especialmente la *humana* ... De hecho, para los *antiguos griegos* la virtud fue siempre un tema de debate. Sócrates, Platón y Aristóteles y las distintas escuelas filosóficas griegas plantearon su propio *método* hacia una existencia virtuosa, o sea, plena, verdadera, buena” en <https://concepto.de/virtud/#ixzz7iJcep6T9> o <https://concepto.de/virtud/#ixzz7iJanccLK>, consultado octubre 20 de 2022.

20 El paso de una ética de las virtudes a una ética del deber comporta sustancialmente una marcada diferencia, pues queda atrás la posibilidad de sostener una culpabilidad por el modo de ser o por el carácter “*centrada en qué se es*”, enfocándose el punto en el acto “*centrada en qué se hace*”-y no en la persona, toda vez que lo que importa es el desarrollo de una “conciencia del poder para controlar el propio comportamiento”, esto es, “se exploran los mecanismos de control del sujeto sobre la situación (especialmente la previsibilidad)”, lo que por supuesto deviene en un derecho sancionador de acto y/o de culpabilidad: AEDO BARRENA, *Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica*, ob.cit, pp. 63, 67 y 71.

cuales se identifique una conducta fundada en la buena fe, pero exenta de culpa como el que, por casos de guerra o desastres naturales, respecto a una persona de una determinada población que no le haya sido posible conocer la ley.

Lo episódico impuesto por la “ética del deber”, introducida por los estoicos hace que, se pueda imputar una conducta a un sujeto o individuo racional y razonable en términos aristotélicos, ya no meramente por la conducción de la vida fundada en el hábito y la preparación de la misma con su puesta en práctica²¹, sino a partir de la identificación de una conducta en condiciones precisas de tiempo, modo y lugar, o de otro modo definida, debidamente circunstanciada por la ley²² de tal modo que a ella de manera precisa pudieran ajustarse los individuos independientemente de la cultura que profesaran, dentro del orden impuesto por el imperio conquistador, lo cual fue heredado por la cultura greco-romana.

Esta manera de entender el objeto de la valoración de lo antiético y/o antijurídico se impondrá en el Estado Liberal moderno²³, que devendrá en una muy bien lograda expresión de “éticas del acto” expuesta por Hoyos Valdés²⁴ y representada histórica y fundacionalmente por la Revolución Francesa en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que estableció, a partir de la preceptiva sustancial acerca de que “*la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás*” (artículo 4), el postulado básico estructural de la conducta delictiva o prohibiciones, que no es otro que “*las acciones que son perjudiciales a la sociedad*” (artículo 5), esto es, lo antijurídico tiene que ver con la infracción a una prohibición legal a la inexorable existencia de su determinación previa, lo

21 “Un hábito es **una conducta llevada a cabo con regularidad, es decir, repetida en el tiempo, que es aprendida –no innata– y que requiere de poco o ningún compromiso racional**. Este tipo de conductas mínimas componen una importante porción de nuestro tiempo cotidiano” en <https://concepto.de/habito>.

22 “La clave de bóveda de la ética del deber es el imperativo categórico. Su contenido viene a ser éste: tu libertad acaba donde empieza la de los demás. La idea es que los demás tienen derechos y son libres de hacer aquello a lo que tienen derecho; limitar estos derechos es atentar contra la dignidad de las personas”: bloqs.xtec.cat/jorgeminguiez1/2008/11/11/etica-del-deber/, consultado octubre 20 de 2022.

23 No es gratuito que, entre las varias expresiones que puede tener una “ética del deber”, la kantiana resalta, pues proviene del máximo ideólogo y filósofo del Estado Liberal, de quien se afirma “en la ética del deber somos guiados por lo que debemos hacer. Pero ¿qué debemos hacer? Porque cabría responder que lo que nos plazca, nos convenga, nos enriquezca, nos otorgue poder... Para el prusiano no hay nada de eso. El deber que ha de guiarnos exige respetar el imperativo moral de hacer lo que es objetivamente bueno. En primer lugar, obedeciendo la regla de oro: obra con el otro como quisieras que obrara contigo”: *La ética del deber* en <https://www.elcorreogallego.es/hemeroteca/etica-deber-HBCG725046>, consultado octubre 20 de 2022.

24 “Caracterizaré las dos teorías morales que han influido con mayor fuerza desde el período moderno, porque para las teorías contemporáneas son casi siempre punto de partida, bien sea para retomarlas y reinterpretarlas, o para criticarlas y rechazarlas. Como ya se dijo, tales teorías son el utilitarismo y la teoría kantiana. Aunque suelen verse como teorías rivales, lo que nos permite agruparlas aquí bajo la expresión de *éticas del acto* es que ambas han sido interpretadas como teorías que buscan darnos criterios objetivos para evaluar *las acciones*”: HOYOS VALDÉS, Ética de las virtudes, ob.cit.

cual resulta necesario pero no suficiente, pues se requiere que se materialice *"la ofensa"* (artículo 8) para concebir la completitud de la ecuación jurídica; lo cual requiere con la complementación de la condigna responsabilidad subjetiva, al señalar que *"cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable"* o convicto (artículo 9). Esto es, la conducta delictual debe encontrarse asociada indefectible e inexorablemente a la estricta legalidad y necesidad de intervención del Estado en la libertad ciudadana, por *"virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito"* (artículo 7) y *"la Ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan solo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente"* (artículo 8).

Las constituciones modernas de corte material, como la colombiana de 1991, cuya aspiración es una separación clara y tajante entre ética y/o moral y Derecho establecen que lo antijurídico legítimo constitucionalmente, que habilita las prohibiciones se funda en el que un sujeto haga un uso abusivo de su libertad desde la perspectiva de su fuero externo, pues garantiza esencialmente el libre desarrollo de la personalidad mientras no se afecten los derechos de los demás y el orden jurídico como un límite cualitativo a la intervención del Estado.

Así, como reacción a la intervención primaria, *ab initio* y privilegiada en la libertad de pensamiento, creencia y conciencia en que descansaba en la Edad Media lo censurable, esto es, en la rectitud de la intención *-incluso independientemente a su exteriorización real y efectiva o la modalidad de la misma, al exigir un paralelismo coexistente entre lo interno y lo externo-*; a lo cual, una vez constatado, subsiguientemente se averiguaría si también existió un abuso de su libertad desde la perspectiva del fuero interno, verificando limitadamente desde el punto de vista cuantitativo por la responsabilidad subjetiva o culpabilidad del sujeto (artículos 1, 16 y 29 de la Carta Política).

Tal forma de pensar se construía sobre la protección de los derechos subjetivos o derechos naturales del hombre, como lo declaraba paladinamente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en sus artículos 2²⁵ y 4²⁶, fundamentos del Estado Liberal, puesto que *"una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución"* (artículo 16), con lo que se confirma el *telos* estatal, el principio de antijuridicidad, así como de contera la legalidad y judicialidad de la actividad punitiva del Estado.

25 "La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión"

26 "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley"

Ello originaba una visión marginal, individualista y personalista de la responsabilidad, fundada en una ética del conocimiento propia de un Estado Liberal donde la correlatividad de los deberes se diluía en la exigencia de los derechos, con base en una malentendida dignidad de la persona, con visos de exceso y radical egocentrismo, exagerando en grado sumo el postulado antropocéntrico del Estado.

Ese concepto de dignidad egocéntrica o dignidad estática ha sido superado por el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, fórmula política sintética, sincrética y sincrónica adoptada por el artículo 1 de la Carta Política, que se constituye en el principio de los principios, en tanto su ubicación privilegiada en la Parte Dogmática y sobre todo en el Título I *-DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES-*. Allí debe entenderse un equilibrio funcional del fundamento antropocéntrico del Estado anclado en la dignidad de la persona como principio fundante del orden jurídico y la solidaridad de las personas que integran la sociedad, como expresión del interés general, que obran como complementarios y matizadores, lo que implica por supuesto el respeto de los derechos constitucionales fundamentales de los demás y sus deberes correlativos de respetarlos intersubjetivamente (artículo 16), incluso contra el poder relativizante de las reglas de la mayoría, en cuanto y tanto los derechos se constituyen en límites contra mayoritarios de la democracia (artículos 2, 5, 85, 86, 93, 94 y 95), potenciados por los deberes de solidaridad y el interés general a través de los cuales se fundan deberes y obligaciones constitucionales estandarizados e intensificados (artículos 1 y 95), para dar origen a una dignidad en sentido dinámico y lateral, donde el individuo tenga en cuenta al otro, a la sociedad, al Estado y a la humanidad, superando la dignidad estática y egocéntrica del Estado Liberal.

En efecto, ciertamente que los derechos constitucionales fundamentales se encuentran ubicados simbólicamente antes que los deberes como expresión antropocéntrica del Estado, Capítulo 1 *-DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES-* del Título II *-DE LOS DERECHOS, LAS GARANTÍAS Y LOS DEBERES-*, pero también resulta no menos cierto que en el mismo título y con paridad constitucional, sin que ello nos convierta en un Estado sociocentrista, se encuentran consignados los *DE LOS DEBERES Y OBLIGACIONES* -Capítulo 5- como relaciones obligacionales independientes de la simple correlación derivada de la existencia de los derechos, esto es, con cierto grado de autonomía que reclama la importancia de una dignidad dinámica y lateral.

Así se deriva del contenido del artículo 95 constitucional, puesto que resulta de una preclaridad indiscutible, habida cuenta que *"la calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla"*, lo que reclama comportamientos responsables ante los demás, toda vez que *"el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades"*. Esto es, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se traduce en la reclamación solo viable de actos culpables, bien positivos *-deberes positivos-* que dan origen a las omisiones punibles o bien negativos *-deberes negativos-* que dan origen a las acciones punibles, según el artículo 29, reclama la

constitución de una ética de la responsabilidad que explique la demanda mínima de consciencia eventual de la antijuridicidad o ilicitud para que se estructure el juicio de culpabilidad (*artículos 32 numeral 11 de la Ley 599 de 2000 y 31 numeral 8 de la Ley 1952 de 2019 -con la modificación introducida por la Ley 2194 de 2021-*).

Por supuesto, el que se consigne constitucionalmente el deber constitucional de engrandecer y dignificar la *"comunidad nacional"* es un postulado que resignifica la dignidad estática como dinámica, que mire al otro y al colectivo, que les sirva a todos de derrotero y guía sustanciales como paradigma del comportamiento lateral o intersubjetivo. Ello lo confirman sus artículos 7 *"El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana"* como expresión tan valiosa de lo colectivo que debe matizar los individual-personal y 70 *"dignidad de todas las culturas"* en cuanto obliga a ponderar lo personal respecto a las expresiones de lo colectivo. Esto es, se reclama constitucionalmente una resignificación social y filosófica del fundamento de la dignidad de la persona de que da cuenta el artículo 1 constitucional.

De allí que el primer deber constitucional engastado en el artículo 95 citado sea *"respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios"* y el segundo *"obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas"*, como ejemplos paradigmáticos de una dignidad humana dinámica y lateral.

La transformación del modelo de Estado responde inexorablemente a las transformaciones que tienen lugar en el seno de las sociedades. La fórmula político-jurídica adoptada por el artículo 1 constitucional se resalta como sintética, sincrética y sincrónica.

El hombre inserto en el *logos* del cosmos y la naturaleza, de lo cual se deriva el deber de vivir de conformidad con ello, lo cual va mucho más allá de un pensamiento abstracto para convertirse en un arte de la vida, se constituye en la aprehensión de su *"fuerza vital dinámica"* y se constituye en su *"guía"* para una *"actitud frente a la vida"*, como forma de adaptarse a nuevos tiempos y a las personas. Con ello el estoicismo reivindicó *"el sentido comunitario de la antigua polis"*, más allá del Estado-Ciudad griego y en vistas al gran imperio, con lo cual, al derivar *"la naturaleza del hombre de ponerse al servicio de la comunidad concreta y de colaborar en sus tareas"*, logró imponer el pensamiento según el cual todo el mundo se encuentra subordinado *"bajo la idea de la ley racional e introdujo así en el pensamiento occidental el concepto de derecho natural que vincula a todos los hombres sin distinción de nacionalidad o de Estado"*, algo por supuesto con un alto contenido teórico, pero esencial y fundamentalmente una *"visión del mundo"* que como *"fuerza*

espiritual" le "proporciona al hombre claridad acerca de su esencia y de su determinación"²⁷.

Creemos que, el *Compliance* hoy, en gran medida representa una visión estoica de la responsabilidad del hombre en un mundo globalizado, que mira sus deberes frente a todos universalmente considerados y en bien de la comunidad o mejor de la humanidad, lo cual podemos observar solo con aproximarnos a una conceptualización sencilla de la temática investigada, accesible a cualquier persona, cuando se dice:

El **Corporate Compliance** es un **conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales** a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos. El Compliance en muchos casos, y a tener de la evolución del marco legal a nivel mundial y la clara tendencia en este sentido, ha dejado de ser una opción voluntaria para muchas organizaciones y ha pasado a ser un **requisito a integrar** dentro de su estrategia y estructuras internas a fin de **dar cumplimiento a los preceptos legales o bien poder protegerse ante situaciones de riesgo** que pondrían en serios problemas la estabilidad y continuidad de la actividad de la organización.

SI bien el concepto del *COMPLIANCE* no es algo nuevo, la rápida y reciente evolución de la legislación internacional, combinada con el endurecimiento de las sanciones, así como la relevancia que la propia legislación otorga hacia la toma de acciones preventivas de cumplimiento por parte de las organizaciones, ha hecho que el *COMPLIANCE* sea en la actualidad uno de las cuestiones más novedosas e incipientes a incorporar en las estrategias de gestión y visión de cualquier organización.

¿Por qué lo necesitamos?

El entorno legislativo en el que la empresa desarrolla sus actividades es cada vez más abundante y complejo. El nivel de beligerancia de las autoridades y organismos regulatorios es cada vez mayor y el impacto de la regulación es más intenso que nunca.

SI bien el concepto del *COMPLIANCE* no es algo nuevo, la rápida y reciente evolución de la legislación internacional, combinada con el endurecimiento de las sanciones, así como la relevancia que la propia legislación otorga hacia la toma de acciones preventivas de cumplimiento por parte de las organizaciones, ha hecho que el *COMPLIANCE* sea en la actualidad uno de las cuestiones más novedosas e incipientes a incorporar en las estrategias de gestión y visión de cualquier organización.

Por ello, y por los recientes escándalos societarios y el innegable Incremento de la sensibilidad social respecto de la ética de los negocios, un mayor

27 POHLENZ, La Stoa, ob.cit, pp. 208 y 209.

número de organizaciones públicas y privadas internalizan estándares éticos y legales como protocolos de buen gobierno de obligado cumplimiento.

Los riesgos a prevenir son aquellos que conllevan consecuencias como el daño reputacional, la imposición de importantes multas y sanciones, las pérdidas de negocio por contratos no ejecutables o la exclusión de licitaciones o subvenciones públicas, entre otras²⁸.

De todos modos, es claro, una visión estoica del mundo permite, como lo estableció Séneca, que el ser humano “en tanto que ser sociable y creado para vivir en comunidad, ve el mundo como el hogar único de todos los hombres”, pero además, si bien el giro hacia una ética del deber cambia el acento en el objeto de la valoración de la conducta, no es menos cierto que igualmente la complejidad y la abstracción que implica la universalización puede verse como un problema mayúsculo, que de todos modos tiene su respuesta en cuanto el estoicismo no abjura de la importancia de la virtud, toda vez que al considerarlas en la determinación de la moralidad, tomó en “consideración la acción práctica”²⁹.

Todo ello ha llevado, además de los procesos de globalización, a nuevos paradigmas que ciertamente no reemplazan a los anteriores, lo que haría cuestionar su verdadera naturaleza, pero sí que los complementan como se pasa a ver. Las dicotomías vistas como complementos y no como exclusión.

No obstante, pensamos, que al menos en germen ya la institución del *Compliance* se sugería o aparecía implícita en los mecanismos preventivos-educativos que componían el “*Poder Moral*” ideado por el Libertador Simón Bolívar³⁰.

2. SUJETO DEL COMPLIANCE: LA PERSONA NATURAL VS. LA PERSONA JURÍDICA³¹

La tradicional forma de manifestarse el control social inherente al Derecho ha sido a través de un destinatario muy específico: la persona natural. Empero, la presión de los cambios sociales y las nuevas circunstancias y situaciones

28 <https://www.worldComplianceassociation.com/que-es-Compliance.php>, consultado diciembre 19 de 2022.

29 POHLENZ, La Stoa, ob.cit, pp. 301, 302 y 407

30 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. “*El Libertador Simón Bolívar: Derecho Disciplinario preventivo, comportamientos estimulantes y sanciones positivas su engranaje con la figura actual y en franca construcción del Compliance público y privado*” en Debates Fundamentales sobre Derecho Disciplinario Tomo V, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, DAVID ALONSO ROA SALGUERO y JOHN HARVEY PINZÓN NAVARRETE (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

31 Para el efecto ADÁN NIETO MARTÍN. “*La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal*” en Corrupción, *Compliance* y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado, MICHAEL KUBICIEL y ANDY CARRIÓN (Directores), Lima, Editores del Centro, 2020, pp. 41 y ss.

que enriquecen y complejizan las relaciones sociales desde el punto de vista de lo que refleja de manera actual, efectiva y real el mundo práctico de la vida social, da cuenta que se ha ido paulatinamente extendiendo el fenómeno de regulación de la actividad de las personas jurídicas del campo privado al campo penal, disciplinario y sancionatorio en general, lo cual relama por supuesto nuevas y diferenciales técnicas de imputación.

El viejo apotegma romano según el cual la persona jurídica no delinque ha quedado definitivamente desmontado y desvirtuado. Así se puede apreciar sin hesitación alguna por el abordaje que del tema hace la Ley 2195 de 2022³², pues se abre el campo de la responsabilidad jurídica amplia para el derecho sancionatorio de las personas jurídicas, lo cual implica, toda vez que realmente la misma no puede tener como base la responsabilidad subjetiva o culpabilidad solo predicable de la situación personal-subjetiva de quien actúa, sino del grupo de actuantes al interior de la persona jurídica, lo que tiene fundamento en un nuevo esquema de imputación muy bien denominado como “*vicarial*”.

Implica lo anterior que, de lo que suceda al interior del funcionamiento de la persona jurídica, su organización, competencias generales y específicas de sus miembros, de sus directivas u órganos de gobierno, dirección y ejecución, de sus empleados depende también la atribución de responsabilidad o imputación objetiva a la que pueda verse sometida la persona jurídica.

El tejido social es determinante en dicha estructuración y como tal cumple un papel configurador, de manera que las normas que desarrollan el *Compliance* deben estructurarse de conformidad y en su atención.

Por el *Compliance* se pone de presente la imprescindible necesidad de abordar la responsabilidad penal, disciplinaria y sancionatoria de las personas jurídicas. Igualmente, en dicho marco, los límites y competencias de lo individual y lo colectivo, especialmente precisando el cómo del comportamiento de los miembros de grupo puede y debe incidir en su estructuración de la imputación o, lo que es lo mismo, la definición de lo que sería la responsabilidad vicarial.

No se presenta un dilema de uno respecto del otro, sino de la forma en que las competencias resulten diferenciadas y, por supuesto, complementadas en el ámbito de la actualidad y globalización que actualmente se vive.

Resulta así, de manera incontrovertible, que la responsabilidad de la persona jurídica ha entrado definitivamente en el campo penal³³.

32 Sobre el tema cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, *El Libertador Simón Bolívar*, ob.cit. JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA. El papel de los Compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica en <https://vlex.es/vid/papel-Compliance-modelo-vicarial-564554102>, consultado octubre 20 de 2022

33 Para el efecto, aunque el Derecho Penal alemán no ha admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, MICHAEL KUBICIEL. “*Corrupción y Compliance en el Derecho Penal alemán*” en *Corrupción, Compliance y responsabilidad penal de la empresa*. Un análisis comparado, MICHAEL KUBICIEL y ANDY CARRIÓN (Directores), Lima, Editores del

3. Continente del *Compliance*: ética de la virtud vs. ética del deber

El sistema normativo de control social, derecho penal, disciplinario o sancionatorio en general tiene como presupuesto una conducta humana o un hecho circunstanciado por condiciones de tiempo, modo y lugar correspondiente a una idea de "ética del deber", cuyo eje central es un modelo de derecho sancionatorio dependiente de la responsabilidad por el acto y la culpabilidad, excluyéndose la posibilidad de tener como objeto de la valoración el carácter, el ánimo, la mera voluntad o el autor.

En ese sentido, es preciso sostener que La ética del deber fue un aporte del estoicismo al mundo, toda vez que, anteriormente el juicio sobre el comportamiento de un sujeto se efectuaba a partir de sus virtudes cultivadas. Empero, es claro, ello no implicó que se dejara de lado la ética de la virtud o que la misma fuera desplazada desapareciendo del panorama evaluador de la conducta del sujeto, cumpliendo la ética el papel conformador de la conducta correcta en cuanto guía e inspiración de ella, no como enseñanza abstracta y vaporosa, sino como "*fuerza vital práctica*", entendida ante el mundo cambiante del Estado-Ciudad al gran imperio griego, demandaba una nueva expresión de la ética, con el fin de constituirse como tal en "una única fuerza que, en el contexto de las nuevas ideas, podía garantizar un apoyo moral a una comunidad" que iba mucho más allá de la cultura propiamente griega, con la adición de que, en cierta forma, lo que se perdía en abstracción por la ética del deber se recuperaba en concreción con la ética de la virtud, especialmente en cuanto con ello en cierta forma se conservaba, atendiendo el "hereditario gusto por la casuística propio de la escuela"³⁴.

La influencia gravitacional de la ética del deber cede en materia del *Compliance*, toda vez que, ya el objeto de la valoración de manera exclusiva y excluyente el acto episódico circunstancialmente condicionado, sino que se abre camino la posibilidad de incidir en aspectos relacionados con la cotidianidad y sistematicidad de la conducta, esto es, se abre el campo de análisis y enjuiciamiento de la virtud construida a partir de los hábitos, pues una clave del *Compliance* se hace radicar en la idea de las "*malas prácticas*" arraigadas en las organizaciones, las cuales deben ser combatidas para cambiarlas o erradicarlas.

La imposibilidad conceptual pero también filosófica de inmiscuirse en la problemática de la virtud y el hábito en el Derecho tradicionalmente concebido sufre un levantamiento del velo prohibitivo en la materia, abriéndose la

Centro, 2020, pp. 32 y ss. También, igual que el anterior abordando lo referido a diferentes países del orbe, NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA (Director). *Tratado angloiberoamericano sobre Compliance penal*, MIGUEL ONTIVEROS ALONSO, OMAR GABRIEL y FERNANDO RODRÍGUEZ-LÓPEZ (Coordinadores), Valencia, Tirant lo blanch, 2021.

34 Para el efecto POHLENZ, *La Stoa*, ob.cit, pp. 171, 201, 212, 222 y 236.

posibilidad de examinar de manera exclusiva en el ambiente del *Compliance* lo referido a la virtud y el hábito, pues aquí de lo que se trata es de procesar por vías diferentes a las sancionatorias aspectos que inciden de manera manifiesta y grave en el buen desempeño de la organización.

Por ejemplo, identificamos como propio de esta visión todo aquello que se reconoce como “*malas prácticas dentro de la organización*”, cuya intervención es necesaria e inaplazable para la consecución de su buen funcionamiento y engranaje de partes internas, desmontando todo lo que resulte de hábitos mal adquiridos y mal conducidos, con el fin de modelar dentro del respeto de la dignidad humana el comportamiento individual y grupal de la organización.

No resulta incompatible ello con una ética del deber, pues obran en esfera de incidencia y competencias bien diferentes, pero además es claro que su tratamiento no se va a extender al campo del derecho sancionatorio en general, sino a un ámbito menormente ambicioso de control, casi que podríamos decir en cuyo seno pesa de manera muy determinante la autonomía ética, referido a modelar prácticas cotidianas y estereotipadas positivas y compatibles con la funcionalidad de la organización, cuyo tratamiento se enfoca más en la promoción de conductas que en la prohibición de las mismas, estimulando su ocurrencia y sancionado, si es del caso, positivamente su realización como una nueva forma de entender el fomento que resulta en una buena práctica organizacional.

Como se trata y puede ver, no se implica aquí una solución en términos dicotómicos y excluyentes, sino de complementar la “ética del deber” con la “ética de la virtud”, como ya lo hemos sugerido para el ámbito del Derecho Disciplinario³⁵.

Los hábitos, así como se forman y estructuran, pueden ser modificados y cambiados³⁶, incluso son susceptibles de modelar respecto de aquellos que resulten funcionales y beneficiosos para la organización, tratamiento que debe ser objeto de las políticas de *Compliance* dentro de las organizaciones, puesto que se muestra idónea, apta y muy poco invasiva en los derechos fundamentales de la persona en cuanto resulte compatible con el interés general, sin sacrificios irrenunciables para la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.

La educación, la enseñanza y el entrenamiento, como toda forma de aprendizaje bien informado y canalizado se constituye en un muy buen instrumento para el cambio de comportamientos como afirma la neurociencia. En efecto, se dice que si vinculamos a procesos de aprendizaje emociones, selectivos y creativos, podemos obtener mayor eficacia y eficiencia en ellos, especialmente en su captación de sentido y duración en la memoria en cuanto experiencias vitales,

35 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. “*La ética de las virtudes, los preceptos estimulantes y las sanciones positivas: tres cuestiones pendientes en el Derecho Disciplinario*” en *Crítica Disciplinaria*. A propósito de la anunciada reforma, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

36 GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, *La formación de hábitos y el libre albedrío*, ob.cit.

cumpliendo un muy activo papel aquellos tipos de aprendizaje más primitivos desde la habituación y la sensibilización hasta otros más complejos como los asociativos –*condicionamiento clásico e instrumental*– y los sociales, todo lo cual facilita que nos adaptemos a situaciones del presente como también nos proyectemos hacia el futuro; muy especialmente relevante resulta el aprendizaje de hábitos, pues el mismo es el que resulta más resistente al paso del tiempo³⁷.

Técnicas modernas de aprendizaje, informadas por la neurociencia, destacan el papel determinante que en el mismo cumplen la neuroplasticidad y la epigenética en todas sus fases, como son muy especialmente las de almacenamiento y evocación. Ello resulta mucho más provechoso en aquellas materias susceptibles de habituación, pues sus memorias de procedimiento son más estables y muy fieles, lo cual demanda cierta o mucha práctica, pero una vez aprendidas prácticamente “no nos hace falta pensar cómo hacerla”³⁸, todo lo cual resultaría muy eficiente en el manejo de protocolos.

Trabajados con técnicas bien orientadas a la neuroplasticidad tales protocolos pueden constituirse en instrumentos muy eficaces, efectivos y eficientes para el desarrollo de una ética de las virtudes, toda vez que sus enseñanzas “se acumulan para convertirnos en quienes somos y posiblemente en quienes podemos llegar a ser”, con el fin de constituirnos en seres más responsables de nuestras competencias, todo lo cual se puede, además, volcar en efectos epigenéticos, toda vez que “en los primeros minutos u horas de la adquisición de la información, la traza de memoria codificada en las sinapsis activaría además la expresión genética y esta, la producción de nuevas proteínas, de forma que se haría más resistente (aunque no inmune) a las interferencias externas”^{39- 40}.

Esta posición creo que no solo adviene producto de la experiencia y las bases de los conocimientos sobre neuroplasticidad y epigenética, sino también de las enseñanzas actuales que se están ofreciendo desde otros ámbitos de la neurociencia, como se puede advertir en el excelente estudio de Mariano Sigman, prestigioso neurocientífico argentino, en su reciente libro sobre “*El poder de las palabras. Cómo cambiar tu cerebro (y tu vida) conversando*”.

Sin duda alguna, aunque no se refiere a ello de manera expresa y explícita, resulta claro que materialmente su apuntamiento es certero respecto al ámbito de lo que hemos estudiado como “ética de la virtud”, en cuanto al objetivo que se propone evidenciar con su investigación y propuesta, mismas

37 MARA DIERSSSEN. “¿Cómo aprende (y recuerda el cerebro)? Principios de neurociencia para aplicar en la educación” en Neurociencia y Psicología, España, Bonallete Alcompas, 2018, pp. 10 y ss., 23 y ss.

38 DIERSSSEN, ¿Cómo aprende (y recuerda el cerebro)?, ob.cit, 35 y ss.

39 DIERSSSEN, ¿Cómo aprende (y recuerda el cerebro)?, ob.cit, 120 y ss., 132 y ss.

40 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO y GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO CAROLINA. *Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022, pp. 315 y ss., 325 y ss.

que no pueden confundirse con los escritos altamente light sobre “*superación y espiritualidad*” en los marcos del esoterismo, sino que se ensambla en los más rigurosos y serios parámetros de la investigación científica aplicada a la vida diaria, revelando que de lo que se trata es de “cómo cambiar el devenir de lo que hacemos, de lo que sentimos, de lo que somos”, por supuesto en un ámbito de la vida grupal y de interrelación ya no abstracta sino en concreto, lo constitutivo de nuestra praxis diaria. No puede haber duda sobre la propuesta a una vuelta a la “ética de las virtudes” de la antigua Grecia⁴¹.

Plantea Sigman “desde el punto de vista neurocientífico” que “nuestra mente es mucho más maleable de lo que pensamos”, así que, “sí perdemos con el paso del tiempo [...] la motivación para aprender”, debemos tener consciencia de que los problemas asociados con ello son superables, esto es, resulta necesario superar los cuellos de botella y nudos gordianos que perjudican el devenir de nuestra vida personal y grupal “para mejorar cualquier cosa, en cualquier momento de la vida”.

No duda el connotado neurocientífico en afirmar que “podemos cambiar nuestra vida mental y emocional, aun en lugares que parecen profundamente arraigados”, empero, “para transformarla no basta con proponérselo”. Se requiere “aprender a tomar buenas decisiones en dominios donde nos hemos acostumbrados a resolver las cosas en piloto automático”⁴², esto es, instintivamente vía pensamiento Sistema 1, dentro de la propuesta de Daniel Kahneman lo cual se encuentra en la perspectiva de Sigman, quien sugiere la conversación y el diálogo entre los componentes de las organizaciones o grupos para superar dichos problemas que, en general, no son más que “todo tipo de errores de pensamiento”:

“Cuando la conversación sucede en el contexto adecuado, el de unos pocos que se escuchan e intercambian argumentos, nos ayuda a pensar con más claridad, a tomar mejores decisiones y a ser más ecuanimes, empáticos y comprensivos”, resulta tan simple como que, ante una herramienta tan poderosa y efectiva, podemos dar forma adecuada al pensamiento, de tal manera que ya no podemos engañarnos con “*la distorsionada lupa del pensamiento automático*” -resaltado fuera de texto- donde la mayoría de las personas llega “convencida de la idea equivocada”, para sacar así avante una verdad consistente en que “*el poder de los pequeños grupos no proviene de su autoridad, sino de su compromiso con la causa*”, lo que incluso puede muy bien ser un logro de las minorías, si estas asumen dentro del grupo actitudes fundadas en su “persistencia y su convicción”, en aras de lograr una mejoría de “nuestra vida mental y emocional”⁴³.

La clave para ello, afirma Sigman de manera contundente, estriba en nuestra habilidad como personas para cambiar nuestros “hábitos”, cuyo instrumento

41 Cfr. MARIANO SIGMAN. *El poder de las palabras. Cómo cambiar tu cerebro (y tu vida) conversando*, Debate, Bogotá, 2022, pp. 14 y 56.

42 Cfr. SIGMAN, *El poder de las palabras*, ob.cit, p. 17.

43 SIGMAN, *El poder de las palabras*, ob.cit, pp. 42 y ss.

básico, propone, es una herramienta simple y potente como son “las buenas conversaciones”, para lo cual reclama una vuelta a “toda la filosofía griega”, a aquello que la hizo grande, “intercambiando ideas en simposios, paseos y banquetes”, lo que denomina “la ciencia de la conversación”, a partir de la cual, con la intervención conjunta de los demás, alumbramos al Sistema 2 referido al pensamiento racional y razonable para controlar los errores producto de los sesgos cognitivos que en no pocas ocasiones se derivan del funcionamiento del Sistema 1 para todos “los dominios de la cognición”, a semejanzas de lo que ocurre con el control de una torre de control en la navegación aérea “para detectar errores y vislumbrar alternativas posibles”, todo lo cual es viable “*dialogando*”, habida cuenta que así “se mejoran sustancialmente las decisiones y el razonamiento y, en general, se aclaran las ideas, tanto aquellas que se refieren al mundo como a nuestra forma de vivir”, pues en el “intercambio de ideas se vuelven procesos mentales que de otra manera pasarían inadvertidos”⁴⁴, propuesta en la que observamos, por supuesto, una vuelta a la ética de las virtudes griegas, a las primeras concepciones sobre la vida y la búsqueda de la felicidad del ser humano como tema ético central y fundamental.

Afirma de manera contundente que “la *buena* conversación es la fábrica de ideas más extraordinaria que tenemos a nuestro alcance, la herramienta más poderosa para transformarnos, llevar una vida emocional más plena y ser mejores personas”, toda vez que “*dialogando* se mejoran sustancialmente las decisiones y el razonamiento” en general en todos y absolutamente en todos los dominios de la cognición como sucede respecto de las decisiones, creencias, memoria, ideas, emociones, etc.⁴⁵.

Aquí, sin duda alguna, identificamos una confluencia de pensamientos con las propuestas de Kahneman, Simbony y Sustain planteadas en su libro “*Ruido*” en torno a la “*higiene en la toma de decisiones*”, forma colectiva o grupal de las organizaciones para evidenciar, controlar y ponerle coto a los sesgos cognitivos⁴⁶.

En efecto, Sigman es contundente en señalar que en las decisiones más frecuentes de nuestra vida, bien en la toma de decisiones individuales o colectivas, ya sea igualmente en la dirección del comportamiento que debemos tomar ante las alternativas que nos ofrecen las circunstancias y situaciones que enfrentamos en cuanto a “las visiones generales del mundo y la moral”, trazadas por antecedentes muchas veces desconocidos e incomprensibles,

44 Cfr. SIGMAN, *El poder de las palabras*, ob.cit, pp. 17 a 19. Muy especialmente la vinculación de la propuesta con la “*ética de las virtudes*” en pp. 76 y ss.

45 Cfr. SIGMAN, *El poder de las palabras*, ob.cit, pp. 18 y 19.

46 Predilecciones, opiniones e inclinaciones afectan el funcionamiento adecuado al desempeño de las organizaciones y toma de decisiones colegiadas producto de los sesgos cognitivos, ponen en tela de duda la confianza ciudadana en las instituciones, así como en la Administración de Justicia, quebrantan las expectativas, afectan su coherencia y desdibujan su racionalidad y razonabilidad: DANIEL KAHNEMAN, OLIVIER SIBONY y CASS R. SUNSTEIN. *Ruido. Una falla en el juicio humano*, JOAQUÍN CHAMORRO MIELKE (Trad.), Bogotá, Debate, 2021, pp. 14 y ss, 66 y ss.

pero hoy ante respuestas que facilitan y permiten su control, por lo que resulta cierto que al momento “no sabemos cómo se han formado ni que puede hacerlas cambiar”, debemos y tenemos que plantear respuestas y soluciones, habida cuenta que “casi siempre en la vida, se mezclan la intuición y el azar sobre un mar de ignorancia”, encontrando parte de ellas en la conversación adecuada y en el ámbito apropiado, puesto que “la conversación produce el efecto contrario cuando está repleta de gente, o cuando se monopoliza la palabra, o cuando prevalece el ánimo de confrontar”, donde se divide la sabiduría de la locura colectiva, toda vez que en la práctica “muchas catástrofes organizativas resultan sencillamente de no haber creado el entorno apropiado para las buenas conversaciones”: “Las buenas conversaciones temperan, permiten entender distintos puntos de vista y alivian la violencia”, como hoy lo ha determinado la ciencia; obviamente, el diálogo y la discusión en grupo, precisa que se potencia su beneficio si no se trata de agrupaciones extensas o muy grandes y donde se asegure “que todas las opiniones sean expresadas y atendidas”, entablando “sin prejuicios un debate abierto que nos permita revisar y entender nuestras posturas, opiniones y pareceres aun sobre temas tabú, que entorpecen el ejercicio de la palabra”⁴⁷.

El control de los sesgos cognitivos reclama una interacción conscientemente orientada por la persona respecto del funcionamiento del Sistema 1 y Sistema 2 de pensamiento y acción del ser humano⁴⁸, esto es, del funcionamiento conjunto e integrado de su inconsciente y consciente de los cual ya nos hemos ocupado en otro trabajo señalando lo que aquí puntualmente nos interesa⁴⁹.

La moderna neurociencia de las emociones ha puesto de presente que no tenía razón Descartes⁵⁰ sino que la historia muestra cómo se dejaron de lado enseñanzas como las de Spinoza⁵¹, que ponen de presente la importancia de las emociones y sentimientos humanos en la toma de decisiones, según Antonio Damasio. La importancia que reclaman actualmente las emociones y los sentimientos en la valoración del comportamiento humano no es una suerte de naturalismo, por el contrario, nos ubica en el modo de lo más radicalmente humano, toda vez que, como lo afirma el mismo, “*los impulsos, las motivaciones y las emociones suelen jugar un papel muy importante en unas decisiones que cabría espera que fueran puramente racionales*”,

47 SIGMAN, *El poder de las palabras*, ob.cit, pp. 65 y ss, 78 y ss.

48 Para el efecto muy bien vendría en todas las organizaciones, colocar como ejemplos del asunto los famosos casos colombianos de la clonación de testigos en una época donde los mismos eran “*sin rostro*” o anónimos, los falsos positivos de los primeros años diez años del siglo que corren en el Ejército colombiano y, a nivel mundial, paradigmático de los sesgos cognitivos, el documental de Netflix: Descenso. El caso contra Boeing en <https://www.netflix.com/co/title/81272421>

49 Cfr. SIGMAN, *El poder de las palabras*, ob.cit, pp. 18 y 19.

50 Cr. ANTONIO DAMASIO. *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, JOANDOMENEC ROS (Trad.), Barcelona, Ediciones Destino S.A., 2013 y DAMASIO ANTONIO. *Diálogos con Antonio Damasio* (Entrevista), MARIO MAZZILLI, Porto Alegre, Fronteras de Pensamiento, 2013 en <https://www.youtube.com/watch?v=SIj3hOMaIIM>, consultado diciembre 1 de 2018.

51 ANTONIO DAMASIO. *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, JOANDOMENEC ROS (Trad.), Barcelona, Ediciones Destino S.A., 2014.

precisamente de los mismos surge “la poderosa capacidad social que fue un aliado esencial para el desarrollo intelectual del *Homo sapiens*” y son, en esencia, un “conjunto de estrategias de comportamiento indispensables para la creación de respuestas culturales” que hacen parte de la instrumentalidad de la homeostasis social, que por cierto, como contracara de la entropía, permite contrarrestar “la tendencia de la materia hacia el desorden”, permitiendo un mayor grado de “estabilidad vital”⁵².

Un marcador somático funciona produciendo sensaciones viscerales que advierten, dado el sentimiento de negatividad, como presentimiento, palpito o corazonada sobre una toma de decisión en determinado sentido o sobre la oportunidad de tomarla; pero mucho más importante, “la señal emocional puede operar enteramente bajo el radar de la conciencia. Puede producir alteraciones en la memoria funcional, la atención y el razonamiento, de forma que el proceso de toma de decisiones resulte sesgado hacia la selección de la acción que con más probabilidad conducirá a la mejor consecuencia posible, dada la experiencia previa”. De todos modos, dice Damasio, “de una manera u otra, el conocimiento objetivo sobre el comportamiento social requiere la maquinaria de la emoción y el sentimiento para expresarse con normalidad”⁵³.

Dice Damasio que “parece existir una serie de sistemas en el cerebro humano dedicados de forma consistente al proceso de pensamiento orientado a un fin que llamamos razonamiento, y a la selección de respuestas que llamamos toma de decisiones, con un énfasis especial en el dominio personal y social. Esta misma serie de sistemas está asimismo implicada en la emoción y el sentimiento, y se dedica en parte al procesamiento de las señales procedentes del cuerpo”, lo que sugiere “una relación estrecha entre una serie de regiones cerebrales y los procesos de razonamiento y de toma de decisiones”⁵⁴. Así, a las emociones y sentimientos no se les daba la importancia que tienen, muy a pesar de que, al tener que ver con los afectos humanos y la construcción de nuestro “yo”, resultan de singular importancia para explicar las intenciones, toda vez que son “factores de motivación y agentes de control y negociación de las empresas culturales humanas”, esto es, “sentimientos y razón se encuentran indefectiblemente unidos en un abrazo reflexivo bidireccional. Uno de los socios, los sentimientos o la razón, puede salir favorecido por este abrazo, pero siempre implica a ambos”⁵⁵.

Pero lo cierto es que, dice Damasio, los mecanismos automáticos e inconscientes fueron primero, esto es, el ser anticipó a la mente y al pensamiento, lo cual se encuentra demostrado con la evolución y con el desarrollo del cerebro del

52 ANTONIO DAMASIO. *El extraño orden de las cosas. La vida, los sentimientos y la creación de las culturas*, JOANDOMENEC ROS (Trad.), Bogotá, Ediciones Destino, 2018, pp. 59 y 162.

53 DAMASIO, *El error de Descartes*, ob.cit, pp. 166 y 169 y ANTONIO DAMASIO. *Diálogos con Antonio Damasio* (Entrevista), MARIO MAZZILLI, Porto Alegre, Fronteras de Pensamiento, en <https://www.youtube.com/watch?v=SIj3hOMaIIM>, consultado diciembre 1 de 2018.

54 DAMASIO, *El error de Descartes*, pp. 117 y 126.

55 DAMASIO, *El extraño orden de las cosas*, ob.cit, pp. 15, 16 y 327.

niño, de manera que se hace necesario entender que emoción y razón no son incompatibles, pues de manera concertada trabajan por la supervivencia de la especie, solo que los fenómenos de la primera –*los procesos emocionales, es decir, intuitivos, son procesos cognitivos en los que llegamos "a una conclusión concreta sin ser conscientes de todos los pasos lógicos intermedios"*⁵⁶– son inconscientes y automáticos, mientras que los de la segunda son conscientes y reflexivos.

Afirma que antes se consideraba que las emociones no entraban el juicio racional, por el contrario, hoy están convencidos los neurocientíficos que ayudan “en el proceso de razonamiento en vez de perturbarlo”, puesto que “el sistema de razonamiento se desarrolló como una extensión del sistema emocional automático”, donde las emociones cumplen diferentes funciones en el mismo: “Cuando se eliminan por completo las emociones del plano del razonamiento, como ocurre en determinados estados neurológicos, la razón resulta ser todavía más imperfecta que cuando las emociones nos juegan malas pasadas en nuestras decisiones”, como sucede en los pacientes de lóbulo frontal, en quienes pareciera que desaparece el libre albedrío o la “estructura normal de la personalidad”, puesto que pierden la “práctica de las convenciones sociales” y la ética, la capacidad de planear y anticipar el futuro, así como todo síntoma de previsión, en fin, el juicio ético ligado a la cultura y a la conducta social, atentando contra su propia supervivencia⁵⁷.

En efecto, “las emociones proporcionan una conclusión de manera tan rápida y directa que no es necesario que llegue a la mente mucho conocimiento”, pero de todos modos, “la calidad de la intuición de cada uno depende de lo bien que hayamos razonado con anterioridad”: “La intuición es solo cognición rápida con el conocimiento requerido parcialmente oculto bajo la alfombra, todo por cortesía de las emociones y de mucha práctica anterior”, por tanto, entonces, las emociones se constituyen en “una ayuda para la razón y en el mejor de los casos en diálogo con ella”; de tal manera que entre neurobiología y el “tejido de los fenómenos sociales y culturales”, existe una clara conexión que sirven a la homeostasis necesaria para la supervivencia, como “vía de desarrollo cultural de los valores humanos que nos permite juzgar las acciones como buenas o malas”, lo que implica un doble puente entre la neurobiología y la cultura, relacionado con “los estados del cerebro asociados al razonamiento moral” y la exploración de “los hilos que conectan la neurobiología y la cultura”⁵⁸.

No es posible, entonces, separar las bases neurales de las emociones y de la razón. Los sentimientos y las emociones son componentes integrales de la “maquinaria de la razón”; los dos primeros, resultan indispensables e imprescindibles para la racionalidad. Es más, dice Damasio, “los sentimientos forman la base de lo que los seres humanos han descrito durante milenios como el alma o el espíritu humanos”⁵⁹.

56 DAMASIO, *El error de Descartes*, p. 17.

57 DAMASIO, *El error de Descartes*, pp. 15, 16, 41 y ss.

58 DAMASIO, *El error de Descartes*, pp. 17 a 19.

59 DAMASIO, *El error de Descartes*, pp. 21 y ss.

Jhon Bargh, psicólogo experimental, ha puesto de presente como nuestros pensamientos y decisiones en más de un 90% de las veces que los experimentamos, los mismos provienen del inconsciente, de tal manera que el “yo” debe entenderse como un producto tanto de la consciencia como del inconsciente, lo que de manera absolutamente clara muestra que la toma de decisiones en los seres humanos es asunto de la intuición *-instintivo-* y de la razón *-racional-*. “A menudo, no somos conscientes de las razones y las causas de nuestro propio comportamiento”, dice John Bargh, para explicar cómo nuestro inconsciente *-nuestros actos más cotidianos como los automatismos o sentimientos más profundos-* está ligado a nuestro más antiguo sistema evolutivo, al que sobrevino el consciente, pero éste no reemplazó o dejó de lado a aquél, sino que el inconsciente le sirve al consciente, incluso, generando ideas e hipótesis. El yo o consciencia es la última creación del inconsciente, su producto más sofisticado, la creación de una mente compleja; nos ayuda a entender el entorno y a tomar decisiones rápidas, operando como un piloto automático. Antes se creía que utilizábamos el inconsciente de manera limitada y por norma general, era el consciente el que guiaba los actos de la vida más complejos, no obstante hoy, por virtud del refinamiento de los experimentos psicológicos y la técnica de neuroimágenes se sabe que en gran medida el inconsciente se ocupa tanto de actos o procesos cognitivos de la vida sencillos como complejos y de las emociones, sirviendo por supuesto a la consciencia, dada la necesidad de ser eficaz en la vida y la supervivencia, pues mientras el consciente solo es capaz de procesar información en una máximo de 50 bites por segundo, el inconsciente lo hace a la astronómica suma de 11 millones de bites por segundo, sin darnos la más mínima cuenta de que ello está sucediendo. El inconsciente lo hace casi todo y la consciencia se ocupa de pocas cosas, pero las mismas resultan fundamentales como el proceso de abstracción, a través del cual se retrocede al pasado por virtud de la memoria para efectos de la experiencia y su debido aprovechamiento o se viaja al futuro, para efectos de la planeación⁶⁰, la creatividad, el conocimiento, la posibilidad de trascender⁶¹, ser felices y evaluar nuestro estado de sociabilidad y autoconocimiento según Damasio⁶².

Se ha descubierto, según Bargh, que existen muchas similitudes entre los procesos inconscientes y conscientes, o al menos como trabajan juntos, puesto que parece que lo consciente recurre al inconsciente. Como si los procesos conscientes utilizaran los inconscientes, la misma mente el mismo cerebro, pero diferente al planteamiento freudiano donde la inconsciencia interfería en la consciencia, puesto que aquí todo indica una sincronía entre ambas, donde

60 JOHN BARGH. ¿Por qué hacemos lo que hacemos? *El poder del inconsciente*, SONIA TAPIA (Trad.), Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.

61 ANTONIO DAMASIO. ¿Para qué sirve la felicidad? *Emoción y felicidad* (Conferencia), Puebla, La ciudad de las ideas CDI, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=-1ROITH4_5k, consultado diciembre 1 de 2018.

62 ANTONIO DAMASIO. *La búsqueda por comprender la consciencia* (Conferencia), Long Beach, TED Talks, 2011 en https://www.ted.com/talks/antonio_damasio_the_quest_to_understand_consciousness?language=es#t-11035 y <https://www.youtube.com/watch?v=cqXMORKPQGA>, consultados diciembre 1 de 2018.

la mente puede acceder conscientemente a los procesos que muchas veces se realizan inconscientemente⁶³.

Dice Bargh, “una de las funciones de la conciencia es seleccionar comportamientos que puedan automatizarse, volverse inconscientes”⁶⁴, lo que juega, de una manera muy estrecha, con las emociones y su efecto sobre la memoria y el aprendizaje⁶⁵.

Bargh, de quien se dice es el “experto mundial más sobresaliente” en el estudio de la mente inconsciente, señala que tanto el inconsciente como la conciencia, son mecanismos cerebrales para lograr y optimizar el “control” de la mente. Ese control no implica desconocer la voluntad y la capacidad de elección, por el contrario, sabiendo y conociendo sobre los procesos inconscientes, sus efectos pueden ser controlados de manera eficiente: “Es una calle de dos direcciones: se pueden usar los procesos conscientes e intencionados para contrarrestar o controlar las influencias inconscientes no deseadas, pero también se pueden utilizar mecanismos inconscientes para que nos ayuden cuando los habituales métodos conscientes no bastan para lograr nuestros objetivos”, esto es, “ver esas influencias ocultas, ser más conscientes de ellas, es el primer paso para controlarlas o usarlas en beneficio propio”; toda vez que, al “reconocer la existencia de esas influencias ocultas, tenemos la oportunidad de hacer algo al respecto, de recuperar el control allí donde no lo teníamos, por lo que al “delegar el control a esas fuerzas inconscientes, somos más capaces de conseguir nuestras metas conscientes e intencionadas”, obviamente, poniendo a “esas fuerzas a trabajar para nosotros”⁶⁶.

Dice Bargh que “la ciencia ha revelado que nuestra mente inconsciente evolucionó para responder nuestros mensajes conscientes siempre que sepamos cómo comunicar de manera efectiva esos mensajes”, afinando nuestra mente con nuestras intenciones, en fin, aumentando “nuestro libre albedrío”. Lo que propone el gran psicólogo social, es utilizar “una especie de combinación de efecto mental consciente e inconsciente -la cesión intencionada del control de la conducta a instigadores ambientales externos, a eventos futuros-, una extraña mezcla de libre albedrío y no-libre albedrío”, esto es, “el uso consciente de los poderes inconscientes”⁶⁷.

Para llegar a dicha conclusión, Bargh parte de la idea fundamental de especificar que la mente humana vive en un túnel del tiempo, donde todo y absolutamente todo está demarcado por el pasado, el presente y el futuro. Particularmente el pasado, mismo que viene definido por el de la especie -el

63 JOHN BARGH JOHN. *El experto y sabio inconsciente* (Entrevista), EDUARDO PUNSET, Redes 45 Atrévete a saber, 2018 en https://www.youtube.com/watch?v=w_x5-ZCn_Xc, consultado en diciembre 1 de 2018.

64 BARGH, *El experto y sabio inconsciente*, ob.cit.

65 ANTONIO DAMASIO. *Neurociencia y aprendizaje* (Conferencia), 2011 en <https://www.youtube.com/watch?v=5aK9gf9H5as>, consultado diciembre 1 de 2018.

66 BARGH, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, obc.cit, p. 349.

67 BARGH, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, obc.cit, pp. 369 y 374.

ADN y muy especialmente el fenómeno biológico-cultural de la epigenética-, el de la niñez hasta más o menos los cinco años y el pasado reciente de cada individuo, son determinantes para explicar la existencia de “unos mecanismos ocultos subyacentes que guían o incluso crean nuestros pensamientos y acciones”, pléyade de conocimientos que, si lográramos utilizar positivamente, nos ayudarían a “transformarnos a nosotros mismos y nuestro mundo”⁶⁸.

Bargh sienta unas muy importantes recomendaciones, por demás bastante prácticas, de cómo podríamos optimizar el logro de nuestras metas y controlar el inconsciente en materia de afectos, deseos, emociones e intenciones, que se contraen de manera sintética:

Regla número 1: hay que completar el impulso intuitivo con al menos un poquito de reflexión consciente, si hay tiempo para ello;

Regla número 2: si no tienes tiempo para pensarlo, no corras grandes riesgos por pequeñas ganancias basándote solo en tus impulsos o intuiciones;

Regla número 3: cuando te enfrentes a decisiones complejas en las que intervienen muchos factores, y sobre todo cuando no cuentes con medidas objetivas (datos fiables) de esos factores importantes, tómate en serio tu intuición;

Regla número 4: para saber cuándo confiar en nuestros instintos, ten cuidado con lo que deseas, porque tus actuales metas teñirán lo que deseas y lo que te gusta en el presente;

Regla número 5: cuando nuestra inicial reacción visceral ante una persona de otra raza sea negativa, deberíamos reprimirla;

Regla número 6: no deberíamos confiar en nuestras valoraciones de los demás, basadas solo en sus rostros o en fotografías hasta que hayamos tenido alguna interacción con ellos;

Regla número 7: puedes confiar en tus instintos con respecto a otras personas ... pero solo después de haberlas visto en acción; y,

Regla número 8: está muy bien que el atractivo sea una parte de la ecuación romántica, pero no debería ser el único factor, ni siquiera el más importante.

En resumen, según Bargh: “en general, tendemos a confiar en nuestra intuición”, pero sin duda alguna la mejor respuesta está en un “punto intermedio” entre lo inconsciente y lo consciente”; confiamos en nuestra intuición por la “misma razón en que confiamos en nuestros sentidos” y confiamos en mayor medida, “cuanto más fácilmente aparece en nuestra mente una idea en particular, sin que nos esforcemos por producirla”, de tal manera que tenemos que aceptar que aun cuando la mayoría de las veces

68 BARGH, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, ob.cit, p. 12.

acertamos guiados por nuestras intuiciones, también nos podemos equivocar, lo que implica activar prevenciones sobre excesos de miedo o de confianza sin dejarnos cegar, de manera que no debemos precipitarnos en fin, “las mejores decisiones se toman mediante una combinación de procesos conscientes e inconscientes, y en este orden: *primero consciente, luego inconsciente*”⁶⁹.

Incluso en temas morales, dice Jonathan Haidt, la intuición aparece primero y después surge el razonamiento estratégico⁷⁰, aspecto que tiene trascendencia significativa en estas materias, muy especialmente porque a partir de dicho criterio, propondremos la tesis central de este trabajo, que no es otro que la incidencia de dicho principio en la necesidad de diferenciación de los roles al interior de las organizaciones o cuando menos la oportunidad de ofrecer consideraciones alternativas y/o críticas ante ciertas posiciones, especialmente las de los líderes, sobre todo si ostentan carácter científico, para que sean valoradas en conjunto y serenamente a partir de la discusión dialéctica de las partes concernidas en un diálogo cuantitativa y, sobre todo, cualitativamente relevante.

Daniel Kahneman ha descubierto que los seres humanos tenemos dos sistemas de toma de decisiones. El Sistema 1 está impulsado por las emociones, es un sistema inconsciente, automático y rápido, producto de lo intuitivo, de lo cual dependen espontáneamente nuestros pensamientos, sentimientos, recuerdos, asociaciones e impresiones que facilitan las intuiciones causales que nos permiten “interpretar y entender matices en situaciones sociales”, lo que mejora con la práctica prolongada asociando ideas, pero también puede generar una excesiva confianza en lo que creemos saber, que nos llevaría a una sobreestimación del papel del azar en los acontecimientos, dando pábulo a la “trampa de la retrospcción y la ilusión de la certeza”, por lo cual resulta inclinando a los sesgos cognitivos y en no pocas oportunidades a las equivocaciones; mientras que el Sistema 2, es un sistema consciente, que implica un trabajo mental deliberado y ordenado en tensión constante, cuestionador, calculador de lo complejo y lento, sugiere la intervención atenta para evitar equivocaciones y es producto de la racionalidad y la lógica humana, a través del cual controlamos y anulamos, si es necesario, los irresponsables impulsos y asociaciones del Sistema 1⁷¹.

La intuición es un reconocimiento inconsciente de algo, de lo cual se puede aprender por asociaciones al reconocer elementos comunes en situaciones novedosas y por supuesto, actuar de manera adecuada a ella. Por ello, de conformidad con los modernos descubrimientos, “la emoción está ahora en nuestra comprensión de juicios y elecciones intuitivos mucho más presente que en el pasado”, a través de una heurística efectiva. Por ello “el Sistema

69 BARGH, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, obc.cit, pp. 207 a 239.

70 JONATHAN HAIDT. *La mente de los justos. Por qué la política y la religión dividen a la gente sensata*, ANTONIO GARCÍA MALDONADO (Trad.), Bogotá, Ediciones Planeta, 2019.

71 DANIEL KAHNEMAN. *Pensar rápido, pensar despacio*, JOAQUÍN CHAMORRO MIELKE (Trad.), Bogotá, Debolsillo, 2017, pp. 1 a 60 y ss.

2 tiene cierta capacidad para cambiar la manera de trabajar del Sistema 1 programando las funciones normalmente automáticas de la atención y la memoria”, toda vez que la “la constancia en una tarea requiere que hagamos continuamente algún esfuerzo”, dependiendo de “la asignación de la atención al estímulo relevante”. Debemos estar prevenidos, puesto que “podemos estar ciegos para lo evidente, y ciegos además para nuestra ceguera”.

Así, se tiene que “el Sistema 1 hace continuamente sugerencias al Sistema 2: impresiones, intuiciones, intenciones y sensaciones. Si cuentan con la aprobación del Sistema 2, las impresiones e intuiciones se tornan creencias y los impulsos, acciones voluntarias”. La sorpresa, como emoción primaria, nos hace experimentar “un repentino aumento de la atención consciente” –lo que Damasio denomina *marcador somático*-, escenario de los sesgos, que son “errores sistemáticos” para los cuales tenemos propensión “a cometer en circunstancias específicas”, por lo que el Sistema 2 “es movilizado para que el esfuerzo aumente cuando detecta que estamos a punto de cometer un error”, desconectando lo automático del inconsciente, para lo cual “toma las riendas cuando esas cosas se ponen difíciles, y es él el que normalmente tiene la palabra”: de allí que “la división del trabajo entre el Sistema 1 y el Sistema 2 es muy eficiente: minimiza el esfuerzo y optimiza la ejecución”, en fin, “una de las tareas del Sistema 2 es vencer los impulsos del Sistema 1. En otras palabras, el Sistema 2 es el encargado del autocontrol”.

Si bien los errores del pensamiento inconsciente –*ilusiones cognitivas*- son muchas veces difíciles de prevenir, por lo que no siempre pueden evitarse, al no tener el Sistema 2 un indicio de que el Sistema 1 se encuentre en un error, no pudiendo adoptarse como pauta de vida por ineficaz una “vigilancia continua”, lo que por demás resulta impracticable, si es menester “aprender a reconocer situaciones en las que los errores sean probables y esforzarnos en evitar errores importantes cuando están en juego cosas de primer orden”.

No debe perderse de vista que, las personas, cuando se esfuerzan en una “carrera mental” de hecho pueden volverse ciegas. De allí el autocontrol que ejercemos del Sistema 1 por intermedio del Sistema 2, toda vez que éste “es el único que puede seguir reglas, comparar objetos en varios de sus atributos y hacer elecciones deliberadas entre opciones”, lo que se puede expresar programando la memoria “para obedecer una orden que anula las respuestas habituales” a través del control ejecutivo del lóbulo frontal. Significa lo anterior, en consecuencia, que “una de las principales funciones del Sistema 2 es observar y controlar los pensamientos y las acciones *sugeridos* por el Sistema 1, permitiendo que algunos se expresen directamente en la conducta y reprimiendo o modificando otros”.

Es preciso, si se quiere acertar, no confiarse en exceso de las intuiciones, pues con ellas “la conclusión viene primero, y los argumentos después”. Todos tenemos la opción de no precipitarnos y de efectuar una búsqueda, así como un análisis, en la memoria de todos “los posibles hechos relevantes”, en la medida en que “el grado de comprobación y búsqueda deliberadas es una característica del Sistema 2”, aun cuando varía de individuo a individuo

dependiendo de su prudencia e inteligencia. Tal estado es susceptible de controlarse por virtud del estado de tensión, el que hace “más probable que estemos alerta y seamos suspicaces, que dediquemos más esfuerzo a lo que estamos haciendo, nos sintamos menos cómodos y cometamos menos errores, pero también que seamos menos intuitivos y menos creativos de lo normal”; en fin, “la sensación de tensión cognitiva, cualquiera que sea su origen, tiende a movilizar al Sistema 2, haciendo que el individuo deje de abordar los problemas de un modo intuitivo y despreocupado y lo haga de otro más implicado y analítico”, con lo que se evita, entre otros sesgos, el del “efecto de la mera exposición”, pues la repetición de situaciones en el campo social “induce facilidad cognitiva y una cómoda sensación de familiaridad”.

El Sistema 1 está gobernado por una “psicología de la causalidad”, nuestro cerebro viene precableado para observar patrones y aun para construirlos, a veces lejos de la “causalidad física”, dada la tendencia del cerebro a poner orden a las cosas, lo cual debe ser corregido por el Sistema 2 cuando existan advertencias, pues en este lo percibido se somete al razonamiento estadístico, del cual es inhábil el Sistema 1. No debemos, sin más ni más, saltar a las conclusiones a partir de las percepciones. En efecto, “el Sistema 1 no examina alternativas que rechaza, o simplemente el hecho de que había alternativas. La duda consciente no figura en el repertorio del Sistema 1; esta requiere tener en la mente al mismo tiempo interpretaciones incompatibles que demandan esfuerzo mental. La incertidumbre y la duda son dominios del Sistema 2”, de allí que sea pertinente y conducente realizar intentos deliberados para confirmar con evidencias, esto es, de llevar a cabo “estrategias de comprobación positiva”.

Por otro lado, estos ejercicios del Sistema 1 que pueden tener deficiencias, que exigen unas habilidades y capacidades especiales para la evitación de los errores cognitivos a partir de la puesta en evaluación y control del Sistema 2, cuando son individuales pueden ser superadas “por un conjunto de juicios individuales que lo hace sorprendentemente bien”, cuando “muchos son promediados”, comprobándose que el resultado “tiende a ser bastante exacto” cuando se trata de juicios plurales, siempre y cuando se tomen medidas que impidan que los sesgos se generalicen.

La toma de decisiones intuitiva y racionalmente, se perciben de manera muy diferente. No son muy distintas como tal, la diferencia radica en que la primera surge inconscientemente y la segunda conscientemente. El misterio cubre a las decisiones inconscientes, al sentir una intuición fuerte es un indicador de que el cerebro está analizando sin hacernos consciente, sin avisarnos o actualizarlos sobre dicho proceso psicológico, de las “opciones que tenemos y las consecuencias que pueden acarrear, y así expresa a través del cuerpo cuál de ellas es la más conveniente”, lo revela el cuerpo con la emoción, pues existe “un ocultamiento en cada corazonada que se resuelve en una fracción de segundo”, lo que revela la “opacidad” del inconsciente, por lo que, no puede

haber duda, ello reclama y hace mucho más “necesario el ejercicio de la conversación” para mejorar la toma de decisiones “aproximadas e intuitivas”⁷².

Lo anterior es solo una muestra pequeña y generalizada de lo importante que resulta la neurociencia de las decisiones para el efecto del tener bajo cierto control los sesgos cognitivos, somos “una especie que ha sido dotada de una facultad elemental de razonar y que ha descubierto fórmulas e instituciones que amplían su alcance”⁷³, lo que hoy se llama la “*higiene*” o auditoría de los procesos de la “toma de decisiones”, en palabras de Kahneman y colaboradores⁷⁴.

Si existe una conexión entre inconsciente y consciente, donde el segundo puede incidir controlando al primero, pero sobre todo cuando resulta evidente que los hábitos son saludables para cambiar, modular o transformar al inconsciente de manera eficaz, efectiva, eficiente y económica, la puesta en marcha de una ética de la virtud frente a los problemas cotidianos y de la vida práctica en las organizaciones, guiada por la ética de los deberes, a través de la cual se construyen protocolos ad-hoc de conformidad con la funcionalidad practicada y deseada de acuerdo al Compliance dentro de la llamada “*cultura del control*”, el terreno fértil para el desarrollo del mismo está servido y solo requiere su diseño de conformidad y por obra de personas profesionales y técnicas entrenadas y conocedoras del tema en su integridad e integralidad.

4. ÁMBITO ACTIVO REGULATORIO DEL COMPLIANCE: CENTRALIZACIÓN DEL CONTROL VS. DESCENTRALIZACIÓN DE LOS CONTROLES

La “ética de los deberes” comporta, en principio, una centralización de la disposición del sujeto que ordena frente a los sujetos que obedecen. Por el contrario, la “ética de la virtud” se expresa y manifiesta de modo esencialmente descentralizado, tiende a ser más de imposición autónoma que heterónoma. Son los mismos destinatarios, autores de las normas, quienes se las dan como autogobierno.

La “ética del deber” resulta consustancial al modelo de centralización en la producción del poder normativo. La norma regula conductas de manera episódicamente entendida, dando cuenta de una actividad llevada a cabo por las organizaciones políticas institucionalizadas, amplias y globales, especialmente aquellas representadas por los Estados u organizaciones surgidas de la unión de estos. Su imposición tiene origen heterónomo respecto de los destinatarios.

Una y otra institucionalidad no se excluyen entre sí, por el contrario, se complementan en los ámbitos requeridos de acuerdo a su especialidad, para

72 SIGMAN, *El poder de las palabras*, ob.cit, pp. 68 y ss.

73 STEVEN PINKER. *Racionalidad. Qué es, por qué escasea y cómo promoverla*, PABLO HERMIDA LAZCANO (Trad.), Bogotá, Paidós Editorial Planeta, 2021, pp. 14, 15, 38, 57, 67, 337, 363, 365 y 392.

74 KAHNEMAN, SIBONY y SUNSTEIN, *Ruido*, ob.cit, pp. 459 y ss.

conformar una expresión holística de lo normativo, donde el resultado es algo diferente cualitativamente a la suma de sus partes, un producto mucho más complejo y avanzado, que responde teleológicamente a lo que se persigue en términos globales con la integración de las relaciones de todo tipo, cuyo destinatario es un ciudadano del mundo, que debe tener consciencia que solo a partir de un tal modelo el posible para la humanidad superar los desafíos que se le están planteando en la actualidad a la civilización humana⁷⁵.

Lo individual no tiene sentido sin lo social y lo social no tiene sentido sin lo individual. Lo nacional no tiene sentido sin lo internacional o global y lo internacional y global no tiene sentido sin lo nacional. Lo individual nacional y lo social global generan un concepto superior y complejo de carácter holístico como el de humanidad, dentro del cual encontramos muchas explicaciones que desbordan los ámbitos individual-personal-subjetivo, colectivo y estatal.

Se trata, en el fondo, de las normas de humanidad, de los destinatarios ciudadanos del mundo, de los efectos globales socialmente considerados y, muy especialmente de un destinatario pensado en términos antropocéntricos sin que se pierda su norte inspirador y limitador de los poderes de cualquier orden.

En efecto, la ética estoica perseguía superar “el egoísmo natural y antepone la utilidad de la comunidad”, lo moral es el bien, como su “piedra angular” en cuanto llevar a cabo una vida según el *logos*, esto es, “una vida de coherencia según el *logos*”. Y ello, necesariamente, debe entenderse que “es importante tener siempre ante los ojos de antemano el destino universal humano e integrarlo en el gran contexto del acontecer del mundo” donde se amalgaman el “*tú puedes*” de la anterior ética con el “*tú debes*” de la ética de las virtudes, superando las adscripciones a una cultura particular y propiciando una visión universal, esto es, “queda en un segundo plano la cuestión de la composición nacional y racial de la ciudadanía”⁷⁶.

La descentralización de los controles conduce a una nueva forma de regulación, vertida en la idea de autorregulación, principio también aplicable al *Compliance*⁷⁷⁻⁷⁸. Pero también, sin duda alguna, ello incide en lo que tiene que ver con la responsabilidad de la empresa y/o del oficial de cumplimiento cuando fallan los controles⁷⁹.

75 Desafíos propios del mundo exterior pero también provenientes del fenómeno Antropoceno: PASCAL PICQ. *Sapiens frente a sapiens. La espléndida y trágica historia de la humanidad*, México, Siglo XXI Editores, 2021.

76 Cfr. POHLENZ, *La Stoa*, ob.cit, pp. 148, 149, 206 y 258.

77 Ampliamente en RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA y EDUARDO SAAD-DINIZ. *Compliance, Direito Penal. Elei anticorruptao*, São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 25 y ss.

78 NIETO MARTÍN, *La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal*, ob.cit, pp. 42.

79 ANDY CARRIÓN CENTENO y GUSTAVO URQUIZO VIDELA. “La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania, Perú y EEUU” en Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y

Nunca antes ha sido tan cierto el que el interés individual no puede entenderse sin el interés general. Uno y otro se encuentran vinculados por relaciones de inherencia y sustancialidad ineludibles, antes impensadas, hoy constitutivas de la esperanza del mantenimiento de la civilización humana tal cual la conocemos, si no se quiere que se transforme en otra cosa impensable donde ya no pueda mantenerse el concepto de “civilización”, no ya calificada con el apelativo de humana, tal vez ahora sociocéntrica o robotcéntrica, donde el sujeto del conocimiento desaparece en una nueva epistemología que tal vez ya no tenga nada de epistemología como el de civilización nada tenga de humanidad.

5. ÓRBITA PERSONAL DE APLICACIÓN DEL COMPLIANCE: DESTINATARIOS UNIVERSALES VS. DESTINATARIOS GRUPALES

El concepto de una ley como sustancialidad configurada a partir de lo general o universal, abstracto, impersonal y objetivo se pone en cuestión. Pareciere ahora que se pasa de unas características definitorias a unas características predominantes o prevalecientes, que no descartan sus frentes dicotómicos, mismos que son asumidos como complementariedad funcional⁸⁰.

El concepto de regulación ya no a través de la ley, sino del reglamento o del acuerdo entre los interesados, desciende de lo universal a lo particular, de lo general a lo concreto, del Estado al grupo. La norma no es abstracta, sino particular y concreta, ya no es necesariamente impersonal sino fundamentalmente personalizada o al menos descendida a niveles inferiores de lo general, como sucede con el rol o roles que desempeña el grupo, donde lo objetivo pierde su marginalidad y se abre la composición de nuevos entendimientos a partir de los conceptos del “*conocimiento perteneciente al rol*” o, aunque muy difícil de comprender y aprehender, de la “*voluntad objetiva u objetivada conforme al rol*”.

No es admisible, en el marco de lo último mencionado, el entendimiento de algo en sentido puramente subjetivo-personal-individual, sino de su sentido estandarizado en el rol, que está más acá de lo puramente objetivo, pero no identificado con lo subjetivo, lo cual es absolutamente necesario para que nos podamos entender e interactuar en un mundo globalizado más allá de las exigencias culturales propias de los grupos humanos y de lo que portan las mentes individuales-subjetivas.

Aquí identificamos lo que los estudiosos han especificado como “*Cultura Empresarial*”, a través de lo cual se reclama “procedimientos

derecho comparado, KAI AMBOS, DINO CARLOS CARO CORIA y EZEQUIEL MALARINO (Coordinadores), Lima, CEDPAL - Juristas Editores - CEDPE, 2015, pp. 375 y ss.

80 Esto se pone en evidencia cuando la doctrina plantea la existencia de una estrategia de “**regulación sectorial**” del Compliance: CARMEN ELOISA RUÍZ LÓPEZ. “*El cumplimiento normativo en Colombia*” en Corrupción, Compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado, MICHAEL KUBICIEL y ANDY CARRIÓN (Directores), Lima, Editores del Centro, 2020, pp. 139 y ss.

intraempresariales”⁸¹, cuyos diseños están condicionados de alguna manera a los roles que se desempeñan conforme a la ocupación de la empresa, lo cual permite desagregar la cobertura universal de la ley a espacios más reducidos, como expresión de la descentralización normativa que comporta la institución del Compliance.

6. DESTINATARIOS POR NATURALEZA DEL COMPLIANCE: DESTINATARIOS DE DERECHO PÚBLICO VS. DESTINATARIOS DE DERECHO PRIVADO⁸²

El entendimiento global desmonta las barreras y límites territoriales y, por ende, políticos. Ya no es absolutamente necesario distinguir entre lo público y lo privado como paradigma de lo diferencial que lo fue en el naciente Estado de Derecho.

La transversalidad y la complementariedad se imponen. El *Compliance*, cuyas características fundamentales se asociaron con lo global, no con lo nacional o lo internacional como conceptos dicotómicos; no con lo público o privado como expresiones incompatibles.

El ciudadano del mundo debe tener una sola característica: su humanidad global. Sus intereses son los de todos, sus fines no pueden ser sino, en lo primordial, los fines de la humanidad, pues lo que está en juego es la civilización humana. La teleología y axiología debe ser común y compartida, construida y no impuesta, resignificada y no adjudicada.

7. CONTENIDO Y FINES DEL COMPLIANCE: TELEOLOGÍA O PROPÓSITO ESPECÍFICO Y CONCRETO VS. TELEOLOGÍA Y PROPÓSITO MÚLTIPLE O MULTIPROPÓSITO

El *Compliance* se constituye, modernamente, en el denominador común que permitirá la integración de los estados nacionales en el mundo globalizado. Tal denominador común es el depositario de la confianza que aglutina a los pueblos del mundo y permite, a través de la teleología que inspira a tratados como el realizado con la OCDE, la búsqueda de multipropósitos que permiten el engarce y sincronización del funcionamiento de lo nacional con lo internacional, puesto que, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2012, “la integración económica que se ha de procurar con otras naciones no entra en contradicción con las finalidades buscadas por el Centro que, precisamente,

81 LUIS MIGUEL REYNA ALFARO. “Implementación de los Compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados” en *Lavado de activos y Compliance*. Perspectiva internacional y derecho comparado, KAI AMBOS, DINO CARLOS CARO CORIA y EZEQUIEL MALARINO (Coordinadores), Lima, CEDPAL - Juristas Editores - CEDPE, 2015, pp. 463 y ss.

82 Para el efecto JOSÉ-IGNACIO SÁNCHEZ-MACÍAS y FERNANDO RODRÍGUEZ-LÓPEZ. “Estudio Preliminar” en *Tratado angloiberoamericano sobre Compliance penal*, NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA (Director), MIGUEL ONTIVEROS ALONSO, OMAR GABRIEL y FERNANDO RODRÍGUEZ-LÓPEZ (Coordinadores), Valencia, Tirant lo blanch, 2021, pp. 27 y ss.

buscan aplicar los conocimientos y las experiencias acumulados por otros países en el proceso de su desarrollo a países que, como Colombia, todavía deben superar obstáculos para lograr un crecimiento económico adecuado, lo cual redundaría en beneficio de la integración latinoamericana y del Caribe postulada en los artículos 9 y 227 de la Carta, por cuanto los países de esta región tienden a compartir una situación semejante en el estadio de desarrollo económico”.

A su vez, en la sentencia C-492 de 2019, se resaltó nuevamente el carácter multipropósito de las relaciones internacionales, por supuesto también de su herramienta definitoria como es el *Compliance*, para el logro de finalidades nacionales e interestatales al señalar la Corte Constitucional⁸³ que “la Constitución hizo explícitos el deber del Estado de promover la internacionalización de las relaciones económicas, sociales, políticas y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, así como la integración económica, social y política con las *demás naciones*, particularmente con los países de América Latina y del Caribe, mediante tratados sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad⁸⁴. También estableció que las relaciones exteriores del Estado han de fundamentarse en la soberanía nacional, la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia⁸⁵”. De manera muy clara el multipropósito se evidencia en instituciones modernas de intercambio globalizado, por lo cual la Corte Constitucional ha dicho en la sentencia referenciada:

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es un foro único en que los gobiernos de las hoy 36 democracias y economías de mercado, laboran juntos para enfrentar los desafíos económicos, sociales y de gobernanza conexos a la globalización, y para aprovechar sus oportunidades. Constituye un marco para que los gobiernos comparen experiencias de políticas, escudriñen respuestas a problemas comunes, identifiquen las buenas prácticas y coordinen políticas públicas nacionales e internacionales. Tal foro en el que el apremio de sus integrantes contribuye valiosamente a la mejora de políticas, prepara instrumentos reconocidos a nivel internacional, adopta decisiones y realiza recomendaciones en sectores en que es necesario el acuerdo multilateral para que cada Estado avance en una economía globalizada⁸⁶.

Los intercambios entre los gobiernos de la OCDE se apoyan en la información y el análisis que proporciona un secretariado en París, el cual acopia datos, mira tendencias, examina y hace previsiones respecto a los progresos económicos, etc. Así mismo, investiga cambios sociales o la evolución de los modelos en el comercio, el medio ambiente, la agricultura, la tecnología, el sistema tributario, etc. Entre los objetivos está ayudar a los gobiernos a promover la prosperidad y a combatir la pobreza a través del crecimiento económico, la

83 Sentencias C-252 y C-254 de 2019.

84 Preámbulo y artículos 226 y 227 superiores.

85 Artículo 9º superior.

86 <http://www.oecd.org/centrodemexico/46440894.pdf>

estabilidad financiera, el comercio y la inversión, la tecnología, la innovación, el estímulo empresarial y la cooperación para el desarrollo⁸⁷.

Procura que se tengan en cuenta las implicaciones ambientales del desarrollo social y económico. Otros propósitos comprenden la creación de empleos, la equidad social y lograr una gobernanza transparente y efectiva. Encabeza los esfuerzos para comprender los nuevos progresos y preocupaciones, y colaborar a los gobiernos en la respuesta a éstos, que incluye ajustes comerciales y estructurales, seguridad en línea, y los desafíos sobre la reducción de la pobreza. La organización ha sido considerada una de las más confiables fuentes de información estadística, económica y social, cuyas bases de datos abarcan distintos campos: informes nacionales, indicadores económicos, comercio, migración, salud, medio ambiente, energía, etc., cuyas investigaciones son objeto de publicación y estudio⁸⁸.

La OCDE surgió de la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE), la cual se creó en 1948 con el apoyo de Estados Unidos y Canadá para coordinar el Plan Marshall y contribuir a la reconstrucción de las economías europeas después de la segunda guerra mundial. Esta organización reemplazó a la OECE en 1961 y a partir de ese momento su cometido ha sido apoyar a los gobiernos a forjar un crecimiento económico sostenible, empleos y niveles de vida mejorados en los países miembros, preservando la estabilidad financiera y beneficiando el desarrollo de la economía mundial⁸⁹.

La doctrina especializada⁹⁰ señala que la sociedad contemporánea se define esencialmente por su carácter globalizador, por lo que las políticas nacionales aisladas ya no responden a un mundo interconectado, principalmente debido a la proliferación de los organismos que realizan propuestas de actuación mancomunadas.

En la sentencia de la que nos ocupamos, C-492 de 2019, se estableció que ya en la "C-032 de 2014, al estudiar la Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal (2011) y aprobada por el Consejo de Europa y los países miembros de la OCDE, esta Corporación encontró que se orienta a propósitos constitucionalmente admisibles en el ordenamiento colombiano. Afirmó que dicho instrumento es "expresión de la cooperación internacional institucionalizada, la cual, como lo ha señalado Pastor Ridruejo pretende, en términos generales, "... la satisfacción de intereses comunes a los Estados..."⁹¹. Esta Corporación ha estimado que dicha actitud de los Estados en el concierto internacional es de recibo en nuestra normativa constitucional. Así,

87 Ibídem.

88 Ibídem.

89 <http://www.oecd.org/centrodemexico/46440894.pdf>.
<https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/historia-ocde.htm>

90 Juan Manuel Goig Martínez. La OCDE en la definición de políticas económicas en España. Doi: 10.18543/ed-64(1)-2016 pp. 165-205. <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1183/1418>

91 Pastor Ridruejo J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Ed. Tecnos 13ª. Ed., Madrid, 2009, p. 662

por ejemplo, desde la sentencia C- 401 de 1995 (...) se dijo: "(...) no en vano en la Constitución de 1991 se fijaron rumbos para una política integracionista por parte de Colombia, con el soporte de la amplia colaboración internacional. Pero esta debe ser integral, es decir, no limitarse a un solo aspecto, sino contemplar la diversidad de asuntos que en la vida de las naciones se derivan del devenir económico, social... y de lo que constituye la naturaleza de las relaciones del Estado (con) los demás del mundo contemporáneo (...)"

"Luego de destacar la línea de la Corte en materia de conveniencia de la cooperación⁹², anotó que no resulta nuevo el conocimiento de instrumentos internacionales que acerquen a Colombia a la OCDE⁹³, organización cuyos antecedentes se remontan a la OECE creada en 1948 y determinante en la reconstrucción de la Europa de la segunda posguerra. Atendiendo el preámbulo y el artículo 1 de la convención de la OCDE (1961), expresó que los fines están dados principalmente en *"contribuir al desarrollo pacífico y armonioso de las relaciones entre los pueblos, [en]frentar problemas a escala mundial y atender el hecho de la creciente interdependencia de las economías de los distintos países. Entre las finalidades específicas, (...), se destacan la que se orienta a 'contribuir a una sana expansión económica de los países miembros y de los países no miembros en situación de infradesarrollo económico', así como la que pretende contribuir a 'la expansión del comercio internacional sobre una base multilateral no discriminatoria'*⁹⁴", todo lo cual implica que el "juicio de constitucionalidad que no puede realizarse i) al margen de las actuales dimensiones de un mundo globalizado, ii) las expectativas válidas de profundización bajo la mutua cooperación, iii) el grado de desarrollo de las economías y iv) la promoción del interés general".

El punto central de la teleología del tratado OCDE fue expuesto paladinamente en la exposición de motivos en el curso del trámite legislativo, como lo resaltó la sentencia C-492 de 2019, al precisar que el Gobierno nacional señaló que la OCDE tiene como principales objetivos el promover políticas destinadas a: *"a) Realizar la más fuerte expansión de la economía y del empleo y de un aumento del nivel de vida en los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera; b) contribuir a una sana expansión económica en los Estados miembros y en los no miembros en vías de desarrollo económico y; c) contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, conforme a las obligaciones internacionales"*, esto es, *"por más de 50 años la OCDE ha impulsado estándares globales, acuerdos y recomendaciones en áreas tales como: la gobernanza y la lucha contra el soborno y la corrupción, la responsabilidad corporativa, el desarrollo, la inversión internacional, los impuestos y el medio ambiente, entre otros. En esta organización, la cooperación, el diálogo, el consenso y la revisión son*

92 Sentencias C-578 de 2002, C-354 de 2003 y C-1034 de 2003.

93 Sentencia C-417 de 2012.

94 Díez De Velasco M. Las Organizaciones Internacionales, Ed. Tecnos, 15ª. Ed; Madrid, 2008 p. 545.

herramientas que hacen que la OCDE continúe impulsando políticas, con miras a una economía y sociedad más fuerte, transparente y justa ⁹⁵.

Relacionado ya puntualmente, con el *Compliance*, se ha dicho en torno a la justificación normativa el papel central que cumple la vinculatoriedad con *"la necesidad de los Gobiernos de restaurar la confianza en los mercados y las instituciones y compañías que los hacen funcionar. Esto requerirá reforzar la regulación y un Gobierno más efectivo en todos los niveles de la vida política y económica"*, es decir, importa en grado sumo el marco normativo referente a *"establecer políticas públicas para promover el desarrollo económico, el bienestar de los mercados laborales, impulsar la inversión y el comercio, fomentar el desarrollo sostenible, incrementar los niveles de vida y el funcionamiento de los mercados"*⁹⁶, todo lo cual armoniza con la contribución a *"la materialización de la parte dogmática (valores, principios y derechos) y la orgánica (estructura del Estado y competencias) de la Constitución. Específicamente, armonizan con: (i) los fines esenciales y sociales del Estado (arts. 1º y 2º); (ii) la internacionalización de las relaciones económicas y comerciales bajo los principios de equidad, igualdad y reciprocidad (arts. 226 y 227)"*, lo que se traduce en *"un sello de garantía, pues los países que hacen parte de la OCDE son reconocidos por tener políticas serias, responsables, transparentes y justas. En este sentido, pertenecer a la OCDE es indicativo de un país que tiene serias intenciones de hacer las cosas bien, de mejorar continuamente sus instituciones, de invertir bien sus recursos y de cumplir estándares exigentes. Este sello de garantía es muy valioso para los inversionistas extranjeros, los socios comerciales y la comunidad internacional en general"*. Esto muestra muy claramente que *"el compromiso del país de convertirse en un país responsable, en el que, a partir de reformas estructurales motivadas por las buenas prácticas y experiencias de los demás estados miembros, pueda lograr un crecimiento no solo económico sino también de desarrollo humano"*⁹⁷.

En fin, dice la C-492 de 2019, que *"la globalización es un proceso de intensificación de las interconexiones entre los distintos sectores en el escenario mundial"*, lo que obviamente ha *"repercutido en las potestades del Estado, así como en la visión tradicional de la democracia y del papel de las Constituciones"*, por supuesto *"algunos organismos internacionales han tomado un protagonismo como la OCDE que a través de sus objetivos, funciones y decisiones incide en la definición de políticas públicas. De ahí que el mayor desafío bajo la globalización es fortalecer la democracia en los Estados nacionales"*⁹⁸, por lo que resulta de especial consideración en orden a la consecución de un *"orden social justo"*:

95 Gaceta del Congreso 540 de 24 de julio de 2018.

96 Ibidem.

97 Gaceta del Congreso 540 de 24 de julio de 2018.

98 La OCDE en la era de la globalización: desarrollo e influencia. *The OECD in the age of the globalization: development and influence*. Juan Manuel Goig Martínez. Revista de Derecho UNED, núm. 19, 2016.

evidenciar, en la relación ciudadano y poder público, el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración. Pasar de la retórica a la promoción de los derechos y libertades ciudadanas es la principal consigna de los poderes públicos⁹⁹. En palabras de la Corte¹⁰⁰ la creación de herramientas legales que impriman transparencia *"apuntaría a la realización de los principios constitucionales que orientan la función administrativa (CP art. 209), pues se trata de una estrategia indispensable en la lucha contra la corrupción administrativa la cual ha sido reconocida como un fenómeno que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, como contra el desarrollo integral de los pueblos, y que en el concierto internacional ha dado lugar a que las naciones se hayan comprometido a efectuar todos los esfuerzos en el ámbito interno para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio"*¹⁰¹.

La lucha contra la corrupción es un propósito que trasciende las fronteras nacionales para convertirse en un propósito universal¹⁰², de ahí que en la sentencia C-335 de 2014 se hubiere sostenido que: *"la relación del principio de transparencia con los cometidos que guían la función administrativa y con derechos constitucionales como el de petición, el debido proceso o el derecho a la defensa es innegable y coadyuva la constitucionalidad de un título usual en tratados de esta índole y que, según lo expuso la Corte (...), 'se limita a establecer ciertos mecanismos y procedimientos que tienen como fin principal asegurar que las reglas de juego del comercio (...) sean conocidas por todos los operadores económicos del mercado', a fin de garantizar que 'los compromisos asumidos por las partes no se vean desvirtuados en la práctica por la presencia de procedimientos administrativos oscuros y contrarios al mandato de transparencia'"*¹⁰³.

Se resalta el papel de la lucha contra la corrupción, el soborno y las malas prácticas de los conglomerados financieros como aspecto central instrumental al efecto, se destaca como efectos de la suscripción del tratado "en materia de buenas prácticas permite acceder a recomendaciones de política basadas en evidencias e intercambiar con los países miembros conocimiento especializado sobre seguimiento y evaluación de políticas públicas", por lo que "el ingreso -a la OCDE- tiene un impacto consistente en que el país empieza a acoger prácticas responsables en muchos frentes y mejores políticas públicas".

99 Derecho constitucional. El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración. Jaime Rodríguez-Arana. Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña. Prólogo de Raúl Canosa USERA. Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid. 2012.

100 Sentencia C-620 de 2015.

101 Sentencia C-887 de 2002.

102 Sentencia C-750 de 2008.

103 Sentencia C-446 de 2009.

Se destaca el aporte a la Justicia en “la efectividad de las instituciones, la transparencia y rendición de cuentas, los marcos institucionales de integridad y anticorrupción”, también el que “el objetivo final está dado en modernizar la administración pública para que pueda responder a las necesidades y retos del mundo moderno y que se traduzca en un desarrollo económico y social sostenible e incluyente para un mejor bienestar de la población. Es coherente una política exterior en perspectiva global, articulada con las tareas y desafíos de perfeccionar las instituciones, promover el desarrollo de la economía y extender los beneficios del progreso social”.

8. ÁMBITO DE VALIDEZ ESPACIAL: ÁMBITO DE VALIDEZ NACIONAL VS. ÁMBITO DE VALIDEZ INTERNACIONAL¹⁰⁴

Imbrica el *Compliance* la regencia de la soberanía nacional de los estados quienes adoptan en sus leyes internas metodologías adoptadas internacionalmente para implementar su operatividad, mismas que vienen aseguradas en cuanto a su adopción por compromisos oficiales, pero también, sin duda alguna, empujados por las condiciones materiales que la práctica y la costumbre internacional privada va imponiendo, toda vez que ello genera una realidad indiscutible e indesconocible, puesto que Estado que no se avenga a ello, y dentro de los mismos las empresas o empresarios como personas jurídicas, de hecho o naturales que no lo implementen se verán borrados del mapa de la globalización, esto es, en un futuro muy cercano, si ya no está sucediendo, país que no fomente la implementación del *Compliance* y sujetos de derecho del mismo que no lo hagan, no tendrán existencia práctica para efectos de negocios internacionales, tanto públicos como privados, con otros estados y/o con organizaciones internacionales públicas o privadas¹⁰⁵.

9. NATURALEZA DEL OBJETO DE REGULACIÓN DEL COMPLIANCE: NATURALEZA PÚBLICA VS. NATURALEZA PRIVADA¹⁰⁶

El *Compliance* transversaliza las naturalezas jurídicas del tratamiento moderno de las instituciones, pues como se ha visto trasciende de lo nacional a lo internacional y de lo público a lo privado, hasta el punto de que su regulación se adopta vía tratados internacionales bilaterales y multilaterales entre

104 Para el efecto MARC ENGELHART. “*La bribery act 2010 del Reino Unido. Corrupción, extraterritorialidad y corporate Compliance*” en Corrupción, *Compliance* y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado, MICHAEL KUBICIEL y ANDY CARRIÓN (Directores), Lima, Editores del Centro, 2020, pp. 225 y ss.

105 Ampliamente en RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA y EDUARDO SAAD-DINIZ. *Repatriacao e crime. Aspectos do binomio crise econômica e direito penal*, Belo Horizonte, Editora D’PLÁCIDO, 2017.

106 Para el efecto KUBICIEL, *Corrupción y Compliance en el Derecho Penal alemán*, ob.cit, pp. 24 y ss. También, igual que el anterior abordando lo referido a diferentes países del orbe, NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA (Director). *Tratado angloiberoamericano sobre Compliance penal*, MIGUEL ONTIVEROS ALONSO, OMAR GABRIEL y FERNANDO RODRÍGUEZ-LÓPEZ (Coordinadores), Valencia, Tirant lo blanch, 2021.

estados o entre estos y organizaciones internacionales de Derecho Público, pero también de Derecho Privado.

Creemos que aquí, de cierta forma, se materializa el viejo pensamiento estoico sobre lo universal de los intereses de la humanidad, más allá de los seres humanos individuales, grupales, étnicos o nacionales, sin distinción de culturas de ninguna naturaleza.

10. CONTENIDO CUALITATIVO DE LA DE LA NORMA COMPLIANCE: NEGATIVO O PROHIBITIVO Y SANCIÓN NEGATIVA O RESTRICTIVA VS. POSITIVO O ESTIMULANTE Y SANCIÓN POSITIVA O PREMIAL

Las normas con contenido de deberes negativos de no hacer son las más antiguas y cuantitativamente más numerosas, de hecho, son la expresión de las técnicas de protección del Estado Liberal; empero, ya de antiguo se conocían también las normas de contenido de deberes positivos de hacer¹⁰⁷, cuya sede natural son las técnicas de protección de derechos, valores y principios del Estado Social¹⁰⁸.

Es absolutamente claro que el impacto de las normas de contenido de deberes positivos de hacer son lugar común en los estados solidaristas y comunitarios, en consecuencia, donde la solidaridad, el altruismo y la igualdad general son propugnados, allí se insertarán muy fáciles tales normas como de uso común, tal como necesaria e indefectiblemente tenía que suceder en el pensamiento de los estoicos, según lo afirmaba Marco Aurelio, para quien “a menudo comete injusticia quien deja sin hacer algo, no solo quien hace algo”¹⁰⁹.

Sobre este tipo de normas y sanciones positivas ya nos hemos pronunciado en materia penal¹¹⁰ y disciplinaria¹¹¹, para no hacer más extenso este escrito a ello nos remitimos, bastando por señalar que los deberes surgen específicamente en el Estado Liberal como correlativos a los derechos –“*Ius et obligatio sunt correlativa*”- y, en cierta forma, se autonomizan, pero sin perder tal funcionalidad¹¹², en el Estado Social, tal como se desprende de los artículos 6 y 95 de la Carta Política.

107 Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *La solidaridad en la antigüedad y la dogmática de la omisión*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2005.

108 Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 65 y ss.

109 Cfr. POHLENZ, *La Stoa*, ob.cit, p. 429.

110 Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Intervención y omisión*, Bogotá, Giro Editores, 2005, pp. 49 y ss.

111 Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. “*La ética de las virtudes, los preceptos estimulantes y las sanciones positivas: tres cuestiones pendientes en el Derecho Disciplinario*” en *Crítica Disciplinaria a propósito de la reforma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 19 y ss.

112 Cfr. CARLOS LLERAS DE LA FUENTE y otros. *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*, Bogotá, Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política,

Pues bien, la sede del *Compliance*, en cuanto tiene que ver con la filosofía práctica y la acción como guía de conducta en la vida práctica, favorece, con su mirada grupal en el entorno de una ética de las virtudes, un desarrollo de estas técnicas y una utilización eficiente de las sanciones positivas o de recompensa al interior de las organizaciones.

11. TIPOLOGÍA DEL CONTROL CUALITATIVO DEL COMPLIANCE: CONTROL REPRESIVO O RETRIBUTIVO VS. CONTROL PREVENTIVO¹¹³

El Derecho Penal, en términos de reacción, desde el punto de vista cronológico en vistas a la comisión de la infracción y la respuesta estatal frente a ello, opera en sentido represivo o retributivo, así la pena tenga fines o funciones preventivo general o especial. Tal lo que sucede, igualmente, respecto del Derecho Administrativo Sancionador y, dentro de éste, si se admite su carácter de subcategoría dogmática, el Derecho Disciplinario; aun cuando nuestra postura, es la de categoría dogmática autónoma e independiente.

Empero, el *Compliance* tiene un alcance diferente, pues se presenta como un instrumento preventivo, que incide antes de la comisión de una conducta punible penal, administrativa o disciplinariamente. Previene la comisión del respectivo punible y como tal antecede, cronológicamente hablando, su producción o busca incidir en su configuración.

Tal es la novedad de la moderna institución que nos ocupa, una especie de reingeniería en el tratamiento y prevención de las conductas delictivas, lo que se muestra como una estrategia global, sistematizada, especificada y diferenciada de la Política Criminal estatal y universal.

12. LA DIANA NEUROLÓGICA DEL COMPLIANCE: CONSCIENCIA VS. INCONSCIENCIA E INCOMPATIBILIDAD VS. COMPLEMENTARIEDAD

Se afirma por los expertos que "la consciencia refleja la naturaleza íntima del ser humano" y se caracteriza en cierta forma por la autopercepción del sujeto y la percepción del mundo que este tiene, como conocimiento reflexivo de las cosas. En la autopercepción del sujeto, muy especialmente, se estima el origen del "yo"¹¹⁴. La persona humana, como tal, se define en su naturaleza como autoconsciente, pensante simbólicamente y hábil para el lenguaje comunicativo de tal orden¹¹⁵, lo que revela plenamente el

1992, p. 204.

113 NIETO MARTÍN, *La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal*, ob.cit, pp. 41 y ss.

114 ALBERTO FERRUS. "¿Qué es la consciencia? Una aproximación desde la neurociencia" en *Neurociencia & Psicología*, España, Bonalitra Alcompas, 2018, pp. 9, 10 y 52.

115 XURSO MARIÑO. "El misterio de la mente simbólica. Cerebro, lenguaje y evolución" en *Neurociencia & Psicología*, España, Bonalitra Alcompas, 2018, pp. 12 y ss.

contenido del artículo 1 de la Carta Política como texto abierto, entendiendo la dignidad personal en términos de la antropología filosófica y mediada por la neurociencia.

También se dice que “existe un amplio consenso en reconocer el peso de la interacción entre la naturaleza (nuestras características genéticas y congénitas) y el ambiente en la configuración de la personalidad”, esto es, personalidad en un sentido amplio, como entendimiento de un individuo dentro de un “proceso dinámico, complejo y flexible, abierto al cambio”, lo que significa que nos encontramos ante “un *ser* que no es inamovible, sino que se va haciendo en el devenir de la existencia de cada día”, en lo cual juega su temperamento, carácter, estructura narrativa de los significados personales y el papel determinante de la interacción con el medio familiar y social, a lo cual se suman últimamente los efectos de la epigenética en el campo cultural, todo a través de lo que adquirimos “nuestro sentir de identidad”. Asociados con el temperamento aparecen los rasgos personales, constitutivos de “patrones de comportamiento generalizados que responden a tendencias emocionales, y se distinguen así de los valores, creencias y esquemas”, reflejando una “disposición interna y relativamente estable” que “se muestra como una tendencia a responder de una determinada manera a las situaciones” que ofrece la vida y las relaciones sociales¹¹⁶, pero que no por estables se muestran fijas y, por consiguiente, son cambiantes, habida cuenta que “no somos seres completamente determinados por nuestras tendencias o rasgos de la personalidad, por mucho que estos estén propulsados biológicamente”. Allí se destaca que nos “vamos forjando a la vez como autores y actores de nuestras propias narrativas” y cuyas “historias”, integrando pasado, presente y futuro “dan coherencia y sentido a los acontecimientos”, transmitiendo “mejor el sentido de nuestra existencia”, de tal manera que no solo “nos aporta un sentido de identidad, sino que nos presentan y nos otorgan un lugar en el entorno social en el que vivimos”, en cuanto “función estructuradora de la consciencia” que le otorga sentido a la vida¹¹⁷.

Si así son las cosas, lo que se encuentra acreditado por la psicología y la neurociencia, “la mente de cada persona percibe con claridad su existencia en este mundo y, por extensión, la existencia de otras mentes”. La triada virtuosa de que hablan los neurocientíficos respecto de la autoconsciencia, pensamiento simbólico y lenguaje permite y facilita la construcción de códigos de conducta¹¹⁸, lo cual explica no solo la habilidad propia para darse un ordenamiento jurídico estatal, sino también códigos de conducta en un ámbito mucho más reducido y específico de organizaciones pequeñas frente a la complejidad de la primera, ajustable a sus propias necesidades, elaboradas a partir de sus propias experiencias, con mayores rasgos de identidad que la proveniente de la heteronomía estatal y con la participación directa de

116 GUILLEM FEIXAS I VIAPLANA. “Personalidad. Significados personales y sentido de identidad” en Neurociencia & Psicología, España, Bonal letra Alcompas, 2018, pp. 11 a 14, 22 a 25 y 41 a 49.

117 FEIXAS I VIAPLANA, *Personalidad*, ob.cit, pp. 11 a 14, 22 a 25 y 41.

118 MARIÑO, *El misterio de la mente simbólica*, ob.cit, pp. 12, 13, 16, 17, 55.

los destinatarios de las normas en la concreción, por ejemplo, de las malas prácticas en sus causas y efectos en el especial ámbito de relación del desempeño, lo que la acerca más al espectro de la debitud y exigibilidad en clave de autonomía de la consciencia ético-práctica o consciencia valorativa del individuo, que faciliten la comunicación, la orientación y la interacción entre los miembros de la organización y entre las organizaciones, como seres plenamente hábiles para “gestionar las relaciones sociales”, muy a pesar de que “las personas tenemos distintas mentes, distintos *yos*”.

Ante ello, es común la pregunta en el ámbito de la neurociencia, relacionada con si nuestras decisiones cotidianas “¿siguen plenamente las reglas de la lógica o son, más bien, el resultado de un compromiso continuo entre impulso y razón?”; pero también, recientemente ha surgido una disciplina vinculada con la neurociencia, dedicada al estudio de las “las bases cerebrales de la toma de decisiones” llamada economía conductual¹¹⁹, puesto que ello “equivale implícitamente a estudiar los factores que guían el comportamiento”, por lo que se constituye así necesariamente, en el núcleo de la misión de la neurociencia cognitiva, en cuyo seno se revelan con centralidad los estudios de que fue pionero Daniel Kahneman sobre los llamados sistemas de pensamiento para la toma de decisiones, como son el Sistema 1 que se muestra como “intuitivo, automático y empuja a tomar decisiones rápidamente, de acuerdo con las estrategias de simplificación del problema conocidas como *heurísticas -de la representatividad, de la disponibilidad, de la simulación, del anclaje, etc.-* y con rápidas asociaciones mentales, con frecuencia en ausencia de consciencia”, permitiendo y facilitando “reaccionar a los estímulos circundantes de modo ágil y rápido; pero el uso de estrategias heurísticas también puede llevar a tomar decisiones y a juicios no óptimos” denominados “*sesgos cognitivos*” o “*anomalías de elección*” por un lado; y el Sistema 2 por el otro, éste que “se basa en un pensamiento controlado, fruto de un proceso lento, comprometido y consciente”¹²⁰.

El cerebro humano de manera permanente y sistemática se encuentra “procesando, integrando o almacenando información”, lo cual hace de manera consciente, empero, se ha demostrado en los últimos tiempos que la mayor cantidad de operaciones en tal sentido son llevadas a cabo de manera inconsciente, incluso cuando dormimos, de tal manera que una vez sucede ello, las “traduce a pensamientos o ideas que también pueden regular, más frecuentemente de lo que quisiéramos, nuestras acciones y nuestra conducta”; pero además, igualmente, podemos percibir información consciente y también percepción “subliminal o subconsciente”, puesto que el cerebro así como realiza de manera automática funciones orgánicas inconscientemente como los ritmos circadianos, latidos del corazón, controles metabólicos, etc., también “es además capaz de procesar, por ejemplo, estímulos tan complejos

119 ELENA ORTIZ TERÁN y JOAQUÍN LÓPEZ PASCUAL. “*Neuroeconomía. Neurociencia, psicología y economía: tres disciplinas en colaboración*” en Neurociencia & Psicología, España, Bonallettera Alcompas, 2018.

120 NICOLA CANESSA. “*El sueño de la razón. Cómo funciona el cerebro*” en Neurociencia & Psicología, España, Bonallettera Alcompas, 2018, pp. 9, 97 y ss.

como las palabras, incluso por debajo del umbral de la consciencia". Este tipo de operaciones tiene singular y muy especial importancia, toda vez que el "inconsciente actúa como filtro para separar lo que es relevante, de lo que no lo es, evitando así que se inviertan demasiados recursos en tareas que no requieren de nuestra consciencia"¹²¹. En efecto, así se refrenda por la psicología, cuyos estudios dan cuenta que "intentamos evitar acciones que no deseamos y acercarnos a aquello que queremos, y muy a menudo lo hacemos de forma inconsciente"¹²².

Por ello para este trabajo resulta de singular importancia la "percepción subliminal o subconsciente", esto es, estímulos que son percibidos y/o procesados por debajo del umbral de consciencia, información de la cual "no nos damos cuenta de manera subjetiva" y, en consecuencia, "no somos capaces de controlarla voluntariamente", pero que sin duda inciden en la regulación de nuestras acciones y conducta, puesto que obra como una especie de "piloto automático" que "va completando pequeños huecos de información con el fin de darnos una visión del mundo más o menos congruente con nuestras expectativas y nuestras vivencias previas". Ahora, si la consciencia nuestra se alimenta de la experiencia, pensamientos, emociones, ideas, memorias, imaginación y demás fenómenos psicológicos, resulta obvio que también en el comportamiento incidirá el campo inconsciente de los mismos, toda vez que todo ello resulta integrado por el funcionamiento del lóbulo frontal, mismo en el cual se llevan a cabo otros procesos mentales de planeamiento, ejecución y control del movimiento, inhibición de impulsos y demás que gobiernan las acciones y las omisiones humanas, lo que fundamentalmente tiene que ver con la "conducta social", de tal manera que la percepción, procesamiento y expresión del inconsciente es asunto que no puede pasar desapercibido en cuanto querámoslo o no va a tener incidencia en nuestras relaciones sociales intersubjetivas, habida cuenta que "los sentidos pueden recibir e incluso interpretar toda la información que reciben de manera inconsciente". Y si se tiene en cuenta que además que "solo una parte muy pequeña de información alcanza a llegar a nuestra consciencia", siendo también percibida, almacenada, procesada y transformada aquella de tipo subliminal o inconsciente, no puede despreciarse los importantes efectos que tal fenómeno pueda tener en el mundo social respecto de nuestras acciones y actuaciones¹²³.

Los procesamientos automáticos no pasan por el filtro y control de nuestra introspección o autoconsciencia, en lo que van incluidas emociones, "pensamientos, prejuicios, memorias, intereses y motivaciones" todos ligados con el aprendizaje, pero que junto con lo consciente puede ser modelado para ajustar mejor nuestro comportamiento a las exigencias sociales. Esta relación e incidencia del inconsciente en el comportamiento humano se pone en especial evidencia frente al fenómeno del *priming*, esto es, aquel fenómeno

121 MARCOS QUEVEDO DÍAZ. "El cerebro inconsciente. Los automatismos de nuestra mente" en Neurociencia & Psicología, España, Bonal letra Alcompas, 2018, pp. 9 a 12.

122 RUBÉN MORENO BOTE. "¿Cómo tomamos decisiones? Los mecanismos neuronales de la elección" en Neurociencia & Psicología, España, Bonal letra Alcompas, 2018, p. 10.

123 QUEVEDO DÍAZ, *El cerebro inconsciente*, ob.cit, pp. 18 y ss.

psicológico donde se da cuenta del “efecto que un estímulo dado tiene sobre la respuesta a otro estímulo que ha sido presentado con posterioridad”¹²⁴

Ante los pensamientos y decisiones inconscientes es de resaltar lo que denominó Antonio Damasio como los “*marcadores somáticos*”, mismos que se activan ante señales de peligro frente a conductas que resultan arriesgadas, precediéndolas, equilibrando “las señales emocionales positivas, asociadas a la anticipación de la posible victoria, que en cambio, empujarían a arriesgar”¹²⁵⁻¹²⁶ muestra significativa del poder del cerebro, pues ello sugiere que también inconscientemente puede prevenirnos sobre los errores no advertidos o inconscientes que podríamos cometer.

Al ámbito del Sistema 2 pertenecen capacidades de autosupervisión vinculadas con la facultad o atributo humano de la planificación que bien se podrían resumir, como lo afirma Canessa, en la expresión “*conócete a ti mismo y contrólate si quieres conseguir tus objetivos*”, lo cual tiene cuatro manifestaciones o categorías: i) *planificación antes de la tarea*, referida a “seleccionar las estrategias más apropiadas y asignar una cantidad de recursos adecuada”; ii) *supervisión durante la tarea*, que da cuenta de la capacidad para “intervenir corrigiendo el comportamiento cuando el resultado sea inferior al objetivo preestablecido”; iii) *la posterior evaluación de los resultados conseguidos y de las modalidades que los han determinado*; y, iv) *la previsión de la prestación durante todo el proceso*¹²⁷.

Ante dichas capacidades individuales del sujeto, son también imprescindibles de estudio en la conducta social las enseñanzas de la neurociencia social, que da cuenta de los comportamientos cooperativos, mismos asociados a otras habilidades humanas como el altruismo y el castigo, que da cuenta de que la cooperación social se halla arraigada en lo más profundo y primitivo de nuestro cerebro y su evolución, a partir de lo que se da cuenta con razón que las conductas altruistas resultan placenteras y premiadas por el sistema de recompensas según lo acreditado por la neurociencia¹²⁸, gratificantes para quien las practica por cuanto es una manifestación de la cooperación social, así como también lo contrario, el castigo altruista ante la inobservancia de normas, que implica “castigar a alguien que viola una norma social a su costa y sin beneficio económico personal alguno”, pero con el beneficio de otros que se sienten compensados por su positiva atención y a la vez tal actitud

124 QUEVEDO DÍAZ, *El cerebro inconsciente*, ob.cit, pp. 65 y ss.

125 CANESSA, *El sueño de la razón*, ob.cit, pp. 107 y ss. También sobre el tema TIZIANA COTRUFO y JESÚS MARIANO UREÑA BARES. “*El cerebro y las emociones. Sentir, pensar, decidir*” en Neurociencia & Psicología, España, Bonalitra Alcompas, 2018, pp. 55.

126 Se define al “**marcador somático**” como “una señal en forma de sensación corporal aprendida, que contribuye a optimizar nuestras decisiones y nuestro razonamiento”: ORTIZ TERÁN y LÓPEZ PASCUAL, *Neuroeconomía*, ob.cit, pp. 56 y ss.

127 CANESSA, *El sueño de la razón*, ob.cit, p. 108.

128 Cfr. CAMILO JOSÉ CELA CONDE y FRANCISCO J. AYALA. “*El cerebro moral. Evolución del cerebro y valores humanos*” en Neurociencia & Psicología, España, Bonalitra Alcompas, 2018, pp. 89 y ss.

reforzada en tanto “la posibilidad de ser castigados aumenta la adhesión a las normas sociales”¹²⁹.

Es la habilidad para la cooperación o atributo de realización de comportamientos altruistas reside el futuro del mundo¹³⁰, ante los problemas acuciantes del cambio climático o un cataclismo terráqueo producto de una colisión con un meteorito o descargas electromagnéticas, rayos cósmicos o atómicos y demás, fluyentes de super novas demandan de la unión de todos los seres humanos¹³¹; también problemas más comunes para nuestra civilización demandan esa cooperación¹³², como sucede con aquellos inherentes a la corrupción pública y privada, verdaderos obstáculos a la globalización necesaria e inexorable, que tiene su futuro muy seguramente en instrumentos como el *Compliance*, que se convertirá en un vector mundial generador de confianza a través del cual se agilicen los intercambios entre países, lo que muy seguramente advendrá como un motor de cohesión y denominador común del intercambio, de tal manera que aquella sociedad que así no se integre o personas individuales no cooperen, darán al traste con el único camino para destrabar los nudos gordianos o los cuellos de botella que no permiten la integración, fundados por supuesto en la desconfianza producto de la corrupción pública y privada.

Todo lo anterior enseña, de conformidad con el estado actual de los estudios sobre neurociencia social, que “nuestras decisiones nacen de circuitos cerebrales que mantienen una pugna continua entre impulsos de naturaleza afectiva y procesos de control cognitivo que las orientan hacia decisiones tal vez no plenamente racionales, pero al menos sí razonables”, lo cual, después de todo, muy a pesar de la “supuesta irracionalidad de los procesos neurocognitivos de la decisión, nos conduce a la confianza y al comportamiento prosocial”¹³³. Esto es, tenemos plena capacidad de “interpretar el mundo desde una perspectiva individualizada, al tiempo de que se es consciente de la existencia de otras mentes” por obra de la “*Teoría de la Mente*”¹³⁴ y la existencia del sistema de “*Neuronas Espejo*”, mismas que facilitan grandemente la interacción entre grupo y sobre todo el aprendizaje, que apalancado en la epigenética a medida que nos vaya revelado sus alcances y practicidad, se ofrecerá muy seguramente como un revolucionario instrumento no solo apto

129 CANESSA, *El sueño de la razón*, ob.cit, pp. 127 y ss.

130 Así, por el papel cumplido en la evolución humana, cfr. ELLIOT SOBER y DAVID SLOAN WILSON. *El comportamiento altruista. Evolución y psicología*, ANA GRANDAL MARTÍN (Trad.), Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2000.

131 Para el efecto, muy ampliamente, MICHIO KAKU. *El futuro de la humanidad. La colonización de Marte, los viajes interestelares, la inmortalidad y nuestro destino más allá de la tierra*, Bogotá, Debate, 2021.

132 “El comportamiento moral altruista de origen se vería transformado y sujeto a códigos de control particulares, por medio de tradiciones que significarían el paso hacia una conducta ética en el sentido que toma en la actualidad”, lo cual sólo fue posible por la emergencia del lenguaje: CELA CONDE y AYALA, *El cerebro moral*, ob.cit, pp. 38 y ss.

133 CANESSA, *El sueño de la razón*, ob.cit, p. 140.

134 Sobre la “*Teoría de la Mente*”: JESÚS ZAMORA BONILLA. “*En busca del yo. Una filosofía del cerebro*” en Neurociencia & Psicología, España, Bonallettera Alcompas, 2018, pp. 36 y ss.

para incidir en sus efectos hacia el comportamiento futuro del sujeto, sino sobre el de sus descendientes y el de la sociedad en general, como un potente motor cultural e intercultural en un mundo cada vez más globalizado en una constante retroalimentación genes-cultura a través de la epigenética¹³⁵ –“el llamado efecto Baldwin”- 136-137.

Las organizaciones en su componente de Compliance, bien público o privado, a través de la identificación de las debilidades sobre las cuales se quiere prevenir errores en la conducción correcta y en integridad moral de sus miembros, le compete descifrar aquellos sesgos cognitivos que aquejen de manera singular y grupal a la organización, debiendo instituir los mecanismos necesarios para disminuirlos o removerlos a través de la llamada “*higiene en la toma de decisiones en las organizaciones*” de que da cuenta Kahneman, Sustain y Sibony¹³⁸. Y ello se predica tanto de lo atinente a lo que respecta a los cursos causales y el mundo de las probabilidades como a lo concerniente al mundo moral, puesto que las ideas sobre lo bueno o lo malo, lo correcto o lo incorrecto y lo lícito o lo ilícito resultan determinantes en la toma de decisiones¹³⁹.

El cerebro surgió y evolucionó como un mecanismo de la vida que cumple la función de asegurar la misma y la descendencia, esto es, hacer exitoso al individuo respecto de su conducta en el entorno donde se desempeña, su desempeño sea lo más adecuado posible al mismo, viabilizar “conseguir que hagamos lo que más nos conviene hacer en cada momento”, es decir, ello va inherente, a la principal función biológica de los cerebros y especialmente el humano, consistente en “permitir que los organismos desarrollen conductas más y más complejas”¹⁴⁰; el problema es que, nuestro cerebro, se encuentra adaptado a un medio ambiente del Pleistoceno, muy diferente al actual, con por supuesto desajustes insalvables, habida cuenta que los logros de la cultura han sido tan amplios y rápidos que no ha existido oportunidad de su ajuste evolutivo y esas inconsecuencias generan los llamados errores o sesgos cognitivos.

135 En la epigenética se da cuenta del “aspecto más moderno en el que confluyen con claridad lo aspectos heredados y los aprendidos”, es decir, “el descubrimiento de cómo los genes influyen en el comportamiento humano sumado al del cómo la epigenómica obra a su vez el proceso el proceso inverso está reestructurando la visión dicotómica, y enriquecen el debate sobre el peso de la herencia y la posible modulación que ejercen la educación y la crianza”, donde en las “interacciones se mezclan de nuevo los productos de los genes con las influencias de las experiencias, de los sucesos vividos, del ambiente”. Se trata de un “**proceso dinámico**” que ha acreditado ser producto donde “no todo se reduce a la genética, sino que el ambiente también influye en la vida de las personas, en su aspecto físico y en su comportamiento”: JOSÉ RAMÓN ALONSO y IRENE ALONSO ESQUISABEL. “*El cerebro nace o se hace. Genes y ambiente*” en Neurociencia & Psicología, España, Bonalietra Alcompas, 2018, pp. 14, 15, 16, 22, 23, 26, 27, 29 y 30.

136 MARIÑO, *El misterio de la mente simbólica*, ob.cit, pp. 76, 90, 104, 105, 106 y 129.

137 Sobre la epigenética: GÓMEZ PAVAJEAU y GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, *Epistemología y teoría del delito*, ob.cit, pp. 325 y ss.

138 KAHNEMAN, SIBONY y SUSTEIN, *Ruido*, ob.cit.

139 ZAMORA BONILLA, *En busca del yo*, ob.cit, pp. 92 y ss.

140 ZAMORA BONILLA, *En busca del yo*, ob.cit, pp. 14, 15, 63 y ss.

Si ello ha sido así, lo cual es ampliamente aceptado por los neurocientíficos, igualmente debe darse cuenta de la aceptación de aquella idea según la cual se dice que “el lenguaje moldea la estructura cerebral y también influye en su visión del mundo y en su forma de ser”. Nuestro cerebro “nunca está terminado, se mantiene en permanente construcción ... es moldeado hasta el último de nuestros días por los aprendizajes, la experiencia y los retos a los que lo sometemos”, influyendo en ello además la epigenética, fenómeno que, como ya lo hemos puesto de presente, implica “la capacidad de determinados factores ambientales no solo de interactuar con nuestro sustrato genético, sino de modificarlo en un organismo con efectos hereditarios”¹⁴¹. Neurocientíficos de renombre postulan que entre epigenética y comportamientos morales existe una ecuación indiscutible, toda vez que ante “un posible marco para la evolución de la moral”, se sugiere que “habría venido impuesta por los cambios de la expresión de genes en el cerebro a partir de materiales preexistentes”¹⁴².

La consciencia y el inconsciente trabajan continua y conjuntamente de tal manera que, para mejorar nuestro comportamiento y hacerlo mucho más predecible y controlable, en cuanto los resultados dependan de nuestro conocimiento y querer debemos tener un conocimiento básico de “cómo” funciona ello desde el punto de vista neurológico. Tal imbricación no es excluyente, sino necesaria e indefectiblemente de complementariedad, de suma y no de resta, de suma geométrica y no meramente matemática, en fin, se trata de una inordinación de habilidades humanas que cuando se conjuntan e integran adecuada y apropiadamente producen unas cualidades emergentes que son más que las que aportan la simple suma de las partes.

Pero, además, esa no exclusión y más bien complementariedad que conduce a la generación de propiedades emergentes en los sistemas complejos, encontramos que, si el *Compliance* se traduce en una relación de inordinación entre los tratamientos adecuados y apropiados para los sesgos cognitivos y hábitos disfuncionales en la toma de decisiones, que por demás si se descartan conducirán a que su ausencia resulta indicadora -*indicios*- de culpa y atribución del comportamiento a dolo.

Esa complementariedad debe estudiar también, cuando se trata de elaborar estrategias para el cambio en materia de sesgos cognitivos y hábitos perniciosos o perjudiciales para los individuos y las organizaciones, lo referente al funcionamiento de importantes neurotransmisores como la “*dopamina*”, molécula química de profunda y amplia incidencia en el entendimiento y por supuesto control del comportamiento humano, resaltando desde ahora que ello no significa determinismo absoluto, sí incidencia, pero todo el conocimiento sobre el punto redundará en una mayor libertad humana: “la biología no

141 Cfr. ALONSO y ALONSO ESQUISÁBEL, *El cerebro nace o se hace*, ob.cit, pp. 53, 75 y ss. Especialmente pp. 99, 103 y ss.

142 Cfr. CELA CONDE y AYALA, *El cerebro moral*, ob.cit, pp. 76 y ss.

determina el destino. Las personas cuyos sistemas de control de la dopamina están en un extremo u otro pueden cambiar”¹⁴³.

La dopamina en el cerebro cumple una funcionalidad polivalente al subir o bajar su producción en la llamada “emoción dopaminérgica”, toda vez que influye sobre los impulsos conductuales, generando emociones en sentido positivo o negativo, las cuales tienen que ver con la activación del “*circuito de los deseos*” con expresión en forma de una gran energía para la imaginación -incluso llega a ser tan fuerte e intensa que “la atención se centra en cosas que no importan en detrimento de las que sí” que, en no pocas veces, no se procesa “la experiencia en el mundo real, solo de posibilidades de futuro ficticias”-, en el entusiasmo y en la esperanza, esto es, la búsqueda de nuevas experiencias y de lo que no se tiene, lo que explica la creatividad; pero también con su contrapartida de control, en el llamado “*circuito cerebral del control*” –“su finalidad es gestionar los impulsos descontrolados de la dopamina del deseo, coger esa energía pura y guiarla hacia objetivos provechosos ... al usar conceptos abstractos y estrategias con miras al futuro, nos permite hacernos con el control del mundo que nos rodea y dominar nuestro medio”-, manteniendo la capacidad de calcular y planear, la confianza medida, la tenacidad en la búsqueda de los propósitos y logros y, por supuesto, la fuerza de voluntad; todo lo cual tiene ocurrencia, principalmente, en el área “ventral tegmental del cerebro, el lugar donde se originan, tanto el circuito del deseo como el del control”. Tiene que ver, la dopamina, con la perspectiva del futuro imaginado, el propósito que lo involucra y la planeación para el logro de su obtención llamado espacio “*extrapersonal*”, así como la respuesta química que ello comporta a través del sistema de recompensas y castigos; pero, igualmente, tiene que ver con el “aquí y ahora”, con el enfoque en el pasado y sobre todo en el presente, anclándonos en lo real o vivencia, espacio “*peripersonal*” cuya tarea es el ámbito de influencia de la serotonina, oxitocina y endorfina: ambas perspectivas de manera sistemáticamente comprendidas para la búsqueda del equilibrio, para evitar la paralización o ralentización de respuestas conductual pero también su contrapartida, que consiste en la generación de adicciones o malos hábitos según la intensidad de su expresión. En fin, estos procesos integrados, implican el “paso del deseo dopaminérgico al gusto del aquí y ahora”¹⁴⁴.

Nuevamente aquí, juegan la inconsciencia y la consciencia, relación denostada en épocas pasadas, hoy necesaria de atender y comprender, pero sobre todo de una cabal aplicación inordinada con miras a las terapias conductuales que se precisan para la corrección de sesgos cognitivos, hábitos perniciosos y, muy especialmente, los tratamientos para problemas relacionados con

143 Cfr. DANIEL Z. LIEBERMAN y MICHAEL E. LONG. *Dopamina. Cómo una molécula condiciona de quién nos enamoramos, con quién nos acostamos, a quién votamos y qué nos depara el futuro*, MARÍA EUGENIA SANTO COLOMA (Trad.), Bogotá, Planeta, 2022, pp. 130, 138, 140, 142 y ss.

144 Cfr. LIEBERMAN y LONG, *Dopamina*, ob.cit, pp. 11 y ss, 98, 105 y ss. Sobre la posibilidad y viabilidad de los cambios conductuales, toda vez que “*los circuitos del control de la dopamina y los circuitos del aquí y ahora actúan de forma opuesta, creando un equilibrio*”, muy especialmente, pp. 139 y ss, 157 y ss.

adicciones. Esto es, han comprobado los científicos en neurociencias que la información sobre el cómo funciona nuestro cuerpo y nuestro cerebro, lo que se ha denominado el *biofeedback*, contribuye al diseño de estrategias para superar los anteriores, en tanto y cuanto “ayuda a encontrar modos eficaces de controlar cosas que suelen ser inconscientes”.

La explicación neurocientífica de ello estriba en el descubrimiento que se ha logrado en torno a comprender que “el sistema dopaminérgico en su conjunto evolucionó para aprovechar al máximo los recursos futuros”, de tal modo que, “el circuito del control inhibe la emoción del aquí y ahora y nos permite pensar de manera fría y racional, que es lo que suele requerirse cuando se han de tomar decisiones difíciles”; esto es, “la dopamina no solo produce deseo, sino también dominio”, de tal manera que “la dopamina puede hacer más que proporcionarnos dominio sobre el mundo: puede crear mundos totalmente nuevos, mundos que puedan ser tan asombrosos que solo podrían haber sido creados por un genio ... o un loco”¹⁴⁵.

De nuevo la gran enseñanza del Oráculo de Delfos, o la famosa frase de Sócrates: “conócete a ti mismo”. O en términos modernos, transformada por la neurociencia o, mejor, reformulada: “conoce tu cerebro”.

Todo lo anterior, de conformidad con una mirada holística de estos doce componentes que entendemos constitutivos del *Compliance*, conllevará a una mirada integral e integradora de componentes que se ofrecen como incompatibles en otros sectores de los jurídico, contribuirá a la creación de una cultura que se entienda como responsable de la solución a los problemas globales que aquejan a la humanidad en la actualidad y que se acentúan como catastróficas para la especie, retomando viejos conceptos como la de hábitos y éticas de las virtudes, como también otros más modernos relacionados con las enseñanzas de las neurociencias en campos definitorios como los sesgos cognitivos y la ciencia de la toma de decisiones o neuroeconomía –“*hacia una neurociencia de la conducta*”–, donde lo biológico y lo cultural se inordinan, pero también lo hacen conceptos como la ética de las virtudes y la ética del deber, la responsabilidad individual, la grupal y la empresarial, manteniendo al Derecho Penal como *ultima ratio* o mínima intervención, siendo el *Compliance* un instrumento al servicio de tal conceptualización desde un punto de vista constitucional y convencional, especialmente materializando los deberes consignados en los artículos 30¹⁴⁶ y 32¹⁴⁷ de la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro de un respeto que hace gala de la esencia de la responsabilidad penal individual, personal y culpabilista que tiende a

145 Cfr. LIEBERMAN y LONG, *Dopamina*, ob.cit, pp. 161 y ss.

146 “**Alcance de las Restricciones.** Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

147 “**Correlación entre Deberes y Derechos.** 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

difuminarse en las doctrinas modernas prejuiciadas de eficientismo y sacrificio de los derechos y garantías individuales.

12.1. De los sesgos cognitivos en particular

El más importante psicólogo en materia de la toma de decisiones, Premio Nobel de Economía, Daniel Kahneman en enjundiosos estudios advierte con base en pruebas experimentales lo profundamente dañinos o perjudiciales que pueden ser los sesgos cognitivos en la toma de decisiones en materia de juicios morales, ya individual o colectivamente adoptados, dada la gran cantidad de los mismos y el “ruido” que originan preconceptos y prejuicios enclavados en lo más profundo de nuestros cerebros por virtud de la evolución, de los cuales debemos estar conscientes y advertidos¹⁴⁸, si no queremos cometer graves injusticias, siendo hoy una verdadera disciplina la de la supresión del riesgo y el ruido a través de la “*higiene en la toma de decisiones*”.

Metodología que sin duda coadyuvará a evitar los constantes y repetitivos errores en que se incurre en las organizaciones privadas y públicas de control como el *Compliance* y nuestra Administración de Justicia en sentido formal y material en penal y disciplinario, tanto retributivo o represivo como preventivo¹⁴⁹, esto es, podemos estar advertidos y prevenidos para captar, identificar y precisar sesgos cognitivos que por obrar inconscientemente afectan nuestras decisiones conscientes e inconscientes, toda vez que científicamente está demostrado que “respondemos de forma automática a problemas complejos con la información escasa que tenemos en mente” y en no pocas ocasiones, muchas por cierto, “solemos llegar a conclusiones equivocadas, pero confiamos plenamente en ellas”, ante lo cual, un muy buen recurso para salir de dichos atolladeros, es como se ha dicho con base en los estudios de Sigman y demás neurocientíficos y psicólogos mencionados y por mencionar, echar mano de la “propiedad reflexiva del lenguaje: la capacidad de un enunciado de modificar aquello que describe. Sobre todo, a nosotros mismos”, como una estrategia efectiva para superar los sesgos y sobre todo evitando que lo falso se solape con la verdad: “se confunden en el cuerpo lo cierto y lo falso, la realidad y la ficción”, esto es, “a veces estamos tan sumidos en la experiencia virtual que casi olvidamos su carácter irreal”; lo cual impacta sobre todo en el receptor de los mensajes, en quien pesan en su contra, las emociones generadas por el comunicador¹⁵⁰.

La neurociencia tiene averiguado que “una decisión es una elección entre futuros simulados mentalmente. Cuando tomamos una decisión, imaginamos sus consecuencias futuras, esto es, simulamos realidades posibles” entre ellas sus consecuencias y el éxito de la misma depende, en gran medida, de que tales simulaciones mentales “sean realistas y tengan en cuenta, al menos,

148 “... la complejidad de la sociedad moderna puede hacer que las decisiones automáticas de lucha o huida vayan en contra de nuestros intereses”: LIEBERMAN y LONG, *Dopamina*, ob.cit, pp. 148 y ss

149 KAHNEMAN, SIBONY y SUNSTEIN, *Ruido*, ob.cit, pp. 263 y ss.

150 SIGMAN, *El poder de las palabras*, ob.cit, pp. 25 y ss.

las situaciones más probables”, de allí que “la necesidad de evaluar un gran repertorio de escenarios, consciente o inconscientemente, es lo que explica la complejidad de la toma de decisiones y por qué gran parte del cerebro interviene en ellas”¹⁵¹.

Ante los sesgos cognitivos nos encontramos frente a una especie de “*miopía de la razón*”, cierta “propensión a buscar explicaciones para lo desconocido” dando origen a conductas “estereotipadas” que nos llevan a erróneas y hasta pésimas decisiones activas u omisivas, principales fuentes de sesgos y prejuicios en cuanto “forman parte del sistema de intuiciones que muchas veces nos lleva a tomar decisiones equivocadas en las que confiamos ciegamente”¹⁵².

En la toma de decisiones intervienen los hábitos, de hecho, los neurocientíficos afirman que una gran proporción de decisiones las tomamos en “piloto automático”, es decir, no intervienen en ella determinadamente la actividad consciente y la voluntad, hasta el punto que se estima que cerca de un 99% de “nuestras acciones diarias corresponden a hábitos o acciones por defecto” y solo un 1% son las más importantes e involucran situaciones “novedosas y generalmente de relevancia”, pero si se repiten terminan convirtiéndose en respuestas suficientes desde la óptica de los hábitos¹⁵³. Los hábitos toman su justa medida, dice Sigman, “gracias a la práctica y a la experiencia”¹⁵⁴.

En principio, entonces, “cuando tomamos una decisión esta se debe llanamente a que hemos alcanzado un nivel de confianza suficiente, de otra forma no la habríamos tomado. [Así], en situaciones de urgencia tomamos una decisión generalmente con menor confianza, lo cual conlleva a una probabilidad mayor de cometer un error”, de allí que “la situación en la que estamos inmersos es la que nos dicta cómo actuar. No sentir urgencia y siempre intentar conseguir un nivel de confianza alto antes de adherirnos a una decisión nos puede llevar, por el contrario, a situaciones desastrosas”¹⁵⁵.

Las emociones son inevitables que se produzcan, venimos cableados para ellas por virtud de la evolución, pero sí se ha demostrado que los efectos de las mismas pueden ser controlados, incluso los de aquellas más primitivas que inciden en el funcionamiento más básicamente biológico¹⁵⁶. Cumplen las emociones un papel fundamental en la toma de decisiones¹⁵⁷.

Sí lo anterior es cierto, sin duda alguna, como lo ha establecido Kahneman los sesgos cognitivos pueden superarse como se afirma por la neurociencia, esto

151 MORENO BOTE, *¿Cómo tomamos decisiones?*, ob.cit, pp. 13, 109 y ss.

152 SIGMAN, *El poder de las palabras*, ob.cit, pp. 37 y ss.

153 MORENO BOTE, *¿Cómo tomamos decisiones?*, ob.cit, p. 35.

154 SIGMAN, *El poder de las palabras*, ob.cit, p. 267.

155 MORENO BOTE, *¿Cómo tomamos decisiones?*, ob.cit, p. 76.

156

ORTIZ TERÁN y LÓPEZ PASCUAL, *Neuroeconomía*, ob.cit, pp. 48 y ss.

157 Cfr. COTRUFO y UREÑA BARES, *El cerebro y las emociones*, ob.cit, pp. 11 y ss, 131 y ss.

es, “mediante la regulación emocional consiste[nte] en adoptar una serie de conductas para cambiar la respuesta emocional, tales como evitar situaciones o personas, modificar el entorno, desviar la atención, hacer una reevaluación de la situación o manejarla de otra forma e inhibir conductas emocionales” ante situaciones identificadas como susceptibles de afectar el funcionamiento social y cognitivo del cerebro humano, utilizando como técnica inhibidora del sesgo una reevaluación emocional. Aquí juegan un especial papel cierto tipo de neuronas dopaminérgicas que regulan la conducta humana sometida a emociones, especialmente cuando éstas se relacionan con “las predicciones de unas neuronas altamente sensibles y plásticas, que están constantemente ajustando sus conexiones a la realidad y que cada vez que se comete un error se amoldan a los cambios” en tanto respuestas empíricas al medio¹⁵⁸.

En fin, “comprender los mecanismos neuronales que subyacen en los procesos que implican riesgos y recompensas es dar un paso de gigante en el entendimiento de las decisiones irracionales que tomamos en nuestra vida”, pues difieren las redes neuronales utilizadas cuando tomamos decisiones seguras de aquellos eventos en los cuales tomamos decisiones inseguras y sometidas a probabilidades y riesgos, últimas estas que llevan impregnadas una gran dosis de emoción, marcadas además, nos guste o no, por el contexto en que se desarrollan¹⁵⁹.

Si así son las cosas, entonces, como afirman los estudiosos del tema si “el conocimiento humano está siempre, de entrada, sesgado” y es “solo a través de un muy arduo trabajo que logramos superar los sesgos”¹⁶⁰, su control es algo imperativo al interior de la toma de decisiones al interior de las organizaciones, de tal manera que aquí radica una de las más importantes tareas, si no la más, del *Compliance*.

Los sesgos en particular son muchos los descubiertos y deben serlo también los por descubrir, entre los cuales destacan algunos muy estudiados como¹⁶¹:

- 1) El sesgo de confirmación: “Consiste en esa tendencia que tenemos todos a buscar información que confirme nuestras hipótesis en vez de buscar información que no ayude a falsarlas”;
- 2) El sesgo de disponibilidad: “Se refiere a cómo de disponible o activa está una determinada idea, imagen o concepto, en nuestra mente en un determinado momento, y a que, cuanto más activada esté, más

158 “... cabría decir que *si me engañas una vez la culpa es tuya, pero si me engañas dos veces la culpa es de mis neuronas dopaminérgicas*, que no se han adaptado correctamente al medio”: ORTIZ TERÁN y LÓPEZ PASCUAL, *Neuroeconomía*, ob.cit, pp. 84 y ss.

159 ORTIZ TERÁN y LÓPEZ PASCUAL, *Neuroeconomía*, ob.cit, p. 93.

160 CARLOS EDUARDO MALDONADO y JAIRO GIRALDO GALLO. *El mundo es cuántico. Una teoría a partir de las múltiples interpretaciones de la mecánica cuántica*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2022, p. 193.

161 Cfr. HELENA MATUTE. “*Nuestra mente nos engaña. Sesgos y errores cognitivos que todos cometemos*” en *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallettera Alcompas, 2018, pp. 33, 43, 47, 51, 69, 70, 125 y 126.

influirá en nuestra percepción, nuestras decisiones, nuestro razonamiento, etcétera”;

- 3) El sesgo de causalidad: “Atribuir causalidad a algo que ocurrió justo antes de un hecho importante, aunque se tratara de una simple causalidad”;
- 4) Los sesgos de grupo, como el de protección, consistente en que siempre se hace descansar en otro nuestra protección cuando estamos en grupo;
- 5) El sesgo del exceso de confianza por virtud de la sensación de seguridad que ciertas situaciones y circunstancias nos ofrecen, descuidando otros flancos que debemos monitorear, lo cual tiene ocurrencia principalmente en los fraudes;
- 6) El sesgo del punto ciego, según el cual siempre vamos a tener “la dificultad de detectar nuestros propios sesgos”; y,
- 7) El sesgo de ceguera por falta de atención, el de suposición de intencionalidad, el tribal o de grupo, sesgo de la ilusión de control, y un largo etcétera, etcétera, etcétera¹⁶²⁻¹⁶³.

12.2. De los hábitos como los hermanos menores de los sesgos cognitivos

Los sesgos cognitivos se encuentran arraigados en lo más profundo del sistema nervioso del ser humano, son en esencia, aspectos ligados con la evolución del cerebro humano que se encuentran inscritos en él, en cierta forma metafóricamente hablando, con fuego. Los hábitos también se explican a través de fenómenos cerebrales, empero, tiene que ver más con la cotidianidad del comportamiento, con las prácticas individuales y culturales en una época concreta de la vida de las personas.

Los sesgos cognitivos al parecer se enraízan en aspectos filogenéticos y ontogenéticos del conocimiento y del aprendizaje necesarios para el éxito del ser humano como especie; mientras que los hábitos, más bien, tienen su acento en la experiencia individual de los sujetos, aquello que depende directamente de la vida personalmente.

Sesgos cognitivos y hábitos hacen parte de aquella gran proporción de los comportamientos humanos que, cotidiana y normalmente, dejamos librados al control del inconsciente. Se ha afirmado por los expertos en el tema, que tales

162 Muy ampliamente en KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, ob.cit.

163 Cfr. LIEBERMAN y LONG, *Dopamina*, ob.cit, pp. 115 y ss.

comportamientos, también llamados acciones por defecto, se corresponden con un 99% del total de las que llevamos a cabo en nuestra vida, toda vez que, solo un 1% se atribuye al control consciente, misma que “son las más más importantes, en primer lugar, porque se toman en situaciones novedosas y generalmente de relevancia y, en segundo lugar, si se repiten se convertirán en hábitos”¹⁶⁴.

Ambos tienen que ver con el funcionamiento neurológico del ser humano y se asocian a patrones comportamentales automáticos -decisiones no tomadas concienzudamente-, pero especialmente los hábitos, son susceptibles de cambio y por supuesto, aun cuando pueden persistir, ceden ante estrategias y técnicas conductuales que no requieren de especial tratamiento y por profesionales especializados, pero sí cierta comprensión de los mismos por quien se encargue de su manejo. Se requiere, cuando se trata de cambiar hábitos en su conjunto, identificar cuál es el “hábito clave” que pueda desencadenar el cambio del conjunto, desde la perspectiva individual, grupal, empresarial y social¹⁶⁵.

El fundamento neurológico de los hábitos estriba en el funcionamiento de la memoria y el aprendizaje, específicamente en aquella parte del cerebro que toma el nombre de “*ganglios basales*”. En concreto, el sujeto puede tener un padecimiento neurológico que le afecte la memoria a largo o a corto plazo, empero, no olvida el aprendizaje y el conocimiento adquirido por hábitos, muy a pesar de no ser consciente de ello¹⁶⁶.

Cuando se aborda un aprendizaje nuevo el cerebro se activa en muchas de sus zonas claves que intervienen en lo que respecta al conocimiento y la memoria, con un gasto significativo de energía, luego de lo cual, al cabo de la repetición del mismo ejercicio se va notando como disminuyen las áreas de intervención y el gasto de energía, por lo que la toma de decisiones paulatinamente se va transformando en algo automático, toda vez que se ha determinado por pruebas de resonancia magnética funcional que “los ganglios basales son esenciales para recordar patrones y ponerlos en práctica; dicho de otro modo, en ellos se almacenan los hábitos mientras el resto del cerebro se mantiene en reposo”, lo que tiene ocurrencia a partir de una semana: “Este proceso, en el cual el cerebro convierte una secuencia de acciones en una rutina automática, se conoce como *fragmentación*, y es la base de la formación de hábitos”, de tal manera que nuestra conducta diaria o cotidiana depende de “docenas -sino de cientos- de fragmentos conductuales”, mismos que permiten actuar sin necesidad de razonar, por lo que “la rutina ocurre por hábito”, habida cuenta que “una vez que el hábito comienza a desarrollarse, la materia gris es libre de relajarse o concentrarse en otros pensamientos” y permitiendo que aumente nuestra capacidad mental para la realización paralela de otras

164 MORENO BOTE, ¿Cómo tomamos decisiones?, ob.cit, p. 35.

165 CHARLES DUHIGG. *El poder de los hábitos. Por qué hacemos lo que hacemos en la vida y en el trabajo*, WENDOLIN SABRINA PERLA TORRES (Trad.), Bogotá, Vergara, 2022, pp. 11 y ss.

166 DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 23 y ss.

actividades diferentes a las que realizamos en el momento, esto es, “los hábitos surgen porque el cerebro está constantemente buscando la forma de esforzarse menos. Si se le deja a su suerte, el cerebro intentará convertir cualquier rutina en hábito, ya que los hábitos permiten al cerebro descansar con más frecuencia” dado el instinto de ahorrar energía, logrando así ahorrar e invertir valiosa energía en otras tareas que la requieran prioritariamente de acuerdo a lo que nos disponemos a hacer, por lo que, por ejemplo, podemos caminar o comer sin razonar conscientemente, en piloto automático como se prefiere decir, para ocuparnos de cosas que requieren nuestra inventiva o creatividad¹⁶⁷.

De todos modos, tal forma de operar el cerebro no implica dejar a la suerte o al azar o al albur el desarrollo de la causalidad ciega en la toma de decisiones, por supuesto ello funciona así, en cuanto no aparezcan señales que reclamen tomar el control por parte del Sistema 2 -*razonado, consciente*- y relevar o poner al margen al Sistema 1 -*automático, inconsciente*-¹⁶⁸, “por tanto, nuestros ganglios basales han diseñado un sistema inteligente para determinar en qué momento cederle el control a los hábitos”, qué hábito usar y cuando relevarlos del control, de tal manera que “*los hábitos no determinan el destino*”, habida cuenta que “es posible ignorar, cambiar o reemplazar los hábitos”, aun cuando “los hábitos nunca desaparecen del todo, en realidad. Se quedan codificados en las estructuras del cerebro”, toda vez que primero debe tomarse consciencia de cuál es el hábito que se realiza, cuál el bucle neurológico que lo gobierna y a qué recompensa conduce: “Este proceso cerebral es un bucle de tres pasos: el primero es la *señal*, el detonante que le indica a cerebro que puede poner el piloto automático y le dice que hábito usar; luego viene la *rutina*, la cual puede ser física, mental o emotiva; por último está la *recompensa*, la cual ayuda al cerebro si vale la pena recordar este bucle en particular en el futuro: Con el tiempo, este bucle -*señal, rutina, recompensa; señal, rutina, recompensa*- se vuelve cada vez más automático. La “señal y la recompensa se entretajan hasta que surge una potente sensación de ansia y anhelo”, que refuerza cada vez más el hábito¹⁶⁹.

También debemos ser muy conscientes, cuando se trata de aplicar estas técnicas, del problema consistente en que “el cerebro es incapaz de distinguir entre los hábitos buenos y los malos, así que si tienes malos hábitos siempre estarán al acecho esperando las señales y las recompensas adecuadas”, en consecuencia, “siguiendo esa misma regla, si aprendemos a crear nuevas rutinas neurológicas que nublen aquellos comportamientos -*si tomamos control del bucle de los hábitos*-, podemos empujar las malas tendencias hacia el fondo”. Tal funcionamiento se explica por cuanto, “si no existieran los bucles de los hábitos, el cerebro se apagaría al sentirse abrumado por las minucias de la vida cotidiana”, por tanto, los ganglios basales son los que nos permiten que “no perdamos el acceso a cientos de hábitos de los que dependemos a

167 DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 36 y ss.

168 Ampliamente, de manera muy didáctica, cfr. MATUTE, *Nuestra mente nos engaña*, ob.cit, pp. 59 y ss.

169 DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 38 y ss.

diario"¹⁷⁰, de tal manera que ceder el control a los hábitos, lejos de constituirse en dejar librados los resultados de nuestros comportamientos al azar, si son contruados funcionalmente al servicio de nuestro control general a través de las técnicas comportamentales adecuadas, los mismos redundan en un mayor control y eficacia, eficiencia y efectividad en el logro exitoso de nuestras finalidades o propósitos.

La terapia conductual basada en hábitos resulta tan eficiente que, con su práctica en pacientes que han perdido el funcionamiento de los ganglios basales, se tiene un éxito del 85% de aciertos a los veintiocho (28) días de entrenamiento y del 95% a los treinta y seis (36) días, muy a pesar de que no se tenía memoria de trabajo o a corto plazo por el entrenado, es más, ello tiene ocurrencia sin ser consciente de que para el efecto de crear hábitos se le estaba entrenando, lo que sugiere que en gran medida el sistema emocional es el que impulsa su funcionamiento. De todos modos, también se ha comprobado, especialmente en dichos pacientes, que el equilibrio de los hábitos es delicado, pues a cualquier cambio sutil de la señal, "el hábito se desmorona"; no obstante, con ello se revolucionó "el entendimiento científico sobre cómo funciona el cerebro al demostrar sin lugar a dudas que es posible aprender y tomar decisiones de forma inconsciente sin recordar en lo más mínimo la lección o el proceso de toma de decisiones", de manera que se ha comprobado que "los hábitos, tanto como la memoria y la razón, son la base del comportamiento humano", puesto que los hábitos "una vez que se hospedan en nuestro cerebro, influyen en la forma en que actuamos, con frecuencia sin que lo notemos". Los hábitos son tan poderosos, como se puede apreciar, pero también son delicados en cuanto dependen respecto de la señal de "*cualquier cosa*" que la pueda constituir, desde algo visual, algo temporal, algo emocional, un pensamiento, un sentimiento, etc., y las rutinas "pueden ser sumamente complejas o sorprendentemente simples"; pueden los hábitos, en consecuencia, "desarrollarse sin que seamos conscientes de ello o los podemos diseñar de forma deliberada ... pero es posible reconfigurarlos si reorganizamos sus partes. Le dan forma a nuestra vida diaria mucho más de lo que imaginamos; de hecho, son tan potentes que causan que el cerebro se aferre a ellos a expensas de todo los demás, incluyendo el sentido común", por lo que la clave de su creación, refuerzo, alteración o cambio estriba en descubrir el bucle neurológico y psicológico que lo rigen; esto es, "como con frecuencia no reconocemos estos bucles de hábitos incipientes, ignoramos nuestra capacidad para controlarlos. Si aprendemos a observar las señales y las recompensas, podemos cambiar las rutinas"¹⁷¹.

Es importante tener en cuenta que, en el bucle de tres pasos como son la señal, la rutina y la recompensa, lo fundamental cuando se trata de modificar o alterar un hábito el énfasis está en la rutina, toda vez que, para quien entrena es "más fácil convencer a alguien de adoptar un nuevo comportamiento si empieza y termina con algo familiar", esto es, conservando la señal y la recompensa en cuanto está muy claro que, muy a pesar de lo potente que

170 DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 41 y ss.

171 DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 43 y ss.

resulta la herramienta del cambio de hábitos, “es imposible extinguir por completo los malos hábitos”, por lo cual lo ideal es “mantener la vieja señal y entregar la vieja recompensa, pero insertar una nueva rutina”: “si usas la misma señal y proporcionas la misma recompensa, puedes alterar la rutina y cambiar el hábito. Es posible casi transformar cualquier comportamiento si la señal y la recompensa siguen siendo las mismas”, todo lo cual demuestra hoy el entendimiento de “cómo reconstruir los hábitos en la vida cotidiana”; incluso ello funciona respecto de las adicciones, que tienen cierta intersección neurológica con los hábitos, fronteras muy difíciles, a veces, de establecer¹⁷².

También debe considerarse muy seriamente en la terapia de reversión de hábitos que “para cambiar [uno] antiguo hay que atacar el ansia antigua. Hay que mantener las señales y las recompensas de antes, y alimentar el ansia con la introducción de una nueva rutina”, lo que se ha demostrado especialmente en el tema de las adicciones, implantando chips que estimulan los ganglios basales, lo cual produce la anulación de las ansias neurológicas, aun cuando no es menos cierto que pueden advenir las recaídas, que requieren otros mecanismos terapéuticos adicionales que de todos modos hacen más exitoso el proceso¹⁷³.

Identificando en los hábitos cuál es la causa de los mismos y con qué señales se expresan con la ayuda del psicoterapeuta, se contribuye de manera significativa para el logro del cambio, lo que en terapia específica se denomina “*entrenamiento de sensibilización*”, ante la cual se reacciona de manera adecuada y apropiada por medio de lo que se ha dado en llamar “*reacción de competencia*”, consistente en cuál es la rutina correspondiente apta para la adaptación que se persigue, lo que requiere muy especialmente conocimiento, autoexamen y determinación de la conexión entre señales y recompensas en la adopción de nuevos comportamientos que implican “cambiar las rutinas autodestructivas” que se quieren superar por otras alternativas que “provean una satisfacción similar”, lo que si conseguimos, significa que estamos a medio camino de cambiar un hábito¹⁷⁴.

Todo lo anterior funciona también respecto del trabajo grupal, el que se lleva a cabo por equipos y organizaciones, constituyéndose los hábitos funcionales a los mismos más que en una elección, en una reacción en la toma de decisiones. Súmase a ello la creencia en que el logro es posible obtenerlo y ponerle fe en su trabajo implementador, lo cual, además, hace al hábito más duradero. La creencia marca la diferencia en ello, por tanto, dice Duhigg que se constituye en “el ingrediente que convertía el bucle del hábito reconfigurado en un comportamiento permanente” y por supuesto, con la capacidad de sobreponerse a todas aquellas situaciones y períodos estresantes que puedan poner en peligro su tracto sucesivo, de manera que hoy los terapeutas están convencidos que para la efectividad del cambio “la gente debe creer que el

172 DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 87 y ss. Ampliamente en LIEBEBERMAN y LONG, *Dopamina*, ob.cit, pp. 55 a 103.

173 DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 97 y ss.

174 DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 101 y ss.

cambio es posible” y sobre todo cuando se actúa grupalmente, en cuanto y tanto “la convicción se activa con más facilidad en el seno de una comunidad”, manteniéndose firmes en la realización los aprendizajes automáticos, sin claudicar: los “científicos han observado también que los cambios de hábitos no solo modifican la vida de los individuos, sino que también pueden cambiar empresas, organizaciones y comunidades”¹⁷⁵.

CONCLUSIONES

Nada hay más compatible con todo lo visto, que una visión estoica del mundo, aquella en la que según Huisman y Vergez, “podría justificarse una moral revolucionaria: ique la voluntad del hombre cambie la vida para hacerla más humana”¹⁷⁶. Se supera lo nacional e internacional y lo público y privado.

Solo así se cumpliría la preceptiva de Séneca, según la cual, toda nuestra racionalidad nos conduce a ser ciudadanos del mundo, pues todos participamos de esa misma esencia que es la razón, en cuanto que, como lo señaló Marco Aurelio, “para el ser racional, la misma acción que es conforme a la naturaleza, es también conforme a la razón”, esto es, afirmó el mismo pensador estoico: “Todas las cosas están entrelazadas entre sí; su encadenamiento es sagrado, y casi ninguna cosa es extraña a la otra, ya que están coordinadas y contribuyen juntas al orden de un mismo mundo ... una sola ley, una sola razón común a todos a todos los seres inteligentes”¹⁷⁷.

En ello tiene participación importante lo individual, grupal o empresarial, sin duda alguna. Pero también, resulta obvio, de manera individual debe tenerse en cuenta como la neurociencia ha ido develando la manera en que funciona el cerebro cuando se trata de la toma de decisiones, pues cuando ello tiene ocurrencia es porque “hemos alcanzado un nivel de confianza suficiente, de otra forma no la habríamos tomado”. Pero igualmente, “en situaciones de urgencia tomamos una decisión generalmente con menor confianza, lo cual conlleva la probabilidad mayor de cometer un error”¹⁷⁸, ante lo cual surge la problemática de los sesgos cognitivos y los malos hábitos.

Empero, “la situación en que nos encontramos inmersos es lo que nos dicta cómo actuar. No sentir urgencia y siempre intentar conseguir un nivel de confianza alto antes de adherirnos a una decisión, nos puede llevar, por el contrario, a situaciones desastrosas”¹⁷⁹. Se impone, entonces, a nivel individual, grupal o empresarial tomar las prevenciones adecuadas para evitar los errores a los que nos vemos expuestos por todo ello.

175 DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 112 y ss.

176 HUISMAN y VERGEZ, *Historia de los filósofos ilustrada por los textos*, ob.cit, p. 57.

177 Citados por HUISMAN y VERGEZ, *Historia de los filósofos ilustrada por los textos*, ob.cit, pp.62 y 64.

178 MORENO BOTE, *¿Cómo tomamos decisiones?*, ob.cit, p. 76.

179 *Ibidem*.

Ciertamente que "contar con un buen modelo de las reglas sociales y de las leyes de la naturaleza puede antojarse difícil, aunque nuestro cerebro es un maestro en tales menesteres: decenas de años de contacto con la naturaleza y sociedad no han permitido forjar un conocimiento implícito de cómo funcionan"¹⁸⁰.

Conjugación de ética de las virtudes y ética de los deberes permite avanzar de lo general, impersonal, abstracto y objetivo a lo particular, personal, grupal, concreto o a un rol social y a lo subjetivo. Esto se facilita a partir de la idea que conduce de la centralización del control a la descentralización del mismo, lo que hace maleable el tratamiento normativo, oscilando entre lo represivo retributivo a lo preventivo y de las prohibiciones y sanciones negativas a las normas estímulos y sanciones positivas o premiales, todo lo cual facilita el ajuste a la medida de lo necesitado en el grupo u organización.

Aprender a manejar y controlar los sesgos cognitivos y los hábitos redunda en una confirmación de la libertad de la voluntad humana, es más, es tal vez la verdadera o mejor forma de entender como tal que podemos tener voluntad consciente, haciéndola más compatible con lo inconsciente, de manera que esas expresiones de la dimensión humana se conjuguen en pro de su mejoramiento. Lo positivo y lo negativo deben verse en forma inordinada, sacándole provecho a lo aprovechable y poniendo a raya o minimizando lo que resulte perjudicial.

La libertad, contrario a lo que sucede con la convicción personal de la existencia de un determinismo crudo, redunda en mayor responsabilidad tal como se ha ido paulatinamente descubriendo en neurociencia. Es necesario, antes que todo, tener convicción de que se tiene libertad de acción, que ella no es una ilusión, creer que se tiene control sobre sí mismo y el destino, mejora el sentido de la responsabilidad y la libertad de elección en la toma de decisiones. Por ello una vez que adquirimos consciencia de que es posible cambiar los hábitos, igualmente adquirimos la habilidad para usar la libertad de elección para hacerlo y sobre todo la responsabilidad de configurar su cambio: "la voluntad de creer es el principal ingrediente para generar la creencia del cambio y que uno de los métodos más importantes para generar dicha creencia son los hábitos ... Si crees que eras capaz de cambiar -y lo conviertes en un hábito-, el cambio se vuelve real. Este es el verdadero poder de los hábitos: la convicción de que los hábitos son aquellos que elegimos que sean.

Una vez que tomamos esa decisión -y la automatizamos-, no solo se hace realidad, sino que comienza a parecer ineludible"¹⁸¹⁻¹⁸². "Así pues, no solo el determinismo no pesa más que el comportamiento electivo, sino que es necesario para el funcionamiento adecuado de la sociedad el entender al ser

180 MORENO BOTE, *¿Cómo tomamos decisiones?*, ob.cit, p. 125.

181 Cfr.DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 312 y ss.

182 Cfr. MATTHIEU RICARD y WOLF SINGER. *Cerebro y meditación. Diálogo entre el budismo y las neurociencias*, VICENTE MERLO (Trad.), Barcelona, Kairós, 2017, ob.cit, pp. 312 y 313.

humano como capaz de responsabilidad, toda vez que la creencia en favor del determinismo facilita la operancia del determinismo, tal vez lo que le muestra como determinado; por el contrario, creer en la posibilidad de elección hace al ser humano más responsable en su comportamiento, hace de él un sujeto que tiene el control sobre su destino”¹⁸³.

Es lo que en la neurociencia de las emociones se denomina el “*locus interno de control*”, que da cuenta de una sensación de no encontrarse el sujeto bajo el designio de las leyes de la causalidad, tomado las riendas de su propia vida, esto es, la “referencia a la tendencia de ver las decisiones y experiencias personales como si estuvieran bajo el control de uno mismo en lugar de estar determinadas por el destino, la suerte u otras personas”, lo cual hace que en la práctica el logro de los propósitos adquiera más eficacia y mejores resultados¹⁸⁴.

Los sesgos cognitivos son producto de la evolución y del desajuste, existente hoy, entre aquella de tipo biológico tremendamente paquidérmica y la cultural, ágil saltando a pasos agigantados y a enormes velocidades, de tal manera que nuestro ambiente ecológico y cultural ha sufrido cambios que no se compadecen a los registrados en el cerebro por la evolución biológica.

Se habla así, respecto de los sesgos cognitivos, de “*errores de la mente ... en términos de conducta y cognición, y no de conexiones neuronales*”. Ello puede ser superado, por supuesto con esfuerzo y adecuadas técnicas psicológicas, muy a pesar de los múltiples factores que nos impiden hacernos conscientes de los sesgos, los cuales pueden afrontarse con cierto éxito si las personas encargadas de tomar decisiones y muy especialmente en situaciones de urgencia, “consiguen desarrollar el hábito de pararse a pensar despacio cuando algo es importante”¹⁸⁵, lo cual muestra la íntima relación con los hábitos.

Expertos en el tema de la toma de decisiones, como Moreno Bote, han pulido algunas recomendaciones que otros estudiosos antes habían pergeñado, para lo cual recomienda, obviamente teniendo en cuenta que ello es un punto de partida, pero jamás de llegada:

“1) Identifica el problema. ¿Cuáles son las opciones? Si la decisión es importante, afróntala.

183 GÓMEZ PAVAJEAU y GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, *Epistemología y teoría del delito*, ob.cit.

184 Así LIEBEBERMAN y LONG, *Dopamina*, ob.cit, pp. 336 y 337.

185 “...necesitamos reconocer el sesgo cavernícola que todos tenemos dentro y apararnos a pensar despacio, para poder dar la respuesta racional ... Estamos usando a diario respuestas y forma de razonar y de entender el mundo que fueron adaptativas para nuestros antepasados (y para nosotros también en numerosas ocasiones), pero que al mismo tiempo se convierten en trampas mortales cuando no nos percatamos de que son modos de reacción ancestrales que no podemos aplicar sin filtros en el siglo XXI”: Cfr. MATUTE, *Nuestra mente nos engaña*, ob.cit, pp. 14 y ss. Particularmente muy importante pp. 23 y ss.

- 2) Identifica los costes. Estudia (rápida o lentamente) cuánta energía y dinero tienes disponible.
- 3) No te olvides del coste del tiempo, "el tiempo es oro". Evalúa la urgencia de la decisión y el coste temporal asociado.
- 4) Adquiere toda la información necesaria para tomar la decisión, pero sin incurrir en costes mayores (personal, familiar o social) que la posible recompensa (personal, familiar o social).
- 5) Incurre en costes, así que requerirá tu esfuerzo, atención y consciencia.
- 6) Simula mentalmente. Imagina que has tomado la decisión. ¿Qué ves y sientes entonces? Tu cuerpo debe viajar mentalmente contigo para ver y sentir.
- 7) Cuando simules mentalmente varios futuros, le estás diciendo a tu cerebro que esta decisión es importante. El subconsciente te sustituirá en breve para simular más alternativas con menor coste atencional. Deja tiempo, si puedes, para que el subconsciente te ayude. Consulta con la almohada.
- 8) Cuando estés seguro de que conoces la decisión correcta, tómala. Nunca tendrás más confianza que en ese momento. Si no tienes confianza suficiente, pero has de tomar la decisión sin demora, toma la que te parezca mejor siguiendo tu intuición, tus <<vibraciones>>.
- 9) Generalmente debes abrazar una decisión sin contar con toda la intervención necesaria, lo cual implica que puedes cometer un error. Saber aceptar los errores es una parte importante de la toma de decisiones. Los errores son la única oportunidad que tienes para aprender. Así, pues, trátalos con celo.
- 10) No existe un decálogo para tomar buenas decisiones. No pretendo establecer una nueva religión. Tú eres el último responsable de la decisión que finalmente tomes"¹⁸⁶.

Ello opera en todos los escenarios, bien individuales bien plurales. Se puede, muy bien, adaptando al caso concreto individual u organizacional estructurar pasos o secuencias a seguir, tanto para la evaluación consciente como cuando se decide aplicar los conocimientos neurocientíficos vía piloto automático¹⁸⁷,

186 MORENO BOTE, ¿Cómo tomamos decisiones?, ob.cit, pp. 138 y 139.

187 "La participación del sistema límbico subcortical, principalmente de la amígdala, conlleva respuestas muy rápidas con gran activación del sistema nervioso simpático y difíciles de controlar cognitivamente. Solo mediante el aprendizaje y la repetición de estas emociones se consigue un control del sistema nervioso simpático por medio de la participación de estructuras corticales, sobre todo del área orbito-frontal ... Comprender los

a través de protocolos como expresión normativa descentralizada *ad-hoc* que permita el tránsito de una ética del deber a una ética de las virtudes y viceversa, descendiendo en abstracción y por supuesto a concreción, la generalidad, impersonalidad y objetividad de la norma centralizada¹⁸⁸.

En fin, los expertos recomiendan para evitar o superar los sesgos: "Cuanto más sepamos y cuanto más nos entrenemos para evitar los sesgos, mejor: cuanto más pensemos, tanto mejor", todo "con el fin de impulsar comportamientos que son claramente éticos y beneficiosos"¹⁸⁹, lo cual puede ir acompañado de metodologías y protocolos de actuación, lo que también puede estar al servicio de la superación de las malas prácticas o hábitos perjudiciales o equivocados¹⁹⁰.

Sin duda allí reside la esencia constitutiva del *Compliance*. Nació como el estoicismo, como respuesta a problemas concretos referidos a la vida cotidiana dentro de un ámbito político, social y cultural determinado, como luz de guía moral o ética, con aspiraciones de integridad e integralidad, ahora extendidas a lo universal y, de todo lo más universal para el hombre, a la humanidad.

La institucionalización de hábitos organizacionales, como dependen del entorno donde se aplican, no solo rebajan la abstracción de las reglas normativas centralizadas, dejando de ser vaporosas y concretándose casi que *ad-hoc*¹⁹¹, conllevan a la creación de una "*cultura organizacional*" en especiales ámbitos de relación, equilibrando los poderes internos en la institución, con una distribución más justa de la autoridad e identificación de responsables de las diferentes tareas de ocupación necesarias, fomentando una "paz auténtica y equilibrada" que facilite la armonía sin la pérdida de autoridad que defina con decisiones oportunas y apropiadas en situaciones de crisis¹⁹².

mecanismos neuronales que subyacen en los procesos que implican riesgos y recompensas es dar un paso de gigante en el entendimiento de las decisiones irracionales que tomamos en nuestra vida ... la clave reside en la emoción, el gran enigma de la neurociencia ... no solo importan los algoritmos y las matemáticas, sino que la subjetividad y las emociones también tienen una gran relevancia": ORTIZ TERÁN y LÓPEZ PASCUAL, *Neuroeconomía*, ob.cit, pp. 48, 93, 94 y 127.

188 Pensamos, de acuerdo con los expertos en el tema, que tener conocimientos sobre sesgos cognitivos mejoraría significativamente la calidad de la toma de decisiones individuales, grupales u organizacionales, como se deja ver cuando se dice que "quizá sí podamos aprender a reducir un poco ese volumen de engaños, o al menos detectarlos": MATUTE, *Nuestra mente nos engaña*, ob.cit, p. 13.

189 Cfr. MATUTE, *Nuestra mente nos engaña*, ob.cit, pp. 130 y 132.

190 Muy ilustrativo sobre el tema, especialmente como un componente significativo en la "*cultura de las organizaciones*", cuya base fundamental es la creación de "hábitos clave" planeados conscientemente y no sólo a fuerza de ensayo y error o sin pensarlos, para superar los perjudiciales, instituyendo positivos "hábitos organizaciones" cfr. DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 187 y ss.

191 "No es que no haya fórmulas; el problema es que no hay una sola fórmula para cambiar de hábitos, sino miles. Los individuos y sus hábitos son distintos entre sí, de modo que los detalles específicos del diagnóstico y el cambio de patrones difieren entre personas y entre comportamientos": DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, p. 329.

192 Cfr. DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 198 y ss.

Estos procesos requieren estrategias y tácticas fundadas en conocimientos científicos acreditados, hoy a la mano de los expertos, pues un cambio en la “cultura organizacional” no puede desconocer el papel fundamental que en ello juega lo que se ha denominado por los neurocientíficos como la regencia de “regímenes emocionales” dentro de las organizaciones, sociedades y grupos humanos histórica y espacialmente concebidos, adaptados a situaciones especiales y particulares con miras a estudiar su influencia en los individuos y sus repercusiones en el “contexto de la política grupal”. Los conceptos de “trabajo emocional”, “comunidades emocionales”, “refugios emocionales”, “esfuerzo emocional”, “despertar emocional”, “efusión emocional”, “gestión emocional”, “acoplamiento emocional”, “cadena o transición emocional”, “baterías morales”, “energía emocional”, “contexto emocional”, “emoción compleja” y “afecto nuclear” son importantes y significativos en un proceso de reconstrucción, cambio, inicio o reinicio o fundación de una cultura organizacional -refundación, redescubrimiento, descubrimiento, reformulación emocionales, en la dialéctica del fluir y refluir de las emociones sociales y culturales- de lo cual la historia y los neurocientíficos nos dan cuenta¹⁹³, lo cual puede ser aprovechado como enseñanzas en cuanto a lo positivo de las experiencias y también, por supuesto, en lo negativo de las mismas para no repetir los errores del pasado.

Ya es hora de ponerle coto a la cotidianidad que nos lleva a “pensar sin pensar”:

... tomo decisiones sin pensar y ya me ocupo más tarde de buscarles justificación racional para hacerme creer a mí misma que todo lo había decidido con antelación ... somos tan hábiles engañándonos y cambiando la realidad que ni siquiera nos enteramos de cómo y cuándo nos engañamos ... lo que sí pueden hacer es dedicar de vez en cuando tiempo a buscar algunos de sus sesgos -agregaríamos malos hábitos-, para tenerlos localizados, y poder, así, corregirlos más fácilmente ... Apaguen un rato el piloto automático y deténganse a pensar ... Deténganse antes y piense. Es la única receta¹⁹⁴.

Cambiar la cultura interna cuando las cosas no funcionan adecuada y apropiadamente cuando se requieren respuestas oportunas, eficaces y eficientes, reforzarlas cuando sí lo hacen pero es susceptible de mejoras, hacer redundantes ciertas medidas para prevenir al máximo ciertos riesgos desastrosos, advertir coyunturas y accidentes y la forma de responder ante su materialización, mirando las diferentes alternativas de respuestas que como organización se debe tomar, son asuntos obvios y a veces de sentido común que, por lo mismo, pueden pasar desapercibidos¹⁹⁵ y que por lo mismo requieren un esfuerzo máximo de simulación de situaciones hipotéticas por personas experimentadas y visionarias, lejos de toda rutina paralizante y burocrática con el debido diseño de hábitos de seguridad.

193 Cfr. FIRTH-GODBEHERE, *Homo emoticus*, ob.cit, pp. 12 y ss, 107 y ss, 262 y ss, 269 y ss, 309 y ss, 333 y ss.

194 Cfr. MATUTE, *Nuestra mente nos engaña*, ob.cit, pp. 130, 132, 137 y 138.

195 Cfr. DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 212 y ss.

El abordaje del tratamiento de los hábitos resulta estratégico tanto para prevenir que el sujeto o la organización sean utilizados por otros que en cierta forma busquen manipularlos intencionalmente, como también que, a través de rutinas de malas prácticas, se caiga en errores no inducidos producto de la realización de comportamientos mecánicos y estereotipados.

Es necesario comprender que los hábitos funcionan, como se ha tratado anteriormente, para disipar o evitar que el ruido de múltiples actividades agobie y sobre pase la capacidad humana de tomar decisiones mínimamente acertadas, toda vez que, como dice Duhigg, "los hábitos conductuales impiden que nos abrume la cantidad interminable de decisiones que de otro modo tendríamos que tomar a diario". Por supuesto, ello funciona a nivel individual, pero también grupal y social, ante lo cual se estudian los llamados "vínculos fuertes" y "vínculos débiles" en funcionamiento integrado en las relaciones sociales, buscando como potenciarlos al servicio de causas comunes, aprovechando el concepto de "presión social" como forma de persuasión al trabajo conjunto y en pro de jalonar en un mismo sentido con las fuerzas comunes disponibles para el logro del "cambio social generalizado". Si se enseña y aprendemos a actuar y funcionar dentro y a partir de un rol identificado y determinado, se actuará de conformidad sin mayor necesidad de "guía y supervisión constante", al darle a los miembros "nuevos hábitos": "los hábitos sociales impulsan los movimientos: para que una idea trascienda una comunidad, debe adquirir una cualidad de autopropulsión" basada en la identidad¹⁹⁶.

El libro de Duhigg es un ejemplo de todo aquello que, por razón de la rutina, afecta con hábitos perniciosos a las organizaciones y a partir de sucesos vividos en importantes organizaciones hacen un llamado al cambio de cultura organizacional, todo lo cual encuentra en la ética de las virtudes el mejor escenario para su más eficaz, efectivo y eficiente desempeño. Pero también, sucesos catastróficos como los sucedidos en compañías tan prestigiosas y científicamente avanzadas como la Boeing, cuyos éxitos nos llevó a la Luna y al espacio más exterior, mostró como las malas prácticas y los hábitos perniciosos pueden llevar al derrumbe de la credibilidad y al seguro descrédito de las organizaciones como lo muestra el documental "*Descenso. El caso contra Boeing*"¹⁹⁷ o los escándalos en la Federación Internacional de Fútbol Asociado-"*FIFA Gate*"- protagonizados en los tres últimos decenios¹⁹⁸ o el desastre de Chernobyl -"*El desastre nuclear de Chernobyl (1986) Documental completo*"¹⁹⁹ son una muestra irrefutable de las fallas derivadas de hábitos perniciosos en las organizaciones. Igualmente, en cuanto a conductas dolosas cometidas al interior de las empresas, en las que las fallas se encuentran al interior de la organización y principalmente a la inoperatividad del *Compliance* intencionalmente manipulado, razón principal del desencadenamiento de los

196 Cfr.DUHIGG, *El poder de los hábitos*, ob.cit, pp. 239, 253 y ss.

197 <https://www.netflix.com/co/title/81272421>, consultado enero 1 de 2023.

198 <https://www.bing.com/videos/search?q=Escándalo+de+la+FIFA+Documental&qpv=Escándalo+de+la+FIFA+Documental&FORM=VDRE>, consultado enero 1 de 2023.

199 <https://www.youtube.com/watch?v=NeFZHcv51Ig>, consultado enero 1 de 2023.

desastres financieros y económicos, muy ilustrativo el famoso caso de Bernie Madoff –“*Madoff: El monstruo de Wall Street*”²⁰⁰.

Hora de reflexionar. El *Compliance* es la mejor oportunidad para darle cabida a estas aspiraciones humanas en una época donde el cambio demanda el cambio de aptitud y actitud del individuo, los grupos, las organizaciones, la sociedad y las naciones en pro de la humanidad. Perfeccionemos los mecanismos del *Compliance* y extendámoslos, cual clonación masiva, a todo aquello que implique la mejora de la situación de la humanidad y nuestra supervivencia como especie desde una perspectiva solidarista y altruista. Es preciso la construcción de una sociedad mundial empática e igualitaria en materia de oportunidades, y por supuesto de un ciudadano del mundo con tales características, abandonando las diferencias individuales, grupales, étnicas, nacionalistas, culturales, religiosas, etcétera, etcétera que permitan la superación del sesgo tribal.

Referencias Bibliográficas

- Aedo Barrena C. (2020) *Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Alonso J. y Alonso Esquisábel I. (2018). “*El cerebro nace o se hace. Genes y ambiente*” en *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallete Alcompas.
- Bargh J. (2018). ¿Por qué hacemos lo que hacemos? El poder del inconsciente, SONIA TAPIA (Trad.), Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial.
- Bargh J. (2018). *El experto y sabio inconsciente* (Entrevista), EDUARDO PUNSET, Redes 45 Atrévete a saber. https://www.youtube.com/watch?v=w_x5-ZCn_Xc, consultado en diciembre 1 de 2018.
- Canessa N. (2018). “*El sueño de la razón. Cómo funciona el cerebro*” en *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallete Alcompas.
- Carrión Centeno A. Y urquiza Videla G. (2015). La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania, Perú y EEUU. *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, kai A., Dino C. Caro C. Y Malarino E., (Coord.), Lima, CEDPAL - Juristas Editores – CEDPE.
- Casirer E. (1997). *Antropología filosófica*, Eugenio Í. (Trad.), México, Fondo de Cultura Económica.
- Cela Conde C. y Ayala F. (2018). El cerebro moral. Evolución del cerebro y valores humanos. *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallete Alcompas.
- Coelho F. (2022). *Significado de virtud*. <https://www.significados.com/virtud/>
- Cotrufo T. y Ureña Bares J. (2018). El cerebro y las emociones. Sentir, pensar, decidir. *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallete Alcompas.

200 <https://www.netflix.com/co/title/81466159>, consultado enero 7 de 2023.

- Damasio Antonio. (2011). *Neurociencia y aprendizaje* (Conferencia). <https://www.youtube.com/watch?v=5aK9gf9H5as>, consultado diciembre 1 de 2018.
- Damasio A. (2013). *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, Joandomenec R. (Trad.), Barcelona, Ediciones Destino S.A.
- Damasio A. (2013). *Diálogos con Antonio Damasio* (Entrevista), Mario Mazzilli, Porto Alegre, Fronteras de Pensamiento. <https://www.youtube.com/watch?v=SIj3hOMaIIM>
- Damasio A. (2014). *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Joandomenec Ros (Trad.), Barcelona, Ediciones Destino S. A.
- Damasio Antonio. (2018). *El extraño orden de las cosas. La vida, los sentimientos y la creación de las culturas*, Joandomenec R. (Trad.), Bogotá, Ediciones Destino.
- Damasio A. (2013). *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, Joandomenec R. (Trad.), Barcelona, Ediciones Destino S. A.
- Damasio A. (2013). *Diálogos con Antonio Damasio* (Entrevista), MARIO MAZZILLI, Porto Alegre, Fronteras de Pensamiento, en <https://www.youtube.com/watch?v=SIj3hOMaIIM>.
- Damasio A. (2015) ¿Para qué sirve la felicidad? Emoción y felicidad (Conferencia), Puebla, La ciudad de las ideas CDI, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=-1ROITH4_5k
- Damasio A. (2011). *La búsqueda por comprender la consciencia* (Conferencia), Long Beach, TED Talks, 2011 en https://www.ted.com/talks/antonio_damasio_the_quest_to_understand_consciousness?language=es#t-11035 y <https://www.youtube.com/watch?v=cqXMORKPQGA>
- Documental de Netflix: *Descenso. El caso contra Boeing*. <https://www.netflix.com/co/title/81272421>
- Duhigg Ch. (2022). *El poder de los hábitos. Por qué hacemos lo que hacemos en la vida y en el trabajo*, Wendolin Sabrina Perla Torres (Trad.), Bogotá, Vergara.
- Engelhart Marc. (2020). La bribery act 2010 del Reino Unido. Corrupción, extraterritorialidad y corporate Compliance. *Corrupción, Compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*, Kubiciel M. y Carrión A. (Directores), Lima, Editores del Centro.
- Webphilosophia. (2015 25 de abril). *Estoicos, armonía con el cosmos*. webphilosophia.com/estrategia/estoicos-armonia-con-el-cosmos/, consultado octubre 20 de 2022.
- Feixas I Viaplana Guillem. (2018). Personalidad. Significados personales y sentido de identidad. *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallettera Alcompas.
- Ferrus Alberto. (2018). *¿Qué es la consciencia? Una aproximación desde la neurociencia*. *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallettera Alcompas.

- Firth-Godbehere R. (2022). *Homo emoticus. La historia de la humanidad contada a través de las emociones*,. Ramos Mena F. (Trad.), Bogotá, Salamanca.
- Freud S. (2015). *Tótem y tabú*, López-Ballesteros, K. y De Torres (Trad.), Madrid, Alianza.
- Gómez Pavajeau C. (2005). *La solidaridad en la antigüedad y la dogmática de la omisión*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Gómez Pavajeau C. (2002). *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Gómez Pavajeau C. (2005). *Intervención y omisión*, Bogotá, Giro Editores.
- Gómez Pavajeau C. (2019). La ética de las virtudes, los preceptos estimulantes y las sanciones positivas: tres cuestiones pendientes en el Derecho Disciplinario. *Crítica Disciplinaria a propósito de la reforma*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau C. (2011). La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de Derecho Penal. *Revista Derecho Penal y Criminología No 93*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau C. (2012). *Derecho Penal y Edad Media*, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición.
- Gómez Pavajeau C. (2010). Injusto y culpabilidad en los grandes filósofos griegos. *Revista Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia No 91*.
- Gómez Pavajeau C. (2017). La ética de las virtudes, los preceptos estimulantes y las sanciones positivas: tres cuestiones pendientes en el Derecho Disciplinario. *Crítica Disciplinaria. A propósito de la anunciada reforma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau C. (2018). *Neuroderecho penal y disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau C. (2020) Grecia y su filosofía perenne. *Opúsculos de neuroantropología filosófica Tomo I. La materia prima del Derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia*. Gómez Pavajeau, C., Gutiérrez de Piñeres Botero C. y Valle Oñate R. (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez Pavajeau C. (2022). El Libertador Simón Bolívar: Derecho Disciplinario preventivo, comportamientos estimulantes y sanciones positivas su engranaje con la figura actual y en franca construcción del *Compliance* público y privado. *Debates Fundamentales sobre Derecho Disciplinario*. Tomo V. Gómez Pavajeau, C., Roa Salguero, D. y Pinzón Navarrete, J. (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

- Gómez Pavajeau C. y Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2022). *Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez Pavajeau C. y Gutiérrez de Piñeres Botero C. (2017). *Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2019). La preocupación por el otro y el libre albedrío. *Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia*. Gutiérrez de Piñeres Botero, C., Valle Oñate, R. y Gómez Pavajeau, C., (Directores), Bogotá, Nueva Jurídica, 2019.
- Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2019). La formación de hábitos y el libre albedrío. *Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia*. Gutiérrez de Piñeres Botero, C., Valle Oñate R. y Gómez Pavajeau, C. (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.
- Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2019). Neurociencias y libre albedrío. *Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia*. Gutiérrez de Piñeres Botero, C., Valle Oñate, R. y Gómez Pavajeau, C. (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.
- Haidt J. (2019). *La mente de los justos. Por qué la política y la religión dividen a la gente sensata*, García Maldonado, A. (Trad.), Bogotá, Ediciones Planeta.
- Hooft G´T. (2018). *Partículas elementales. En busca de las estructuras más pequeñas del universo*, Zuñiga I. (Trad.), Barcelona, Crítica.
- Huisman D. y Vergez A. (2007). *Historia de los filósofos ilustrada por los textos*. Denis, H y Vergez, A., (Directores) en la traducción TREVIJANO, C., Madrid, Tecnos.
- Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, Buenos Aires, Losada, 1950.
- Kahneman, D. (2017). *Pensar rápido, pensar despacio*, Chamorro Mielke, J. (Trad.), Bogotá, Debolsillo.
- Kahneman, D., Sibony O. y Sustain Cass R. (2021). *Ruido. Un fallo en el juicio humano*, Chamorro Mielke, J. (Trad.), Debate.
- Kaku, M. (2021). *El futuro de la humanidad. La colonización de Marte, los viajes interestelares, la inmortalidad y nuestro destino más allá de la tierra*, Bogotá, Debate.

- Kubiciel, M. (2020). Corrupción y Compliance en el Derecho Penal alemán. *Corrupción, Compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Kubiciel, M. y Carrión, A. (Directores), Lima, Editores del Centro.
- Lieberman D. y Long M. (2022). *Dopamina. Cómo una molécula condiciona de quién nos enamoramos, con quién nos acostamos, a quién votamos y qué nos depara el futuro*, Santo Coloma. M. (Trad.), Bogotá, Planeta.
- Lleras de la Fuente C. et al. (1992). *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*, Bogotá, Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y ciencia Política.
- Maldonado C. y Giraldo Gallo J. (2022). *El mundo es cuántico. Una teoría a partir de las múltiples interpretaciones de la mecánica cuántica*, Bogotá, Ediciones desde abajo.
- Malinowski B. (1991). *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, J. y M. Alier (Trads.), Barcelona, Ariel.
- Mariño X. (2018). El misterio de la mente simbólica. Cerebro, lenguaje y evolución. *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallettera Alcompas.
- Matute Helena. (2018). Nuestra mente nos engaña. Sesgos y errores cognitivos que todos cometemos. *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallettera Alcompas.
- Mele A. (2014). *Libres. Por qué la ciencia no ha rebatido la existencia del libre albedrío*. Rosell S. (Trad.), España, Avarigani Editores.
- Moreno Bote R. (2018). ¿Cómo tomamos decisiones? Los mecanismos neuronales de la elección. *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallettera Alcompas.
- Nieto Martín A. (2020). La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal. *Corrupción, Compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Kubiciel, M. y Carrión A. (Directores), Lima, Editores del Centro.
- Ortiz Terán E. y López Pascual J. (2018). Neuroeconomía. Neurociencia, psicología y economía: tres disciplinas en colaboración. *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallettera Alcompas.
- Palma Herrera J. (2014). El papel de los Compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica. Palma Herrera, J. *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. <https://vlex.es/vid/papel-Compliance-modelo-vicarial-564554102>
- Pascal P. (2021). *Sapiens frente a sapiens. La espléndida y trágica historia de la humanidad*, México, Siglo XXI Editores.
- Pohlenz Max. (2002). *La Stoa. Historia de un movimiento espiritual*, Salvador Mas (Trad.), Bogotá, Penguin Random House, Grupo Editorial Taurus.
- Pinker S. (2021) *Racionalidad. Qué es, por qué escasea y cómo promoverla*. Hermida Lazcano, P. (Trad.), Bogotá, Paidós Editorial Planeta.

- Quevedo Díaz, M. (2018). El cerebro inconsciente. Los automatismos de nuestra mente. *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallegtra Alcompas.
- Reyna Alfaro, L. (2015). Implementación de los *Compliance programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*. Ambos, K., Caro Coria, D., y Malarino, E., (Coordinadores), Lima, CEDPAL - Juristas Editores - CEDPE.
- Ricard, M. y Singer, W. (2017). *Cerebro y meditación. Diálogo entre el budismo y las neurociencias*, Vicente M. (Trad.), Barcelona, Kairós.
- Rodríguez Luño, Á. Ética general. <https://www.derechoalajusticia.cl/l/la-etica-de-las-virtudes/>
- Ruiz López, C. (2020). El cumplimiento normativo en Colombia. En: *Corrupción, Compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Kubiciel, M. y Carrión, A. (Directores), Lima, Editores del Centro.
- Sánchez-Macías, J. y Rodríguez-López, F. (2021). Estudio Preliminar. *Tratado angloiberoamericano sobre Compliance penal*. Rodríguez-García, N. (Director), Ontiveros Alonso, M., Gabriel, O. y Rodríguez-López, F. (Coordinadores), Valencia, Tirant lo blanch.
- Sigman M. (2022). *El poder de las palabras. Cómo cambiar tu cerebro (y tu vida) conversando*, Debate, Bogotá.
- Silveira Renato De Mello J. y Saad-Diniz E. (2017). *Repatriacao e crime. Aspectos do binomio crise económica e direito penal*, Bello Horizonte, Editora D'PLÁCIDO.
- Silveira Renato De Mello J. y Saad-Diniz E. (2015). *Compliance, Direito Penal. Ele anticorrupção*, São Paulo, Saraiva.
- Sober E. y Sloan, W. (2000). *El comportamiento altruista. Evolución y psicología*. Grandal Martín, A. (Trad.), Madrid, Siglo XXI de España Editores.
- Zamora Bonilla J. En busca del yo. Una filosofía del cerebro. *Neurociencia & Psicología*, España, Bonallegtra Alcompas.

Referencias digitales

- <http://estaticos.expansion.com/opinion/documentosWeb/2016/02/29/sentenciasresponsabilidadpenalpersonasjuridicas.pdf>.
- <https://es.scribd.com/document/490983864/Etimologia-de-Valor-y-Virtud>, consultado octubre 20 de 2022.
- <https://concepto.de/virtud/#ixzz7iJcep6T9>
- <https://concepto.de/virtud/#ixzz7iJanccLK>
- <https://concepto.de/habito>
- <https://www.elcorreogallego.es/hemeroteca/etica-deber-HBCG725046>

<https://www.netflix.com/co/title/81272421>, consultado enero 1 de 2023.

<https://www.youtube.com/watch?v=NeFZHcv51Ig>, consultado enero 1 de 2023.

<https://www.bing.com/videos/search?q=Escándalo+de+la+FIFA+Documental&qpv=Escándalo+de+la+FIFA+Documental&FORM=VDRE>, consultado enero 1 de 2023.

<https://www.netflix.com/co/title/81466159>, consultado enero 7 de 2023.

<https://www.bing.com/search?q=etimología+de+la+palabra+virtud&qs=n&form=QBRE&sp=-1&pq=etimología+de+la+palabra+virtud&sc=10-31&sk=&cvid=1A0958EA18174D11B0D287E17B2FA965&ghsh=0&ghacc=0&ghpl=>, consultado octubre 20 de 2022.

www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-61272007000200008 Consultado octubre 20 de 2022.

CAPÍTULO 3

LA RELEVANCIA DE COMPLIANCE EN LA DETERMINACION RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS SEGÚN LA LEY 2195 DE 2022

Paula Andrea Ramirez Barbosa y Jorge Andrés Amézquita Toro

PRESENTACIÓN

La corrupción en la Administración pública promovida por la acción de personas que utilizan estructuras empresariales es una realidad que se ha evidenciado con especial impacto en los últimos tiempos. Por ejemplo, el fraude en la contratación es considerado como uno de los principales riesgos de corrupción que afecta a las entidades públicas en su interacción con las empresas¹. En Colombia las entidades públicas tienen la obligación de adoptar Programas de Transparencia y Ética Pública según lo prescrito por el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 (tras la modificación introducida por la Ley 2195 de 2022). En este plano resulta importante analizar los posibles escenarios de responsabilidad empresarial por la comisión de delitos contra la Administración pública. Entre otras razones, dado que en el ordenamiento jurídico colombiano las empresas deben adoptar mecanismos de control criminal para precaver dichos riesgos, su adopción podría promoverse a través de la denuncia de hechos ilícitos advertidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su rol institucional. Además de ello, porque podrían exigir a las empresas la adopción de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial exigidos por la Ley 2195 de 2022 desde las mismas obligaciones que surgen para la Administración pública con sus Programas de Transparencia y Ética Pública.

El papel de la Administración pública frente a la criminalidad empresarial que la afecta requiere prever en su Programa de Transparencia y Ética Pública un conjunto de acciones que inician con la exigencia de programas de cumplimiento a las corporaciones con las que se relacionan, la investigación de

1 Al respecto, véase el documento de Alcaldía Mayor de Bogotá, "Metodología. Identificación de riesgos de corrupción en la gestión contractual pública", Serie Metodologías para el control preventivo, ISBN: 978-958-8488-08-0, 2018.

irregularidades derivadas de la relación particular y tomando acciones concretas de naturaleza jurídica frente a las desviaciones advertidas. Esto tendría un efecto preventivo-general en la delincuencia que afecta a la Administración pública generada desde las empresas, al reforzar la aplicación de las distintas vías que prevé el ordenamiento para su sanción². La importancia de los Programa de Transparencia y Ética Pública es indiscutible no solo desde una función preventiva, sino también desde la perspectiva de control y mitigación de los riesgos que incorpora todo el sistema de *Compliance*. Lo cual, permitirá fortalecer y encauzar eficazmente la investigación interna de todo acto irregular evidenciado mediante cualquiera de los mecanismos adoptados para tal fin (auditoría interna, canal de denuncias, etc.) y posibilitará su eficaz denuncia y judicialización ante las autoridades competentes con las respectivas consecuencias derivadas. En definitiva, supondrá un mayor robustecimiento de la cultura de integridad, ética y buena gobernanza organizacional.

1. ESCENARIOS DE RESPONSABILIDAD LEGAL POR DELITOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La criminalidad de las corporaciones y la responsabilidad legal derivada de su proceder ilícito constituye un tema de primer orden en la agenda político-criminal de organismos internacionales y los Estados por el impacto lesivo que ello genera para el desarrollo de las naciones (social, político, económico, etc.)³. En lo que a Colombia respecta, *prima facie*, podría pensarse que las personas jurídicas no pueden ser responsabilizadas jurídicamente por los delitos cometidos en desarrollo de su objeto. E

n efecto, no existe en el País un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas en sentido formal o estricto, esto es, que se prevea dentro del Código Penal o ley especial un conjunto de disposiciones que permitan la atribución directa de sanciones penales a las corporaciones por la comisión de delitos. Lo anterior no significa que las corporaciones, particularmente las empresariales, no puedan responder jurídicamente por determinados delitos cometidos en el desarrollo de su actividad. Ello permitiría sostener un concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica en sentido material, es decir, en donde cualquiera sea el título de imputación formal o la ley que lo contenga,

2 Con relación a la tesis planteada en la parte introductoria de este trabajo, pensamos que las vías jurídicas en su conjunto que prevé el ordenamiento para el procesamiento de hechos ilícitos cometidos a través de las corporaciones permiten reforzar el fin preventivo general del derecho penal frente a la delincuencia corporativa sustentado la pena en sentido estricto, pues todos esos caminos coinciden en la afectación múltiples intereses y bienes de esas organizaciones.

3 Sobre los efectos lesivos que puede generar la corrupción, Malem Seña, Jorge F. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 177 y ss., señala: "(...) existe una vinculación probada, tanto en un sentido estadístico como económico, de que altos índices de corrupción degradan las posibilidades de crecimiento económico a largo plazo". Sobre los efectos macroeconómicos de la corrupción y su impacto negativo en el desarrollo social, véase también Muriel Patino, María Victoria. "El fenómeno de la corrupción: consideraciones desde la macroeconomía", en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica* (Coords.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, 2008, pp. 35-52.

finalmente recibe las consecuencias jurídicas de la comisión de delitos en su interior.

Con relación a dichos escenarios de responsabilidad, en el ordenamiento jurídico colombiano coexisten al menos cuatro vías de procesamiento de las corporaciones por delitos mediadas por algún criterio de conexión jurídico-penal de orden sustantivo, procedimental o jurisdiccional que no solo permitirían sostener dicho concepto material de punibilidad, sino además advertir el papel que podrían jugar las entidades públicas en la activación procesal de tales vías: (i) cancelación de la personería jurídica (Ley 906 de 2004); (ii) reparación integral de perjuicios (Ley 906 de 2004); (iii) extinción del derecho de dominio (Ley 1708 de 2014); (iv) responsabilidad administrativa sancionatoria (Ley 2195 de 2022).

Más allá de los presupuestos jurídicos de sanción corporativa requeridos por tales disposiciones y el criterio sustantivo, procedimental o jurisdiccional que conectan con un concepto material de responsabilidad penal corporativa, lo más importante será ver cómo pueden propiciar las entidades públicas afectadas por la acción ilícita de las primeras en el marco de sus propios Programas de Transparencia y Ética Pública que dichas vías se activen con el fin de asegurar el efecto preventivo-general del delito pretendido con la aplicación de tales normas.

1.1. Suspensión y cancelación de la personería jurídica

El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal colombiano regulado por la Ley 906 de 2004 establece expresamente que, a petición de la Fiscalía General de la Nación, el juez de control de garantías podrá ordenar a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que "(...) se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas".

Paralelamente, el mismo precepto contempla que las mismas medidas se podrán disponer con "carácter definitivo" en la sentencia condenatoria cuando el órgano judicial se forme un convencimiento sobre las circunstancias que originaron tales actividades delictivas. Esto último significa que un juez penal de conocimiento podría pronunciarse en su sentencia imponiendo a la corporación la más grave de las "penas" que les son inherentes a dichos entes según la legislación comparada: la cancelación de su personería jurídica⁴. Sirva de ejemplo la pena de disolución de la persona jurídica y su pérdida de personería prevista por el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal español con relación a las penas aplicables a las corporaciones por la comisión de delitos.

4 Ramírez Barbosa, Paula A. y Ferré Olivé, Juan Carlos. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y buena gobernanza empresarial*. Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 51 y ss.

Como puede advertirse, desde el punto de vista de las posibilidades jurídicas de aplicación jurisdiccional de tal consecuencia punitiva, no existe ninguna diferencia material con una versión estricta de la pena -corporativa-. El hecho de que este tipo de consecuencia jurídica se prevea dentro del Código de Procedimiento Penal y no dentro del Código Penal o bien que no se le denomine "pena", no excluye que la citada medida sea expresión del *Ius Puniendi* estatal. Paradójicamente, este "fraude de etiquetas" lo que esconde es la potencial vulneración de las garantías procesales que podría sufrir una persona jurídica al no considerársele formalmente "sujeto activo" del delito o parte procesal⁵. Lo anterior, por cuanto se le priva de las garantías que ostenta toda persona objeto de consecuencias de corte punitivo adoptadas en marco del proceso penal (defensa, prueba, etc.)⁶.

Entonces, si la ley procesal penal establece la posibilidad de aplicar la consecuencia punitiva más grave que prevén los sistemas normativos de otros Estados que consagran la responsabilidad penal de las corporaciones (extinción de la personería jurídica), puede afirmarse desde un punto de vista material que las empresas en Colombia sí pueden ser responsables de los "delitos cometidos por ellas". Algún sector de la doctrina nacional ha sostenido esta visión material de la responsabilidad penal empresarial⁷. Lo anterior, entre otras cosas, porque la imposición de sanciones a las personas jurídicas por delitos no encuentra barreras en la Constitución Política según el criterio de la propia Corte Constitucional⁸. En este punto, a propósito del rol llamado a cumplir por parte de las entidades públicas afectadas por el hecho ilícito

5 Con respecto al "fraude de etiquetas" que pueden constituir la responsabilidad administrativa de personas jurídicas por delitos, Caro Coria, Dino Carlos. "Imputación objetiva y Compliance penal", en Demetrio Crespo, Eduardo (Dir.). *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 381, sostiene que: "Si bien con esta norma se regula expresamente una responsabilidad "administrativa" de las personas jurídicas por los delitos anteriormente mencionados, lo cierto es que estamos ante una suerte de "fraude de etiqueta" al denominar "administrativa" a lo que en rigor es una responsabilidad penal corporativa".

6 Para ampliar lo relativo a estos escenarios de responsabilidad de la persona jurídica por delitos, véase Ramírez Barbosa, Paula A y Amézquita Toro, Jorge A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia: aspectos esenciales y perspectivas en Colombia", en Ramírez Barbosa, Paula A. (Dir.). *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 40 y ss.

7 Con relación a dicha tesis de responsabilidad penal de personas jurídicas en sentido material, señala Bernate O., Francisco. "El Compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia". *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Col.) Vol. X. No. 20: 31-49, 2018*, ISSN 2145-6054, p. 44: "(...) en nuestro criterio en la actualidad sí es posible afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando se establecen consecuencias sancionatorias para aquellos eventos en que el ente colectivo ha sido destinado, total o parcialmente, para la comisión de delitos o, cuando la sociedad se haya podido beneficiar de un acto de corrupción".

8

Con relación a la posibilidad de atribuir consecuencias punitivas a las personas jurídicas por los delitos cometidos en el marco de sus actividades, señaló la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-398, lo siguiente: "*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*".

respectivo, debe destacarse la atribución procesal en condición de víctima que podría adoptar toda entidad pública, en este caso, con el objeto de promover las medidas cautelares que correspondan dirigidas a defender su interés afectado por el delito⁹.

Pese a lo anterior, debe mencionarse que en Colombia este precepto no ha tenido mayor aplicación, esencialmente, a raíz de la falta de peticiones formales por parte de la Fiscalía General de la Nación (ente titular de la acción penal). Pese a ello, tal desafección institucional, no implica que dicho mecanismo no pueda promoverse por parte del órgano de persecución penal mientras la norma permanezca en vigor, faltando quizá mayor grado de cultura jurídica por parte de sus delegados para aplicarlo, por ejemplo, en aquellos casos en los que la estructura de una determinada corporación se haya utilizado para defraudar la Administración pública.

Lo anterior, si se atiende a los múltiples supuestos que suceden de forma regular, en los que podría considerarse que una estructura corporativa se ha utilizado para la comisión de hechos delictivos (sociedades pantalla e instrumentales, proveedores ficticios, etc.). Por esta razón, resulta clave la participación directa de la entidad afectada por el delito como víctima promoviendo tal medida y en otras instancias del proceso penal.

Entonces, el hecho de que dicho marco de responsabilidad corporativa por delitos se encuentre previsto dentro de la legislación procesal penal, que pueda ser promovido por parte del órgano oficial de persecución penal y que pueda ser aplicado por parte de un juez penal de conocimiento, permite trabajar sobre una noción de “riesgo penal” para las personas jurídicas en la que encuentra cabida no solo las penas estrictas que suelen aplicarse a este tipo de entes por los delitos cometidos en su interior, sino también las consecuencias accesorias que podrían imponerse a raíz de ello¹⁰. Lo mencionado deriva al menos en dos compromisos para la Administración pública y las empresas, respectivamente, en torno al control de los hechos ilícitos que pueden presentarse en el marco de su relacionamiento.

9 De conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-603-16 de 2 de noviembre de 2016 frente a la competencia que tiene la Fiscalía General de la Nación en la petición de las medidas cautelares frente a personas jurídicas que establece el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, el contenido de dicho precepto, particularmente aquél que reza “En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía...”, debe leerse “en el entendido de que las víctimas pueden solicitar directamente las medidas provisionales allí consignadas cuando acrediten ante el juez un interés específico para obrar, después de la formulación de la imputación”.

10 Con relación a la noción de “riesgo penal” y la consideración de las denominadas “consecuencias accesorias” del delito bajo tal categoría, reseña Casanovas Ysla, Alain. “Compliance penal normalizado: El estándar UNE 19601”, 1ª. Ed. Navarra: Aranzadi, 2017 p. 155, que: “En el ámbito del *sistema de gestión de Compliance penal*, la identificación del *riesgo penal* consiste en conocer qué conductas potencialmente delictivas podrían entrañar la responsabilidad penal de la persona jurídica o la aplicación del régimen de consecuencias accesorias, atendidas las circunstancias concretas de la *organización*”.

Con relación a la primera, emerge el deber de estructurar un eficiente mecanismo de investigaciones internas y de denuncia en las fases de formulación e implementación de su Programa de Transparencia y Ética Pública que posibiliten la petición de medidas cautelares frente a las corporaciones que las han defraudado de acuerdo con la vía del artículo 91 del Código de Procedimiento Penal. Y, con respecto a las empresas que se relacionan con la Administración pública, el deber técnico que surge sobre sus oficiales de cumplimiento de considerar dicha posibilidad de intervención cautelar o definitiva en desarrollo de los análisis de riesgos legales efectuados en el marco de sus respectivos Programas de Transparencia y Ética Empresarial, entre otras cosas, porque la misma Ley 2195 de 2022 evoca en expreso en su artículo 2º esta vía de procesamiento penal de la persona jurídica.

1.2. Reparación integral de perjuicios derivada de delito

En Colombia se prevé dentro del marco jurídico penal sustantivo y procesal la posibilidad de responder civilmente por los daños generados a terceros como consecuencia de la comisión de acciones delictivas. Así, en lo que respecta al Código Penal, establece su artículo 96 sobre los obligados a indemnizar que “Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder”. A su turno, el artículo 107 de la Ley 906 de 2004 establece frente al “tercero civilmente responsable” que éste “Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado”. Naturalmente, la comisión de delitos contra la Administración pública por parte de las personas jurídicas habilita esta vía procedimental.

Entonces, aquí el punto de conexión con el ordenamiento penal es directo, en tanto que la fuente de responsabilidad legal se halla en el Código Penal (el delito cometido en la corporación) y su mecanismo de tramitación en el Código de Procedimiento Penal¹¹. Por lo anterior, el hecho delictivo se convierte en la fuente de responsabilidad jurídica para la corporación. Sobre este punto, el artículo 2341 del Código Civil establece con relación a la “responsabilidad extracontractual”, que “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Si ánimo de profundizar en la base sustantiva de la responsabilidad civil derivada de delito, con el objeto de resaltar la sinergia entre el fin preventivo-general del Derecho penal

11 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, particularmente en la providencia de noviembre 11 de 2020 bajo el radicado 54480, ha señalado con relación al incidente de reparación lo siguiente: La reparación integral no está restringida al ámbito de la concreción del perjuicio, también comprende la resolución definitiva de las consecuencias económicas y patrimoniales derivadas de las medidas cautelares vigentes en la actuación, adoptando las determinaciones necesarias que garanticen a las víctimas la indemnización de los perjuicios y la restitución de los bienes objeto del delito. En el caso de la cancelación definitiva de los registros obtenidos fraudulentamente que el juez debe disponerla en el fallo condenatorio, para materializar el restablecimiento del derecho es pertinente al mismo tiempo ordenar la entrega de los bienes siempre que estos no se encuentren en posesión de terceros de buena fe.

y las otras vías jurídicas que sancionan la criminalidad empresarial, resulta relevante destacar que esta modalidad de riesgo legal de base criminal (que puede ser de carácter indemnizatorio), presenta al menos tres puntos de conexión con el marco normativo jurídico-penal: (i) tiene su origen en un delito; (ii) se vincula con la responsabilidad penal declarada por parte del juez penal de conocimiento; (iii) se tramita por parte del mismo juez bajo las reglas generales que le marca el régimen sustantivo y procesal penal.

Como puede inferirse, son múltiples los hechos delictivos que, cometidos en desarrollo de actividades empresariales, podrían dar lugar a tal declaración de responsabilidad civil (de base criminal), entre ellos, los que afectan la Administración pública como organización y como bien jurídico tutelado por el Derecho penal (tráfico de influencias, cohecho, celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, etc.). En tal caso, esta vía procesal le permite a la respectiva entidad pública afectada con el delito contar con un mecanismo para recuperar de la corporación beneficiada con la actividad ilícita el monto de lo defraudado. El mismo Parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 2195 de 2022 consagra esta exacción para las entidades públicas perjudicadas. De este modo, resulta pertinente que tales entidades consideren dentro del marco de sus políticas insertas al Programa de Transparencia y Ética Pública, un protocolo reactivo que involucre la representación judicial de la entidad con el objeto de procurar el resarcimiento de tales perjuicios. Aunque más allá de este fin resarcitorio, la importancia de esta participación procesal de la entidad radica en que desincentivaría el despliegue criminal de ciertas empresas frente a la Administración pública al contar con otro instrumento de “amenaza” que refuerza el fin preventivo-general del Derecho penal.

Advertida dicha posibilidad de participación activa de la Administración pública en los Incidentes de Reparación Integral, entonces, resulta pertinente que las unidades de cumplimiento de las personas jurídicas establezcan en el marco de sus análisis de riesgos qué tipo de conductas delictivas podrían derivar en este tipo de efectos legales para la corporación respectiva según su tipo de relacionamiento con el Estado, entre otras cosas, porque la noción de “riesgo legal” comprende consecuencias como el pago de indemnizaciones¹². Este análisis obligaría no solo a anticipar cuáles serían los potenciales eventos ilícitos que podrían provocar tales efectos (impacto), sino también a prever qué mecanismos de *Compliance* permitirían desvirtuar ante el juez penal la presunción legal de culpa, bajo el entendido que dicha presunción admitiría eventualmente ser controvertida¹³.

12 Así, por ejemplo, la Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de la Superintendencia de Sociedades sobre el SAGRILAF define “Riesgo Legal” como “(...) la posibilidad de pérdida en que incurre una Empresa al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales. Surge también como consecuencia de fallas en los contratos y transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones”.

13 Sobre la posibilidad de desvirtuar la culpa por el “tercero civilmente responsable”, Saray Botero, Nelson. *Incidente de Reparación integral de perjuicios en el proceso penal*. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Leyer, p. 131, señala que: “(...) gozará de todas las garantías procesales, en especial aportar y controvertir pruebas, para desvirtuar la presunción legal según la

1.3. Extinción del derecho de dominio

La extinción de dominio es una de las medidas que puede resultar más eficaz desde una perspectiva reactiva contra la delincuencia compleja (dentro de esta, la que está mediada por estructuras corporativas), particularmente, por las características que le son propias al procedimiento de investigación estatal y judicial previsto para perseguir los bienes de procedencia ilegal o destinados a facilitar actividades delictivas, constituyéndose en una vía eficaz para atacar los insumos de las organizaciones criminales. De este modo, al hablar de criminalidad organizada, no resulta extraño que dichos bienes se encuentren asociados a activos de personas jurídicas (acciones, inmuebles comerciales, establecimientos de comercio, cuentas bancarias, etc.)¹⁴. Señálese de paso que, en no pocas ocasiones, esos activos de procedencia ilícita se han originado precisamente en la defraudación de relaciones de negocio con la Administración pública por parte de empresas, por ejemplo, en torno a la contratación administrativa. Esto último reviste suma importancia por cuanto la orientación jurídica apropiada del proceso de extinción de dominio desde su misma fase cautelar, permitiría la recuperación por parte del Estado de los bienes apropiados ilícitamente, por ejemplo, mediante la cesión a título gratuito a entidades públicas que permite el artículo 10 de la Ley 2195 de 2022.

Se trata de una acción que tiene su origen en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988¹⁵. La extinción de dominio es una acción definida como la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Se caracteriza por ser una acción autónoma, de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, la cual puede recaer sobre cualquier derecho de carácter real, principal o accesorio, con independencia de quien los tenga en su poder (como las mismas corporaciones), o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos directa o indirectamente.

Además, si bien esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviere origen, puede encontrar también su fundamento en los mismos hechos ilícitos. Mediante esta acción, en definitiva, se otorga al Estado la facultad de perseguir, incautar y disponer de los bienes sospechosos de provenir de actividades ilícitas o cuyo origen esté directamente vinculado a proceder ilegales, buscando además evitar el testaferrato. Por esta razón, se convierte en un instrumento eficaz en la investigación del entorno delictivo

cual los daños que ocasionaron las personas a su cuidado le son imputables por no haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquéllos...".

14 Véase, al respecto, Rivera Ardila, Ricardo. *La extinción de dominio: un análisis al Código de Extinción de Dominio*. Bogotá D.C.: Ed. Leyer, 2015.

15 Ramírez Barbosa, Paula A. "Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en este ámbito", en *Crime Organizado: Tipicidade, Política Criminal, Investigação e processo*. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2008, pp. 63 y ss.

y financiero de la criminalidad organizada y corporativa, a través de la pérdida de derechos patrimoniales respecto de bienes cuya procedencia o utilización legítima no sea debidamente aclarada por su poseedor.

El Código de Extinción de Dominio desarrollado por la Ley 1708 de 2014 y sus normas de modificación, prevé dentro de las causales de extinción establecidas por su artículo 16 varios supuestos que podrían reconducirse a la pérdida de bienes de distinta naturaleza para las personas jurídicas (inmuebles, establecimientos de comercio, productos financieros, créditos, títulos valores, acciones, etc.)¹⁶. En fin, todo bien mueble o inmueble, tangible o intangible, susceptible de ser valorado económicamente, sobre el que pueda eventualmente considerar la Fiscalía General de la Nación que presenta un origen ilícito o que se ha aplicado al desarrollo de actividades ilegales.

Como puede advertirse de la simple lectura del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, varias de las causales de extinción permitirían afectar bienes de distinta naturaleza pertenecientes a personas jurídicas¹⁷. Desde la perspectiva de la empresa, a pesar de que la extinción de dominio comporta medidas reales que recaen sobre el bien en sí mismo con independencia de las consecuencias penales que pudieran derivarse sobre los integrantes de la persona jurídica, reiterando la referida noción de consecuencia punitiva en sentido material, el punto de convergencia de este escenario de riesgo legal con eventos criminales

16 En concreto, prevé el artículo 16 de la Ley 1708 de 2014 que: "Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias: 1. Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita; 2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción; 3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas; 4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas; 5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas; 6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas; 7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes; 8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia; 9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia; 10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa; 11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos".

17 Sobre la realidad de este punto, señala el artículo 105 de la Ley 1708 de 2014 con relación a los "Efectos de la extinción de dominio de persona jurídica, sociedades y/o establecimientos de comercio", que: "Declarada por el operador judicial la extinción del derecho de dominio a favor del Estado del 100% de acciones, cuotas, derechos o partes de interés que representen el capital de una sociedad o persona jurídica, tal declaración comprenderá la extinción del derecho de dominio sobre los bienes que componen el activo societario".

es evidente: son medidas que tienen su fuente en ilícitos penales (aunque no solo en delitos).

Además, se aplica por parte de un juez de naturaleza penal (especializado en la materia), quien deberá incluso tener en cuenta la aplicación subsidiaria de la legislación procesal penal ordinaria en materia probatoria según la cláusula de remisión contemplada en el artículo 26 del mismo Código de Extinción de Dominio. Por tanto, el foco del analista de riesgos debe ponerse en aquellas actividades desarrolladas por la corporación que podrían eventualmente encajar en alguna de las causales indicadas. Por la misma razón, desde dicha perspectiva de gestión de riesgos, la matriz de riesgos penales constituye una herramienta esencial en este plano para representar aquellos ilícitos que podrían configurar, por ejemplo, un uso o destinación ilícita de bienes de la persona jurídica.

El proceso de extinción de dominio adquiere, de ese modo, gran relevancia desde una perspectiva político-criminal de la delincuencia que afecta a la Administración pública, pues a diferencia de la vía jurídica que prevé el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, el despliegue operativo de la Fiscalía General de la Nación en esta materia presenta una mayor intensidad en la práctica, en donde resulta común la afectación real de sociedades comerciales y bienes de variada naturaleza pertenecientes a personas jurídicas (acciones, establecimientos de comercio, locales comerciales, etc.). El papel que podría cumplir la Administración pública en torno a esta vía procesal resulta vital para lograr los propósitos perseguidos en este plano político-criminal, entre ellos, los fines de disuasión anclados al desincentivo que genera para los delincuentes el retiro de los bienes obtenidos por medios fraudulentos.

Por esta razón, es clave que las entidades públicas puedan prever un protocolo de investigaciones internas atado a sus respectivos Programas de Transparencia y Ética Pública y sistema de Control Interno, que permita aportar el insumo de información y las evidencias de soporte que requiere la Fiscalía General de la Nación para fundamentar certeramente las medidas cautelares respectivas que pueden solicitarse en la fase de apertura del proceso de extinción de dominio y realizar las peticiones de prueba dentro de la correspondiente etapa procedimental.

1.4. Responsabilidad administrativa de la persona jurídica por delitos

Sin perjuicio de la ampliación que se desarrollará en un apartado posterior, cabe mencionar que la nueva Ley 2195 de 2022 prevé la posibilidad de aplicar a personas jurídicas de distinta naturaleza consecuencias diversas por la comisión de una amplia gama de delitos cometidos en su beneficio¹⁸. A través

18 Al respecto, véase el artículo 4 de la Ley 2195 de 2022, que adiciona el numeral 2 al artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, sobre las sanciones administrativas que podrían ser aplicadas a las personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en Colombia, destacando dos con un alto factor disuasivo en delitos contra la Administración pública: (i) Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales

de la modificación introducida al artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, el artículo 2º de la Ley 2195 de 2022 estableció la "Responsabilidad administrativa sancionatoria contra personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras".

Al respecto, señala este precepto que, con independencia de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar y la aplicación de las medidas contempladas en el mencionado artículo 91 de la Ley 906 de 2004, se aplicará un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria a las personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras, a las personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado, a las empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro, domiciliadas en Colombia, cuando se den cumulativamente los siguientes supuestos:

- (i) Exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente. Desde la óptica de gestión de riesgos de corrupción que le compete por ley a las entidades públicas, reséñese desde ya con relación a este primer presupuesto que los prototípicos delitos contra la Administración pública cometidos a través de estructuras empresariales son objeto expreso del presente marco de responsabilidad.
- (ii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus administradores o funcionarios. Como puede advertirse, este segundo presupuesto encaja -como ninguno- en los propósitos que suelen presidir la comisión de delitos contra la Administración pública: intereses de orden económico.
- (iii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo. Aquí, desde el rol que puede cumplir la Administración pública en la sanción de la corrupción vinculada a estructuras empresariales, interesa destacar la actividad probatoria que podría apoyar en la acre-

vigentes, a la que se le sumara el mayor valor entre el beneficio obtenido o pretendido;
 (ii) Inhabilidad para contratar contenida en el literal j) del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y aplicación de lo dispuesto en el parágrafo 1 del Artículo 9 de la misma ley.

ditación de los indicadores de tolerancia o consentimiento de parte de la corporación frente al delito.

Teniendo en cuenta que dicho marco de responsabilidad para las personas jurídicas puede encontrar su base en delitos contra la Administración pública, interesa resaltar el papel que podría cumplir la respectiva entidad afectada en la aplicación de tal marco, a partir de la investigación interna, denuncia y procesamiento del correspondiente hecho punible, potenciando así el señalado efecto preventivo-general frente a la delincuencia corporativa. En concreto, este apoyo resulta relevante en el marco del proceso administrativo sancionatorio, pues según el tercer presupuesto de responsabilidad establecido por el artículo 2º de la Ley 2195 de 2022, la sanción para la persona jurídica se fundamenta en una especie de "acto propio": a su "consentimiento" o "tolerancia" en la realización de la conducta punible de su colaborador. Tal relevancia radicaría en que, como se desarrollará más adelante, en dicho procedimiento sancionatorio se tendría que acreditar (probar) una suerte de "injusto" y "culpabilidad" de la persona jurídica en el delito de su integrante¹⁹, por lo que la evidencia recabada del hecho delictivo por parte de la entidad pública deviene fundamental.

De esto último se deriva, visto ya desde la óptica de las corporaciones respetuosas del ordenamiento, la obligación de sus áreas de cumplimiento de identificar qué conductas delictivas serían susceptibles de materializarse en dicho marco de relacionamiento público con el fin de precaver riesgos legales. En este punto, como también se ampliará luego, consideramos que los Programas de Transparencia y Ética Empresarial expresarían esa "voluntad" propia de la persona jurídica que el tercer presupuesto demanda para examinar el grado en que esta "consintió o toleró la realización de la conducta punible" de su colaborador.

Adicionalmente, también la Administración cumple aquí un papel fundamental, al poder exigir dichos Programas a las empresas dentro del marco de las políticas anticorrupción articuladas a su propio Programa de Transparencia y Ética Pública como forma de reducir la posibilidad de comisión delictiva en el marco de sus negocios. A propósito de esta exigencia, no está por demás recordar que el Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades exige los PTEE a múltiples empresas contratistas del Estado.

19 Conforme a la Sentencia C-320/1998, señaló la Corte Constitucional que: "El reconocimiento de capacidad penal a las personas jurídicas, exige que en su caso por fuerza la culpabilidad esté referida a un esquema objetivo que tome en consideración la forma particular cómo se coordinan los medios puestos por la ley a su disposición en relación con el fin por ellas perseguido, de modo que con base en este examen se deduzca su intención o negligencia".

2. AMPLIACIÓN DEL MARCO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS EMPRESAS POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tras la entrada en vigor del nuevo marco de “responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción” establecido por la citada Ley 2195 de 2022, como se indicó, se ha producido una ampliación no solo de la esfera de riesgo legal derivado de delitos para ciertas corporaciones con operación nacional, sino también del marco de acción de las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia y control en el procesamiento de dichos hechos delictivos, entre estos últimos, los que afectan el bien jurídico de la Administración pública.

En concreto, tras la reforma que dicha norma introdujo al contenido del artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), distintas clases de personas jurídicas podrán ahora ser sancionadas por una cantidad importante de tipos penales cometidos por sus administradores o cualquiera de sus funcionarios en beneficio de la respectiva corporación. Como cabe recordar, el modificado artículo 34 del citado Estatuto Anticorrupción facultaba a la Superintendencia de Sociedades para sancionar con multas de hasta 200.000 SMLMV a aquellas sociedades, cuyo administrador o representante legal (criterio *subjetivo* de vinculación procesal), hubiere sido condenado por el delito de “cohecho por dar u ofrecer” (criterio *objetivo* de vinculación procesal). En ese momento, muchos delitos cometidos contra la Administración pública quedaban por fuera de tal marco en virtud de esta reducción objetiva.

Ahora bien, tras la modificación operada por la Ley 2195 de 2022, lo primero que debe anotarse es que hoy las corporaciones podrán ser objeto de sanción por una amplia gama de tipos penales (criterio *objetivo* del riesgo), entre otros, delitos contra la Administración pública (tráfico de influencias, cohecho, celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, etc.), el orden económico y social (delitos contra el sistema financiero, lavado de activos, contrabando, etc.), el medio ambiente (deforestación, contaminación ambiental, etc.), los consagrados en la propia Ley 1474 de 2011 (corrupción privada, administración desleal, tráfico de influencias de particular, evasión fiscal, enriquecimiento ilícito, etc.), financiación del terrorismo y, en general, cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público.

Esta nueva configuración del presupuesto objetivo de responsabilidad de la persona jurídica es de alta relevancia en torno al control de los delitos contra la Administración pública, pues el ciclo integral de gestión de riesgos a desarrollar por parte de las personas jurídicas sujetas a dicho régimen de responsabilidad deberá extenderse a un marco más amplio de posibles eventos delictivos que comprende no solo el listado taxativo de tipos penales consagrados dentro del Título XV del Código Penal sobre los “Delitos contra la Administración pública”, sino también aquellos que puedan potencialmente afectar el patrimonio público.

Lo segundo a destacar es que la norma generaliza el criterio *subjetivo* de vinculación procesal, pues pasó de exigir la condición de administrador o representante legal en la comisión del delito, a un criterio general que comprende a cualquier “funcionario” (empleado) que forme parte de la organización o colabore con la misma (prestadores de servicios, por ejemplo). Lo anterior posibilita que, en el marco del procesamiento penal de los sujetos implicados en delitos contra la Administración pública, la responsabilidad penal de los directivos no se incline a posiciones jerárquicas inferiores con el fin no solo de eludir las sanciones penales individuales, sino también las que podrían atribuirse a la propia persona jurídica.

Lo anterior podría acontecer, por ejemplo, al predisponer su estructura organizacional a la comisión de delitos o por no desplegar un sistema de cumplimiento que permita un control efectivo de posiciones críticas o cargos especialmente expuestos a riesgos de corrupción. De tal modo, la acreditación de este presupuesto subjetivo de vinculación administrativo-sancionatoria se conecta al marco de implementación de los Programas de Transparencia y Ética Pública desde la óptica de la investigación interna. En efecto, del análisis que despliegue la propia entidad pública afectada por el delito para aportar evidencia a la Fiscalía General de la Nación, dependerá que este órgano sea eficaz en la atribución de la responsabilidad penal individual que exige la Ley 2195 de 2022 como presupuesto de procedibilidad sancionatoria.

En virtud de estos dos presupuestos, el riesgo de sanción que enfrentan ahora las personas jurídicas por los delitos cometidos en el marco de su operativa se amplía diametralmente a lo que había existido en precedencia. Por un lado, porque son múltiples los delitos que, cometidos dentro del giro de actividades de la organización, realizarían el aspecto *objetivo* del primer presupuesto de responsabilidad administrativa de la persona jurídica señalado por la norma. Y, por otro lado, porque dicha realización ilícita no se sujeta a un cargo, nivel u ocupación específica en el autor o partícipe de la conducta punible objeto de sanción (aspecto *subjetivo*). Ante lo descrito, consideramos que este incremento del riesgo legal en términos de sanción derivado de delitos para las personas jurídicas se amplía evidentemente debido a la apertura de ambos criterios (objetivo y subjetivo).

Además de este tipo de consecuencia, debe reiterarse que dicha extensión se produce también a nivel patrimonial porque el Parágrafo 2º del artículo 2º de la misma Ley 2195 de 2022 prevé que, desde la etapa de investigación de los mencionados delitos, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable a las personas jurídicas que presuntivamente hayan participado en la comisión del hecho ilícito objeto de investigación. En este punto la Administración pública ejerce un rol determinante no solo en la recuperación de los activos apropiados ilícitamente por las empresas, sino también en la función disuasoria de la norma.

Teniendo en cuenta que la norma consagra de manera general como presupuesto de responsabilidad de la persona jurídica el amplio abanico de delitos contra

la Administración pública, pensamos que ello constituye una invaluable oportunidad para potenciar el control de las típicas actividades delictivas que afectan a los entes administrativos. Reitérese, a modo de ejemplo, los escandalosos índices de corrupción bidireccional que enfrenta la Administración pública en materia de contratación con las empresas o la defraudación criminal unilateral de estas últimas²⁰. Dicha oportunidad de potenciar el control de parte de la Administración pública y de exigir responsabilidad a las personas jurídicas que se instrumentalizan para la defraudación de los intereses de la primera, curiosamente, podría encontrarse en la apropiada formulación e implementación de los Programas de Transparencia y Ética Pública a que están obligadas las entidades públicas, pues como se ha postulado, si la entidad desarrolla un trabajo apropiado de identificación, medición, evaluación, control y monitoreo de los riesgos a que se expone en su relacionamiento contractual con otras personas jurídicas²¹, las posibilidades de materialización de tales riesgos podrían reducirse.

En la tarea de exigir responsabilidades a las personas jurídicas en el marco del régimen de responsabilidad por delitos establecido por la Ley 2195 de 2022 por parte de la Administración pública tras la materialización de uno de los delitos del Título XV del Código Penal, como también se indicó, el mismo Programa de Transparencia y Ética Pública resulta vital para asegurar el procesamiento efectivo de la corporación. Con relación al presupuesto primero (i), porque un programa debidamente formulado y ejecutado tendrá la capacidad de identificar los elementos materiales probatorios requeridos para la investigación judicial y el procesamiento penal de los responsables del hecho delictivo. Frente al presupuesto segundo (ii), porque una investigación interna cualificada posibilitará determinar certeramente el rédito económico obtenido por el defraudador y el beneficio consecuente para la persona jurídica. Y con respecto al presupuesto tercero (iii), porque todo ese material probatorio será determinante en la acreditación que pueda desarrollar la respectiva superintendencia o autoridad de inspección, vigilancia y control con relación al “consentimiento” o “tolerancia” de parte la persona jurídica sobre la conducta ilícita de su colaborador implicado.

20 Como señala el Documento Conpes 167 frente a esta problemática: “La contratación pública como una de las principales herramientas mediante la cual actúa la administración, se ha convertido en uno de los escenarios más comunes para la ocurrencia de actos corruptos”. Se apunta en el mismo documento que “pese a las reformas introducidas en la materia, (...) las oportunidades para materializar los riesgos de corrupción en la contratación estatal persisten”.

21 Sobre la metodología, véase la “Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas, Versión 5, y la “Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas: Riesgos de gestión, corrupción y seguridad digital”, Versión 4, del Departamento Administrativo de la Función Pública, las cuales desarrollan expresamente dentro de su contenido varios principios, fases y elementos de la norma ISO 31000.

3. LOS PROGRAMAS DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA EMPRESARIAL COMO MECANISMO PARA LA INVESTIGACIÓN DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

La lucha contra la criminalidad empresarial que afecta a las entidades de la Administración pública no debe verse únicamente desde la exigencia de responsabilidades a las personas jurídicas obligadas por el nuevo marco de responsabilidad establecido por la Ley 2195 de 2022, sino también desde la propia exigencia que pueden desplegar las primeras entidades con respecto a las corporaciones con las que se relacionan²². Esto último reviste gran importancia tanto para la entidad pública como para la persona jurídica en torno al control de los típicos actos de corrupción que suelen aparecer en su marco de relacionamiento comercial.

Para las primeras, porque cuando se relaciona con otra organización que tiene implementado un sistema de cumplimiento como el ordenado por la mencionada normativa en su artículo 9º para las personas jurídicas bajo el rótulo de Programas de Transparencia y Ética Empresarial, podrá tener mayor confianza en el ajuste normativo de los procesos de dicha corporación. Y para las segundas, porque ante la eventual materialización de un evento ilícito en el marco del mismo relacionamiento, la implementación de dichos programas podría tener un efecto eximente en su responsabilidad según los mismos presupuestos de la norma.

Con relación al primer aspecto, resulta relevante reiterar la obligación que tienen las entidades públicas en todos sus órdenes territoriales de adoptar un Programa de Transparencia y Ética Pública de conformidad con la nueva orientación y elementos introducidos por el artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 al artículo 73 de la Ley 1474 de 2011. Al exigir este precepto a tales entidades no solo la obligación de identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad, sino también la adopción de mecanismos que posibiliten una gestión apropiada de tales riesgos (como las medidas de debida diligencia en el marco de sus operaciones, contrataciones y transacciones), se estará en mejores condiciones de precaver la materialización de aquellos eventos delictivos que se ven facilitados por la ineficacia u omisión de control de muchas entidades públicas sobre sus contrapartes.

Tras una apropiada gestión de sus contrapartes bajo las metodologías y procedimientos recomendados en materia de debida diligencia, la entidad

22 Lo anterior se deduce la misma exigencia establecida por el artículo 31 de la Ley 2195 de 2022, de aplicar medidas de debida diligencia dentro del marco de ejecución de los Programas de Transparencia y Ética Pública a que están obligadas las entidades públicas. En la aplicación de estas medidas, resulta exigible que dichas entidades desplieguen un proceso de control debidamente estructurado en el que, entre otras actividades, efectúen un conocimiento exhaustivo de sus contrapartes, apliquen consultas en listas sobre los integrantes y beneficiarios finales de las empresas y realicen un juicioso análisis de la concreta operación en cuanto a sus presupuestos normativos y la rigurosa sujeción a los mismos.

pública podrá obtener un mayor grado de confianza con relación al ajuste normativo que pueda alcanzar la respectiva contraparte en el marco de la operación, contrato o transacción correspondiente.

Frente al segundo aspecto, cabe sustentar por qué la adopción de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial que señala el artículo 9 de la Ley 2195 de 2022 para las corporaciones podría servir no solo como plataforma para la investigación interna de conatos de corrupción que afectan el bien jurídico de la Administración pública, sino también como mecanismo de descargo de la corporación en el marco de procesos administrativos en caso de materializarse uno de esos eventos delictivos. Con relación a lo primero, por cuanto contar con un protocolo de investigaciones internas es un elemento estructurante de cualquier programa de cumplimiento anticorrupción. Con respecto a lo segundo, en la medida en que el tercer presupuesto establecido por el artículo 2 de la norma permite ofrecer una respuesta positiva sobre tal posibilidad eximente.

Antes de entrar en el contenido del mencionado presupuesto, para afirmar la fuerza “eximente” de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial, debe recordarse que en Colombia la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria es excepcional²³, máxime si se tiene como fundamento de la sanción de la persona jurídica que ésta hubiere “consentido” o “tolerado” la conducta delictiva de su colaborador (según dicho presupuesto). Ambos aspectos reconducirían, pensamos, a la valoración procesal de una especie de “acto propio” de la persona jurídica.

Para avizorar la calidad eximente de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial, deben destacarse dos condiciones establecidas por el citado precepto. Así, lo primero que debe resaltarse es que este mismo presupuesto establece que, en la valoración procesal de tal “tolerancia” o “consentimiento” por la persona jurídica, se deberá considerar “la aplicación de sus respectivos controles de riesgo”, justamente, en donde cumple un papel determinante el mecanismo de investigaciones internas (de actos corruptos). Este elemento indicaría, sumado a la premisa indicada, que la responsabilidad de la persona jurídica no sería de índole objetiva (transferida), sino que dependería de la efectividad de su sistema de *control del riesgo* (esto es, de su *Compliance*).

Y lo segundo, es que la misma norma prevé como exigencia para las personas jurídicas que los referidos Programas incluyan “mecanismos y normas internas de auditoría”, lo que claramente constituye un poderoso control -de riesgo- de orden detectivo que activa la investigación interna. Este tercer punto, realizando una interpretación teleológica de la norma, permite afirmar que

23 Recientemente, señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-094 de 2021 con relación al alcance del principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria, que: “El principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria, también denominado principio de imputabilidad personal, de personalidad de las penas o sanciones o de responsabilidad por el acto propio, consiste en que un sujeto únicamente puede ser sancionado por actos u omisiones propias. Por lo tanto, al momento de imponer una sanción, no es posible transferir la responsabilidad”.

dichos Programas son homologables a los “controles de riesgo” que allí se indican, susceptibles de ser valorados para examinar si la persona jurídica, en efecto, “consintió” o “toleró” el delito de su colaborador.

Destacamos, en resumen, que el artículo 2º de la Ley 2195 de 2022 establece tres presupuestos para la fijación de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, de los cuales dos presentan un carácter *objetivo* y otro una naturaleza *subjetiva*. Separar esta doble condición es clave para estructurar la eventual estrategia de defensa procesal de la corporación ante la materialización de los delitos que prevé la norma. Con relación al primer presupuesto (i), porque basta la condena ejecutoriada o principio de oportunidad en firme con relación a sus administradores o funcionarios a causa de su participación directa o indirecta en algunos de los delitos antes reseñados. En este punto, por paradójico que parezca, la corporación podría inquirir el procesamiento penal de su administrador o empleado cuando éste ha actuado al margen de las políticas anticorrupción y ha eludido fraudulentamente los “controles de riesgo”.

Frente al segundo presupuesto (ii), el efectivo o potencial beneficio asociado a la conducta punible difícilmente podrá controvertirse por la naturaleza del hecho punible (en su gran mayoría, de naturaleza económica). Sin embargo, con relación al presupuesto tercero (iii), la norma exige determinar en el marco del proceso sancionatorio si la corporación “consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo”. En definitiva, y acorde con esta última exigencia de ponderar la estructura de control, entendemos que el órgano instructor competente deberá valorar los Programas de Transparencia y Ética Empresarial que hubiera adoptado la persona jurídica.

Este argumento no se reduce a una apreciación individual sobre el contenido literal de la norma, sino que debe entenderse en el marco de los principios generales de la responsabilidad personal en materia sancionatoria, en donde el principio de *responsabilidad por el hecho propio* es garantía del debido proceso constitucional²⁴. Ejemplo de ello es la previsión que efectúa el mismo ordenamiento jurídico colombiano de homologar los programas de cumplimiento como mecanismo de atenuación²⁵, lo que, de plano, presupone

24 Sobre el principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria y la responsabilidad subjetiva y objetiva, señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-038 de 2020 que, “(...) en materia administrativa sancionatoria, la responsabilidad únicamente puede establecerse a partir de juicios de reproche personalísimos[8], lo que implica que, en tratándose de sanciones, éstas sólo proceden respecto de quien cometió la infracción por acción o por omisión[9], en tratándose de una persona natural o atribuibles a una persona jurídica y la responsabilidad personal es intransmisible. El principio de imputabilidad personal o responsabilidad personal, de personalidad de las penas o sanciones o responsabilidad por el acto propio implica que sólo se pueda sancionar o reprochar al infractor y, por lo tanto, en materia administrativa sancionatoria, no es posible separar la autoría, de la responsabilidad [10]”.

25 Así, por ejemplo, la Ley 1778 de 2016 prevé con relación a los “Criterios de graduación de las sanciones” por actos de soborno transnacional que “Las sanciones por las infracciones a la presente ley se graduarán atendiendo a los siguientes criterios: (...) 7.

su consideración como mecanismo de atenuación o de exclusión de responsabilidad. En cualquier caso, acorde con los estándares internacionales en *Compliance*, no se advierte una manera distinta de asegurar “controles de riesgo” (de cumplimiento) que no involucre la formulación, implementación y funcionamiento de programas como estos.

Descendiendo en su análisis, el primer aspecto a valorar en dicho ejercicio de apreciación de los controles de riesgo por parte del órgano “judicial” competente, es si la corporación vinculada identificó, midió y evaluó el concreto evento criminal materializado atendiendo al alto número de tipos penales (riesgos) que prevé el presupuesto primero del artículo 2 de la Ley 2195 de 2022. Lo anterior es determinante, pues el respectivo Programa de Transparencia y Ética Empresarial debió prever dentro de su matriz de riesgos penales, entre otros aspectos metodológicos, el evento de riesgo concretado. En caso de no haberlo anticipado, será poco probable que dicho programa pueda ofrecerse como prueba de descargo en el proceso sancionatorio adelantado frente a la corporación (cuando no lo ha identificado, medido y valorado para ejecutar el *control de riesgo* requerido). Lo segundo a considerar son los controles establecidos por la corporación frente a esos riesgos que, tras su medición, arrojaron una probabilidad de materialización mayor que baja. En este punto, si el riesgo materializado (evento) ha sido uno de esos identificados y susceptibles de haber sido controlado, la corporación deberá estar en capacidad de acreditar que sus respectivos “controles de riesgo” eran idóneos para prevenir, detectar o responder de manera efectiva frente al mismo tipo de riesgo²⁶.

En suma, si un presupuesto de responsabilidad administrativa de la persona jurídica por delitos es el haber “consentido” o “tolerado” el hecho ilícito cometido por sus administradores o funcionarios, atendiendo a sus correspondientes “controles de riesgo” (entre estos, los mecanismos de auditoría e investigación internos), entonces, la acreditación de un Programas de Transparencia y Ética Empresarial que previó dentro de sus componentes estructurales una metodología de gestión de riesgos que trató en forma técnicamente apropiada los riesgos susceptibles de materializarse dentro de la organización, tendría que conducir a la desvirtuación procesal de este tercer presupuesto de responsabilidad. Dicho de otro modo, en caso de haber identificado, medido, valorado y establecido los controles razonables tendientes a reducir su nivel de exposición a partir de los elementos determinados para el Programa de Transparencia y Ética Empresarial, pensamos que este tercer presupuesto no podría acreditarse frente a la persona jurídica por parte de la respectiva

La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley”.

26 Con respecto a la fórmula de la prevención, detección y respuesta característica en el mundo del Compliance como objetivos de los respectivos programas, reseña Casanovas Ysla, Alain. “*Compliance* penal normalizado...”. Op. cit., p. 96, sobre el “objetivo del *Compliance* penal” en torno a conductas constitutivas de delito, que tal norma “(...) puede operar en entornos donde existe riesgo de que se produzcan, siempre que disponga de medidas para prevenirlas, detectarlas y gestionarlas (reaccionar) adecuadamente”.

superintendencia o autoridad de inspección, vigilancia y control (esto es, no se cumplirían los presupuestos para su sanción). Por todo lo anterior, más allá de los criterios que se determinen para la delimitación de los “sujetos obligados” a implementar dichos programas, es de sentido común la necesidad de adoptar dichos programas voluntariamente como forma de gestión del riesgo legal.

Lo enunciado conlleva a reflexionar, entre otros aspectos, sobre la metodología a utilizar para realizar una adecuada identificación, medición y valoración de tales riesgos con el objeto de priorizar su tratamiento y ejecutar sus respectivos planes de acción, incluyendo en éstos, como lo manda el citado artículo 9º de la Ley 2195 de 2022, mecanismos de auditoría interna. Siendo rigurosos en la aplicación de la metodología, dicho ejercicio de identificación, medición y valoración de riesgos tendría que considerar los distintos escenarios delictivos que establece la normativa con el objeto de establecer qué procesos de la corporación podrían estar expuestos a una u otra tipología delictiva debido a factores como su objeto, tamaño y actividades²⁷. Acorde con lo enunciado, dicho ejercicio de identificación de riesgos implicará una ardua tarea en la que el analista de riesgos o profesional en cumplimiento comprenda profundamente el contexto externo e interno de la organización, a fin de determinar de manera precisa qué tipos penales tendrían realmente la posibilidad de concretarse atendiendo a la materialidad de la concreta corporación²⁸. Siempre sin perder de vista que, de conformidad con el primer presupuesto de la norma, casi cualquier conducta ilícita cometida en el marco de las actividades corporativas podría derivar en la apertura del proceso sancionatorio.

A partir de aquí, conocida es la tradicional metodología aplicada en otros sectores especiales de riesgo (como, por ejemplo, en los sistemas AML/CFT), en donde cada uno de los posibles eventos de riesgo anticipados suele asociarse a determinados factores de riesgo (contrapartes, productos, jurisdicciones, etc.), departamentos (compras, comercial, contabilidad, etc.), procesos (misionales, de apoyo, etc.), entre otros. De ahí la importancia de la matriz de riesgos (penales) como herramienta de gestión, la cual permite tener una panorámica sobre aspectos como los procesos de mayor exposición criminal a los distintos tipos penales de posible ocurrencia vinculados al objeto de la organización, las actividades que podrían ser susceptibles de albergar tales riesgos, las causas de los hechos ilícitos representados en los eventos de riesgo, los factores con incidencia sobre tales sucesos, la estimación de su probabilidad de ocurrencia, su potencial impacto (legal), los controles previstos para mitigar o reducir dicha probabilidad de ocurrencia, etc. De este

27 Véase Amézquita Toro, Jorge A. “Criminología corporativa: premisa metodológica para el control de la corrupción”, en Ramírez Barbosa, Paula A. *Estrategias globales contra la corrupción y el blanqueo de activos*. Bogotá D.C. Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 395 y ss.

28 Salvador Lafuente, Albert. “Mapa de riesgos: identificación y análisis de riesgos y controles”, en Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.). *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. España: Wolters Kluwer, 2020, p. 93: “Por lo tanto, una manera eficaz de identificación de riesgos sería hacer un recorrido por todos los procesos de la organización y verificar qué actividades se pueden dar del catálogo de conductas (ANEXO A).” (...) “Una vez identificada la conducta de riesgo, vamos a asignarla a un proceso (o departamento en caso de no disponer de un mapa de procesos)”.

modo, desde una lógica probatoria, la organización tendría mayor capacidad de acreditar en el marco del proceso sancionatorio correspondiente qué actividades de control desplegó frente al proceso organizativo afectado por el delito, entre estos últimos, si tenía o no mecanismos de auditoría y de investigación internos.

4. CORRESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS EMPRESAS EN EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN BAJO LA LEY 2195/2022

La Ley 2195 de 2022 puede catalogarse como un instrumento normativo que eleva la importancia de *Compliance* en Colombia y generaliza su aplicación en los ámbitos privado y público. En el primer plano, se destaca la obligación de las distintas superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control de determinar el contenido de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial para sus respectivas vigiladas y exigir su adopción respectiva. Lo afirmado significa, entre otras cosas, una extensión de estos programas a organizaciones de distinta naturaleza jurídica y sectores en forma similar a como sucedió con los sistemas de autocontrol de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo (SARLAFT, SIPLAFT, SAGRILAFT, etc.).

En el segundo plano, por su parte, si bien lo que se produjo para las entidades públicas fue una reformulación de los decenarios Planes Anticorrupción y de Atención al Ciudadano establecidos por el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, el texto de la Ley 2195 de 2022 le otorga a dichos Planes Anticorrupción bajo la nueva nominación de Programas de Transparencia y Ética Pública no solo una orientación ética, sino además nuevos elementos estructurantes. Dado que ambos tipos de programas apuntan a un mismo objetivo (el control de la corrupción), refule el principio de corresponsabilidad entre Estado y empresa en el control de los hechos ilícitos que pueden emerger cuando se cruzan entre sí.

4.1. Programas de Transparencia y Ética Empresarial

El artículo 9 de la Ley 2195 de 2022, como se indicó, introdujo una adición al artículo 34 de Ley 1474 de 2011 contentiva de los citados Programas de Transparencia y Ética Empresarial. De manera literal, señala el reciente numeral 34.7 que “Las personas jurídicas sujetas a su inspección, vigilancia o control adoptaran programas de transparencia y ética empresarial que incluyan mecanismos y normas internas de auditoría”. Según se señaló, serán las respectivas superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control las encargadas de determinar el contenido de dichos programas, teniendo en cuenta criterios tales como el sector en el que opera la corporación, los riesgos propios del ente jurídico, el monto de sus activos, el quantum de ingresos, el número de empleados y el tipo de objeto social.

Puntualiza la norma que, en el caso de las Pymes y MiPymes, dichos organismos deberán establecer “programas de acompañamiento” tendientes a facilitar la implementación de los respectivos programas de transparencia y ética,

cuidando que esta obligación no represente costos o trámites adicionales para dichas corporaciones. La relevancia de este aspecto no es menor, dado que se confirma la generalización del *Compliance* en el sector empresarial.

En la misma dirección con el contenido del artículo 9 de la Ley 2195 de 2022, debe resaltarse que este precepto introduce asimismo una exigencia relativa a la imperatividad de estos modelos para las corporaciones que se cataloguen dentro del grupo de sujetos obligados, previniendo bajo la amenaza de sanciones el incumplimiento de las instrucciones y ordenes que impartan las autoridades de inspección, vigilancia y control con respecto a la adopción de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial.

Este aspecto, como se indicó, resulta valioso para determinar la responsabilidad legal de las corporaciones por los delitos que pudieran llegar a concretarse en torno a su actividad y los descargos que considere plantear en su estrategia de defensa, incluso la de su mismo oficial de cumplimiento o rol encargado de precaver dichas conductas²⁹, pues resultaría complejo sostener que no ha “consentido” o “tolerado” la realización de la conducta punible de sus integrantes cuando no ha previsto la implementación de un modelo de cumplimiento orientado a la precaución de tales ilícitos (teniendo en cuenta que el mismo ordenamiento le ha exigido adoptar el programa).

Respecto al alcance normativo y material de tales programas, destacamos la necesidad de adoptar un sistema de *Compliance* integral que aborde los riesgos criminales de la organización en toda su dimensión y no un esquema orientado al control de delitos en específico (como sucede, por ejemplo, en los sistemas AML/CFT). Con relación a la idea de un *Compliance* integral, cabe anotar que el Parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 2195 de 2022 prevé que, en aquellas personas jurídicas en las que se tenga implementado un sistema integral de administración de riesgos, este podrá articularse con el Programas de Transparencia y Ética Empresarial, de forma tal que incluya los riesgos que se pretenden mitigar mediante dichos programas. Lo anterior, a modo de ejemplo, es lo sucedido con el Subsistema de Administración del Riesgo de Corrupción, Opacidad y Fraude (SICOF) prescrito por la Superintendencia de Salud, donde las directrices relativas a los Programas de Transparencia y Ética Empresarial se orientaron como un complemento del señalado SICOF³⁰.

29 Sobre las responsabilidades del oficial de cumplimiento y las posibles consecuencias jurídicas a las que puede enfrentarse en el marco de sus actividades de supervisión, véase Ramírez Barbosa, Paula A. y Amézquita Toro, Jorge A. “Criterios de determinación de la responsabilidad del oficial de cumplimiento en Colombia: sus características esenciales”, en Ramírez Barbosa, Paula A. (Dir.). *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 253 y ss.

30 Así, de acuerdo con la Circular Externa 2022151000000053-5 de 2022 05-08-2022 de la Superintendencia de Salud sobre los “Lineamientos Respecto Al Programa de Transparencia Y Ética Empresarial”, se señala lo siguiente: “En razón de lo anterior, se establecen los lineamientos para la adopción por parte de los vigilados del Programa de Transparencia y Ética Empresarial- PTEE, como principal medida de control de los riesgos de soborno, corrupción, opacidad, y fraude, los cuáles hacen parte de los riesgos priorizados para ser gestionados por los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS. En concordancia con lo dispuesto se emiten las siguientes instrucciones”.

De ahí la importancia de caminar hacia modelos de prevención de delitos o sistemas de gestión de *Compliance* penal³¹.

En lo relativo al contenido de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial, debe reiterarse que el Parágrafo 2 del precitado artículo 9 estableció que las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control de la rama ejecutiva en coordinación con la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República determinarían los lineamientos mínimos que deben prever dichos programas. Lo anterior, con el fin estandarizar las acciones, las políticas, los métodos, procedimientos, mecanismos de prevención, control, evaluación y de mejoramiento continuo que deben presidir la implementación del respectivo programa. Sin embargo, a la fecha de generación de este trabajo dichos lineamientos no se han expedido. Lo descrito no impide, no obstante, realizar una previsión de los elementos que podrían exigir dichos programas atendiendo a lo desarrollado por los propios reguladores bajo el prisma de los estándares en *Compliance*³².

Con relación a otros modelos de cumplimiento vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta relevante lo ya trazado por la Superintendencia de Sociedades desde la Circular Externa 100-000003 del 26 de julio de 2016 para los Programas de Ética Empresarial ordenados por el artículo 23 de la Ley 1778 de 2016 (programas que luego fueron reformulados por la Circular Externa 100-000011 del 09 de agosto de 2021 o Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica del mismo organismo regulador).

Al respecto, si bien esta última normativa realizó un cambio radical de la estructura establecida por la Circular de 2016, a modo orientativo, podría afirmarse que los Programas de Transparencia y Ética Empresarial que se desarrollarán por parte de esas distintas superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control contendrían –o deberían contener– al menos los siguientes componentes (sin que ello signifique que es una relación exhaustiva):

Principios:

- Compromiso de alto nivel (órgano social y de administración).
- Materialidad y proporcionalidad.
- Estrategia basada en la gestión del riesgo.

Estructura organizativa:

- Unidades organizativas (delimitación de áreas, departamentos o dependencias).

31 Sobre cómo orientar estos programas a la defensa corporativa e individual por delitos, véase Amézquita Toro, Jorge A. "Modelos disruptivos de defensa penal de empresas y sus directivos", en Ramírez Barbosa, Paula A. (Dir.), *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch, 2022.

32 Véase, al respecto, la norma ISO 37301:2021 sobre "Sistemas de Gestión del Compliance".

- Procesos (caracterización).
- Puestos de trabajo (delimitación).
- Funciones y responsabilidades (descripción de perfiles y cargos).
- Mapa de delegación (distribución horizontal y vertical de funciones).
- Estructura orgánica de gestión de riesgos (1ª, 2ª, 3ª, "líneas de defensa").

Fases o etapas de gestión del riesgo:

- Identificación.
- Medición.
- Valoración.
- Control.
- Monitoreo.
- Revisión
- Mejora.

Elementos:

- Código de Ética.
- Política de Cumplimiento.
- Matriz de Riesgos (Identificación, medición, valoración, control, monitoreo, etc.).
- Segmentación de factores de riesgo (contrapartes, productos, etc.).
- Manual de Cumplimiento del PTEE.
- Asignación de responsabilidades.
- Procedimientos (operativos, de control, etc.).
- Gestión de terceros y debida diligencia.
- Línea ética / canal de denuncias.
- Protocolo de investigaciones internas.
- Plan de Formación.
- Programa de Divulgación.
- Régimen disciplinario.
- Etc.

Acorde con el segundo segmento, la norma adopta implícitamente un prototipo de programa de cumplimiento que requiere de actividades de supervisión y monitoreo, análogo al conocido modelo de “Las Tres Líneas de Defensa”³³, pues de conformidad con el Parágrafo 3 del mismo artículo 9 de la Ley 2195 de 2022, “Los encargados de las auditorías o control interno de las personas jurídicas obligadas deberán incluir en su plan anual de auditoría la verificación del cumplimiento y eficacia de los programas de transparencia y ética empresarial”. En esta misma lógica de líneas de defensa (control orgánico), prevé el Parágrafo 4 que “El revisor fiscal, cuando se tuviere, debe valorar los programas de transparencia y ética empresarial y emitir opinión sobre los mismos”. En ambos planos (auditoría y revisoría fiscal), valga anotar, ya existen obligaciones vigentes en otros marcos jurídicos para ambas funciones de pronunciarse sobre el desempeño o funcionamiento de estos sistemas.

Los Programas de Transparencia y Ética Empresarial se anuncian, por ello, como un revulsivo para el *Compliance* en Colombia. Las razones son varias. Entre otras, se espera que con el paso del tiempo dichos programas surtan una transformación de la visión estratégica de las organizaciones que los adopten y se conciban como una ventaja para el logro de sus objetivos y sostenibilidad. Lo enunciado, en virtud de que la implementación material de programas de cumplimiento y las buenas prácticas asociados a estos posibilita, entre otros logros, optimizar la gestión de riesgos, alcanzar mayor productividad en los distintos niveles de la organización, mejorar la imagen y reputación de la corporación ante quienes confluyen a su alrededor o fidelizar los actores de su cadena de valor.

En punto al primer aspecto, además de las ventajas anotadas que puede experimentar la organización con relación a su participación en el mercado, la debida gestión de riesgos legales asociados a potenciales delitos contra la Administración pública constituye una razón de peso para la adopción de dichos programas. Según el tipo de corporación, por ejemplo, las contratistas del Estado se podrían ver avocadas en el marco de sus dinámicas operativas a la ocurrencia de eventos criminales, derivándose de éstos consecuencias negativas para la organización. Entre los efectos negativos de mayor incidencia, en este caso, asociados a la vulneración del bien jurídico de la Administración pública, entre otros, destacan riesgos de orden legal, operativo y reputacional.

Con relación a los primeros, por ejemplo, la Superintendencia de Sociedades recoge en el apartado de definiciones de su Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 la noción de “Riesgo Legal”³⁴. Así, de acuerdo con

33 Instituto de Auditores Internos (IIA), “Declaración de Posición: Las Tres Líneas de Defensa para una efectiva gestión de riesgos y control”, 2013, pág. 2: “En el modelo de las Tres Líneas de Defensa, el control de la gerencia es la primera línea de defensa en la gestión de riesgos; las varias funciones de supervisión de riesgos, controles y cumplimiento establecidas por la administración son la segunda línea de defensa; y el aseguramiento independiente es la tercera. Cada una de estas ‘líneas’ juega un papel distinto dentro del marco amplio de gobernabilidad de la organización”.

34 Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 de la Superintendencia de Sociedades.

la norma, dicha tipología descansa sobre “(...) la posibilidad de pérdida en que incurre una Empresa al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales”. Agrega la norma que dicha tipología de riesgo “Surge también como consecuencia de fallas en los contratos y transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones”. Los riesgos de naturaleza legal, como se anotó, pueden reflejarse al nivel de procesos penales, administrativos sancionatorios, de extinción de dominio o de carácter civil³⁵, por ejemplo, cuando la infracción está relacionada con procesos contractuales con la Administración pública, pudiéndose activar en paralelo frente a la empresa las vías de procesamiento ya referenciadas. En tal sentido, el principio de corresponsabilidad implica que las personas jurídicas adopten un Programa de Transparencia y Ética Empresarial que, más allá de limitar sus propios riesgos, coadyuve en el control común contra la corrupción.

A nivel operativo, por su parte, nótese que las pérdidas de orden financiero que podría experimentar una corporación podrían estar originadas en delitos facilitados por fallas o insuficiencias relacionadas con su procesos o integrantes. La misma norma define el “Riesgo Operativo” como “(...) la posibilidad de incurrir en pérdidas por deficiencias, fallas o inadecuaciones, en el recurso humano, los procesos, la tecnología, la infraestructura o por la ocurrencia de acontecimientos externos”³⁶. Se señala en este mismo apartado que “Esta definición incluye el Riesgo Legal y el Riesgo Reputacional, asociados a tales factores”. Por manera que, si los eventos criminales susceptibles de ocurrir dentro de la organización podrían encontrar su causa en la desviación ilícita del recurso humano (colaboradores) o en la instrumentalización criminal de los procesos organizativos por parte de terceros, los referidos “controles de riesgo” vinculados a los Programas de Transparencia y Ética Empresarial resultan determinantes para precaverlo.

Desde este punto de vista, los hechos delictivos que podrían emerger en el marco de la relación entre empresas y Administración pública se conectan a las causas del riesgo operativo, llevando incluso a la desaparición de la primera cuando su estrategia se apuntala sobre la contratación administrativa, por lo que la implementación de tales Programas permite también administrar riesgos de esta naturaleza y la propia continuidad de la empresa, en este caso, al impactar directamente la gestión de eventos criminales que pueden causar tal efecto.

Finalmente, el “Riesgo Reputacional” lo define la norma como “(...) la posibilidad de pérdida en que incurre una Empresa por desprestigio, mala imagen, publicidad negativa, cierta o no, respecto de la organización y sus prácticas de negocios, que cause pérdida de clientes, disminución de ingresos o procesos

35 Ramírez Barbosa, Paula A y Amézquita Toro, Jorge A. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia... Op. cit, pp. 40 y ss.

36 Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 de la Superintendencia de Sociedades.

judiciales”³⁷. En este caso, los delitos contra la Administración pública tienen claramente la potencialidad de afectar la imagen de las organizaciones que terminan involucradas en escándalos de corrupción, provocando la conducta de uno o varios de sus integrantes la pérdida de confianza frente a sus distintas contrapartes y su posición privilegiada en mercado, lo que se traduce en disminuciones económicas e, incluso, en detonante de su extinción. Por ello, la implementación real de estos programas por parte de las corporaciones constituye un mecanismo para construir una imagen positiva frente a sus distintas partes de interés, mantener la buena reputación en el tiempo y generar confianza en su marco de relación con las entidades del Estado, pues la gestión de riesgos ínsita a tales instrumentos permite precaver las actividades ilícitas que pueden destruirla. Todo lo anterior, por cuanto contar con un programa de cumplimiento debidamente formulado e implementado es indicador de que la estructura interna de la organización presenta las exigencias de cuidado anotadas en precedencia. Incluso, la buena reputación de ciertas organizaciones podría fomentar un efecto preventivo general positivo que motive a las demás a respetar la vigencia del ordenamiento.

Con la implementación de este tipo de programas, en definitiva, las corporaciones se ven compelidas a organizarse de mejor forma para la debida formulación e implementación de los componentes del modelo respectivo, al demandar adecuaciones como, entre muchas otras, la clarificación de la estructura orgánica (delimitación de áreas, regulación de toma de decisiones, definición de líneas de reporte, etc.), la descripción de perfiles y cargos para la debida asignación de responsabilidades y funciones (ejecución de procedimientos, aplicación de controles, etc.), la regulación de puestos de trabajo (tareas, entregables, etc.), la caracterización de procesos (entradas, actividades, salidas, etc.), el desarrollo de procedimientos documentados (vinculación de personas, compras, comercial, legal, etc.) y la formulación de controles (función, frecuencia, responsable, etc.).

Al final, este marco organizativo redunda no solo en una mayor productividad de la corporación en la medida en que sus integrantes estarán más regulados (autorregulación), podrán monitorearse, medir su desempeño y aplicar acciones de mejora. Pero más allá de incidir positivamente en el ajuste de las actividades diarias de la organización y un mejor desempeño colectivo, será determinante en el control de potenciales actos ilícitos o de desviación jurídico-penal que suelen aparecer, justamente, cuando sucede lo contrario: “un estado desorganizado de cosas” con efectos criminógenos³⁸.

37 Ibid.

38 Con respecto a la relación entre análisis criminológico de factores delictivos y formulación de controles, indica Nieto Martín, Adán. “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, en Nieto Martín, Adán (Dir.). *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 85: “Mediante el análisis de riesgos la empresa determina, dentro de su capacidad de autorregulación, el nivel de riesgos y para ello evalúa tanto los factores criminógenos (situación del mercado, historial de la empresa...) como los controles existentes”.

En línea con la anterior referencia, el principio de corresponsabilidad en el control de la corrupción también implica que las organizaciones comprometidas con el cumplimiento normativo también extiendan y exijan este tipo de programas hacia quienes integran su cadena de abastecimiento. Lo anterior, en virtud de que la dirección de la organización y los responsables de sus distintas áreas van entendiendo que relacionarse debidamente es presupuesto de la gestión de sus riesgos, de la optimización de sus procesos y de la mejora de imagen ante sus partes interesadas (socios de negocio, reguladores, inversionistas, etc.).

Esto provoca que la corporación que adopta el modelo sea cada vez más exigente frente a quienes forman parte de su cadena de valor o aspiran pertenecer a la misma, lo que va generando un efecto positivo sobre las organizaciones en general, presionándoles a su vez a la adopción de este tipo de medidas para responder efectivamente frente al mercado y no rezagarse en el cumplimiento de sus objetivos estratégicos. En este sentido, los Programas de Transparencia y Ética Empresarial se convierten en una herramienta necesaria para la gestión de riesgos y su sostenibilidad, por cuanto los distintos actores del mercado vienen entendiendo que contar con un gobierno corporativo sólido, desarrollar buenas prácticas e implementar un fuerte sistema de cumplimiento es condición para el relacionamiento jurídico, económico y comercial.

4.2. Programas de Transparencia y Ética Pública

El desarrollo del principio de corresponsabilidad por parte de la Administración pública orientado al control de las prácticas delictivas que le afectan supone su propia sujeción a los instrumentos establecidos por el ordenamiento jurídico encaminados a tal propósito. Como se ha referenciado a lo largo de este trabajo, los Programas de Transparencia y Ética Pública establecidos por la Ley 2195 de 2022 constituyen la última apuesta del Estado colombiano para intentar reducir los índices de corrupción en este ámbito. Antes de entrar a señalar algunos de esos elementos previstos por la norma para este mecanismo, debe reiterarse que la debida implementación de los mismos pasa por tomarse en serio la orientación cultural que concibe el artículo 31 de esta Ley bajo el objetivo de “promover la cultura de la legalidad” al interior de la respectiva entidad, lo que implica, de acuerdo con el mismo tenor literal del precepto, prever una metodología que permita “identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad”.

En este último punto debe insistirse en la remisión reglamentaria que efectúa el modificado artículo 73 del Estatuto Anticorrupción al Decreto 124 de 2016, pues son los dos instrumentos técnicos de gestión de riesgos que integra esta norma los que permiten una aplicación técnica de los objetivos de prevención, detección y reacción institucional frente a sus riesgos inherentes de corrupción.

Tal es el alcance que pretende la Ley 2195 de 2022 con relación a los delitos contra la Administración pública, que en el citado artículo 31 se trazaron

asimismo directrices expresas por parte del Legislativo tendientes a potenciar no solo el autocontrol y gestión de riesgos de corrupción en las entidades públicas, sino también de lavado de activos y financiación del terrorismo. Frente a estas últimas tipologías de riesgo, debe reseñarse que el artículo 31 de la norma establece que cada entidad del orden nacional, departamental y municipal tendría la obligación de adoptar un Programa de Transparencia y Ética Pública.

Estos programas deberán contemplar, además de mecanismos para el control del riesgo de corrupción, medidas de debida diligencia, mecanismos orientados a la prevención, gestión y administración de riesgos de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas, reportes de operaciones sospechosas a la UIAF y consultas en las listas restrictivas. Esto implica que dichas entidades están compelidas a adoptar una especie de “subsistema” de autocontrol de riesgos AML/CFT (asimilable con un “SARLAFT público”). Adviértase que estas medidas de debida diligencia no deben reducirse a estos sistemas LAFT, sino que son transversales a la gestión de los riesgos de corrupción en general que afecten la entidad. Al respecto, no sobra recordar que esta disposición legal es obligatoria y no meramente facultativa.

Frente al contenido específico de los Programas de Transparencia y Ética Pública, de acuerdo con el Parágrafo 3º, la norma atribuyó a la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República la misión de señalar las características, estándares, elementos, requisitos, procedimientos y controles mínimos que debe cumplir el correspondiente programa. A falta de tal pronunciamiento, debe realizarse un razonamiento sobre algunos aspectos que habrían de tenerse en cuenta al momento de desarrollar y aplicar las directrices correspondientes.

Al respecto, podemos destacar que los mencionados Planes Anticorrupción y de Atención al Ciudadano regulados por el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 hasta la modificación introducida por la Ley 2195 de 2022, ya contemplaban un desarrollo reglamentario en el Decreto 124 de 2016, cuyo articulado no solo prevé la obligación que tiene la máxima autoridad de la entidad pública de realizar una “verificación del cumplimiento” de la legalidad y la de su órgano de control interno de aplicar “mecanismos de seguimiento al cumplimiento y monitoreo” (artículos 2.1.4.5 y 2.1.4.6.), sino que además se remite expresamente al documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano” y a la “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción” para la implementación efectiva de dichos planes. En lógica jurídica, dicho Decreto no habría perdido vigencia por la modificación del citado artículo 73 de la Ley 1474 de 2011. Todo lo anterior es indicativo de los principios, políticas y mecanismos de control que habrían de incorporar los Programas de Transparencia y Ética en el sector público.

Con relación al “SARLAFT público”, reitérese que el mismo precepto contempla la obligación de incorporar a los Programas de Transparencia y Ética Pública mecanismos de prevención, gestión y administración de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo. Esto implica considerar el SARLAFT como

un apéndice o subsistema del primero. Sobre este punto, cabe considerar que el citado Parágrafo 3 del artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 establece que “El Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG) o modelos sucesores deberá armonizarse con el Programa de Transparencia y Ética Pública”. Esto significa que el SARLAFT también se vincularía como subsistema dentro del mencionado MIPG. En el marco de esta integración del Programa de Transparencia y Ética Pública al MIPG, entre otros aspectos de interés relacionados con la gestión de riesgos LAFT, resulta importante destacar que dichos programas se orientarían ahora no solo al control de los hechos ilícitos que comúnmente producen rentas ilícitas en el ámbito de la Administración pública para políticos, funcionarios y empresarios corruptos (tráfico de influencias, cohecho, celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, etc.), sino también a intervenir sobre el producto -económico- de los delitos fuente con el objeto de limitar su integración a la economía legal (lavado de activos). En este último plano, el programa comprendería dentro de su alcance a las propias contrapartes de la entidad, concretamente, al exigir la aplicación de medidas de debida diligencia, por ejemplo, a las empresas que fungen o se postulen como sus contratistas.

Sin embargo, en el ámbito público, *Compliance* no debe reducirse al contenido de estos preceptos. Más allá de esta base normativa de partida, coexisten en el ordenamiento una serie de directrices normativas, programas, modelos o sistemas aplicados directa o indirectamente al control de desviaciones en la función pública, permitiendo reconducir sus objetivos, alcance y elementos a bajo un “*Public Compliance and Integrated System*”. Así, dicho “Sistema de Cumplimiento Público Integrado” podría articularse a preceptos como los que se relacionan a continuación³⁹:

1. Código de ética	Fundado en la Ley 2016 de 2020, “Por la cual se adopta el Código de Integridad del Servicio Público Colombiano y se dictan otras disposiciones”. Esta Ley es fundamental para anclar la norma de alto nivel de todo sistema de <i>Compliance</i> .
2. Metodología de riesgos	Basada en lo prescrito por el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 tras la modificación introducida por el Artículo 31 de la Ley 2195 de 2022, al prever de forma expresa la obligación de “(...) identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad”. Además, habrá de tenerse en cuenta la remisión reglamentaria de este artículo al Decreto 124 de 2016.

39 Cada uno de estos componentes se desarrollaron en otro Capítulo de este mismo trabajo.

3. Políticas	Ancladas a las “Políticas de Desarrollo Administrativo” originadas en la Ley 489 de 1998 y reformuladas en su marco reglamentario por el Decreto 1081 de 2015, dentro de ellas las que pueden impactar la gestión de riesgos de corrupción.
4. Política Anticorrupción	Fundamentada en el artículo 209 de la Constitución Política, que consagra principios determinantes del <i>Compliance</i> público como el de “moralidad” y la obligatoriedad del control interno, complementado con la Ley 489 de 1999.
5. Manual del PTEP	Con fundamento en el artículo 31 de la Ley 2195 de 2022.
6. Procesos y procedimientos	Fundamentados en los Sistemas de Gestión de la Calidad previstos por la Ley 872 de 2003 y su normativa de desarrollo, requeridos para su ajuste a la legalidad.
7. Debida diligencia interna	Fundamentada en lo prescrito por la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública.
8. Formación y divulgación	Soportados en el artículo 2.2.22.3.3 del Decreto 1081 de 2015 referido a los “Objetivos del Modelo Integrado de Planeación y Gestión MIPG”, particularmente, en la exigencia de formación que prevé su Artículo 2.2.22.3.13 con relación a los “Programas de capacitación para la implementación y desarrollo del MIPG”.
9. Línea ética	Con fundamento expreso en el artículo 76 de la Ley 1474 de 2011.
10. Investigaciones internas	Con indicación expresa en el artículo 76 de la Ley 1474 de 2011.
11. Roles y responsabilidades	Asignación fundamentada en el marco normativo prescrito por la Ley 909 de 2004, la cual prevé dentro de la misión de las “Unidades de personal de las entidades” (artículo 15), entre otras, la obligación que tienen de “Elaborar los proyectos de plantas de personal, así como los manuales de funciones y requisitos...” (1. c).

12. Régimen sancionatorio	Soportado en general en lo prescrito por el numeral 32 del artículo 38 de la Ley 1952 de 2019, "Por medio de la cual se expide el código general disciplinario".
13. Gestión de terceros	Con fundamento expreso en el artículo 73 de la Ley 2195 de 2022, el cual prevé dentro de las medidas a aplicar por parte de las entidades públicas bajo el marco de los Programas de Transparencia y Ética Pública "Medidas de debida diligencia".
14. Controles de proceso	Decreto 124 de 2016 en su desarrollo del artículo 73 de la Ley 1474 de 2011.
15. Auditoría interna	Sustentado en el artículo 269 de la Constitución Política, que prevé la obligatoriedad de dicho control interno; el Artículo 12 de la Ley 87 de 1993 relativo a las "funciones de los auditores internos" y el Decreto 1499 de 2017, en lo relativo "Modelo Integrado de Planeación y Gestión" (MIPG) y el Decreto 1599 de 2005 y el Decreto 943 de 2014, sobre el "Modelo Estándar de Control Interno" (MECI).

Tabla 1: Elementos vigentes en el ordenamiento colombiano aplicables a un "Public Compliance".

Esto no significa, ni mucho menos, que lo precedente sea la única base normativa del "Public Compliance" postulado. A propósito de la integración que propone la Ley 2195 de 2022 del Programa de Transparencia y Ética Pública al MIPG, dicha visión integrada resulta pertinente dado que las siete "dimensiones" que definen el último modelo convergen plenamente con los elementos estructurantes de un sistema de gestión de *Compliance* integrado: (i) Talento Humano; (ii) Direccionamiento Estratégico; (iii) Gestión con valores para resultados; (iv) Evaluación de Resultados; (v) Información y comunicación; (vi) Gestión del conocimiento; (vii) Control Interno.

Esta séptima "Dimensión", particularmente, integra una metodología de gestión de riesgos bajo la estructura COSO, la cual se incorpora de manera expresa a este esquema bajo el mencionado Modelo Estándar de Control Interno (MECI), proporcionando una estructura idónea a la construcción, gestión y fortalecimiento del Sistema de Control Interno de la entidad respectiva: (i) Ambiente de Control; (ii) Evaluación del Riesgo; (iii) Actividades de Control; (iv) Información y Comunicación; (v) Actividades de Monitoreo. Sin lugar a duda, debidamente acoplados estos elementos a la estructura de las entidades

públicas, la gestión de riesgos de corrupción tendrá mayores posibilidades en su desempeño⁴⁰.

Con la aplicación de estos parámetros de autogestión, de acuerdo con la metodología COSO que adopta el Modelo Estándar de Control Interno (MECI) en Colombia, se busca que las entidades públicas establezcan acciones, políticas, métodos, procedimientos, mecanismos de prevención, verificación y evaluación en procura de su mejoramiento continuo (autorregulación), en la que cada servidor de la entidad respectiva se convierta en un elemento integral (autocontrol).

En consecuencia, dichos elementos posibilitarían desarrollar en el ámbito de la Administración pública los Programas de Transparencia y Ética Pública bajo los principios, políticas y mecanismos del *Public Compliance*, en la medida en que impacta transversalmente la estrategia de la entidad, su estructura organizativa (procesos, procedimientos, etc.), las personas que la conforman y su sistema de controles. Por lo tanto, deben adoptarse las decisiones que corresponden a nivel directivo para que dichos programas puedan alcanzar su cometido. Lo anterior, sin perder de vista las ventajas que los mismos programas podrían alcanzar en la defensa penal que eventualmente tengan que desplegar dichos directivos por las conductas ilícitas que les pueden ser atribuidas dada su posición de garantía, por ejemplo, cuando surgen desviaciones ilícitas de sus delegados en el marco de los procesos de contratación⁴¹.

La importancia de *Compliance* en este ámbito encuentra una relación directa con los pilares de la Administración pública orientados hacia la transparencia institucional y legalidad⁴². Es un presupuesto obligatorio el cumplimiento de la ley y la gestión ética basada en la integridad de las actividades de los servidores públicos y de los particulares, terceros y personas jurídicas vinculadas con ella. *Compliance* se vincula, de este modo, con una cultura de integridad en el sector público y en el desarrollo del objeto social de las personas jurídicas, permitiendo incluso la sanción de las corporaciones que defraudan dicho principio de integridad en su relacionamiento con el Estado.

Por supuesto, si se atiende a la naturaleza jurídica y régimen aplicable a las entidades públicas, éstas no podrían exonerarse de responsabilidades con amparo en el *Compliance*. En España, por ejemplo, el artículo 31 *quinquies* del Código Penal señala: "1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal

40 Sobre este marco, véase la "Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas: Riesgos de gestión, corrupción y seguridad digital", Versión 4, del Departamento Administrativo de la Función Pública, la cual indica múltiples referencias sobre los modelos COSO 2013 y COSO ERM 2017.

41 Amézquita Toro, Jorge A. "Modelos disruptivos de defensa penal de empresas y sus directivos", en Ramírez Barbosa, Paula A. (Dir.), *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 129 y ss.

42 Sobre la sinergia entre el desarrollo de la "integridad" en el sector público y Compliance, véase Campos Acuña, Ma Concepción. *Aplicación práctica del Compliance en la contratación pública*. Madrid: Aranzadi, 2019, p. 26.

de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas". Esto no excluye, como se sustentó, la aplicación de los principios del *Compliance* para la generación de buenas prácticas en el sector público.

Lo anterior supone, ciertamente, la exclusión expresa de la responsabilidad penal de entes del Estado. Los principios rectores del Estado se enmarcan en la legalidad, ética y transparencia en la gestión de los recursos públicos, por mencionar algunos. Esto implica que lo contrario al buen funcionamiento de las actividades estatales es la corrupción, resultando perjudicados el propio Estado y la ciudadanía. Por tanto, desde el punto de vista de atribución de responsabilidad jurídica por delitos a las organizaciones (públicas), el *Public Compliance* no tendría efecto benéfico alguno para la entidad por cuanto los actos de soborno o corrupción beneficiarían a alguien distinto del Estado (la propia autoridad, el funcionario, un partido político, etc.), que es lo más frecuente en la práctica.

Lo anterior no supone la inaplicación de *Compliance* como mecanismo de descargo individual en el ámbito de los delitos relacionados con la Administración pública. Sirva de ejemplo, su posible valoración en supuestos de delegación efectiva de funciones por parte de funcionarios en posición de garantía sobre sus delegados infractores. En estos casos, cuando los actos corruptos se produzcan en niveles inferiores de decisión y se puedan constatar las acciones de selección debida y vigilancia apropiada desplegada en el marco de ejecución de tales programas sobre los infractores (delegados), se limitará la posibilidad de que la asignación de responsabilidades penales escale hacia posiciones superiores cuando el programa de *Compliance* incorpora directrices en este sentido.

Guardando las distancias entre los objetivos que se persiguen las entidades públicas con relación a las empresas, las repercusiones en el sector público pueden coincidir en alguna medida con las anteriores, aunque con sus propias particularidades. Ocupándonos de las primeras, uno de los aspectos de mayor atención es la real asunción de los principios que gobiernan la función pública en beneficio de los ciudadanos (moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, etc.)⁴³ y la precaución de riesgos criminales. Por ello, el objetivo principal del cumplimiento en el ámbito público es el buen funcionamiento del Estado, con pleno acatamiento de la Constitución y las leyes. Las empresas privadas, por su parte, también deben observar la legalidad, y aunque no tienen una relación de sujeción especial con los pilares de la Administración pública y gozan de libertad empresarial y organizacional, sin embargo, deben coadyuvar en el aseguramiento de los principios de la función administrativa en virtud del principio de corresponsabilidad que les cobija (por ejemplo, en

43 Ramírez Barbosa, Paula A y Amézquita Toro, Jorge A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia... Op. cit., pp. 40 y ss.

la relación bidireccional que estable con el Estado en materia contractual). Por lo anterior, el control de las desviaciones delictivas que se presentan en el marco de la Administración pública con interferencia de las empresas también demanda un posicionamiento ético de la primera frente a las segundas.

Compliance como un instrumento de observancia normativa y prevención de los riesgos en el ámbito corporativo, en definitiva, puede resultar útil en la esfera de lo público con el refuerzo de la cultura preventiva y el fortalecimiento ético en todos los niveles organizacionales. Ese cambio, que es gradual, se espera a partir de la adopción de las distintas medidas que prevé la normativa para las entidades del sector público diseminadas por todo el articulado de la Ley 2195 de 2022. Reséñese que el vigente artículo 73 del Estatuto Anticorrupción consagra la implementación de Programas de Transparencia y Ética Pública que no solo permitan identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de la misionalidad por parte de las entidades públicas obligadas a su adopción, sino también “con el fin de promover la cultura de la legalidad”. “Cultura”, en definitiva, es quizá uno de los mejores términos que define “*Compliance*”.

Como consecuencia de lo enunciado y, visto positivamente, se espera que organismos como la Secretaría Transparencia de la Presidencia de la República cumpla no solo el mandato establecido por la Ley 2195 de 2022 en su artículo 31 de trazar las directrices iniciales de un modelo de “*Compliance*”, sino también de acompañar su adopción real a lo largo del tiempo con el objeto de reducir los altos índices de corrupción que atacan los principios de la función administrativa.

5. COLOFÓN

La responsabilidad derivada de incumplimientos normativos al interior de las corporaciones, en nuestro caso de aquellas que se relacionan maliciosamente con la Administración pública, ha inquietado y continúa preocupando a la comunidad internacional y a los Estados en particular, entre otras cosas, por los efectos sociales y económicos que generan las conductas delictivas que se cometen en su interior o mediante la instrumentalización de su objeto social. La delincuencia empresarial vinculada a los diversos procesos de la Administración pública, como la contratación administrativa, puede generar repercusiones negativas en las instituciones, desarrollo democrático, ordenamientos jurídicos, con un destacado impacto negativo sobre la integridad y el orden económico y social donde operan.

Las iniciativas comparadas apuntan a un incremento de las medidas orientadas a la prevención, persecución y represión del incumplimiento normativo en las empresas y en la adopción de medidas e instrumentos comunes al interior de los Estados, dentro de los cuales se resalta la relevancia de *Compliance*, representados en esta normativa por los mencionados Programas de Transparencia y Ética para las corporaciones en general y para las entidades del sector público.

Como lo hemos reiterado a lo largo de este trabajo, en Colombia se presentan varios modelos normativos de responsabilidad derivada de actividades delictivas para personas jurídicas de distinta naturaleza y alcance, estableciéndose en consecuencia los diversos escenarios en los que las corporaciones deberán responder por los delitos cometidos por sus integrantes en desarrollo del objeto social. La Administración pública tiene el deber de conocerlos y prepararse técnica y jurídicamente para su activación cuando resulten afectados sus intereses por la acción criminal de esas corporaciones.

Particularmente, la Ley 2195 de 2022 fija un modelo de responsabilidad corporativa en el cual *Compliance* adquiere especial relevancia, entre otros aspectos, en la implementación de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial que desarrolla la norma. Pero también la Administración pública debe hacer lo propio como sujeto corresponsable del control de la corrupción a través de sus respectivos Programas de Transparencia y Ética Pública. En consecuencia, se espera que estos Programas sean herramientas para prevenir y mitigar de manera efectiva los riesgos criminales dentro de las corporaciones y advertir cualquier otro tipo de peligro con relevancia normativa que pongan en peligro los intereses de la entidad y los colectivos.

Referencias bibliográficas

- Alcaldía Mayor de Bogotá, (2018). Metodología. Identificación de riesgos de corrupción en la gestión contractual pública, Serie Metodologías para el control preventivo.
- Amézquita Toro, J. (2022). Criminología corporativa: premisa metodológica para el control de la corrupción. Ramírez Barbosa, P. *Estrategias globales contra la corrupción y el blanqueo de activos*. Bogotá D.C. Tirant Lo Blanch.
- Amézquita Toro, J. Modelos disruptivos de defensa penal de empresas y sus directivos. Ramírez Barbosa, P. (Dir.), *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch.
- Ramírez Barbosa, P. y Amézquita Toro, J. (2022). Criterios de determinación de la responsabilidad del oficial de cumplimiento en Colombia: sus características esenciales. Ramírez Barbosa, P. (Dir.). *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch.
- Bernate O., Francisco. (2018). El *Compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*. Cartagena (Col.) Vol. X(20). 31-49.
- Campos Acuña, M. (2019). *Aplicación práctica del Compliance en la contratación pública*. Madrid: Aranzadi.
- Caro Coria, D. (2020). Imputación objetiva y *Compliance* penal. Demetrio Crespo, E. (Dir.). *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia.

- Casanovas Ysla, A. (2017). *Compliance* penal normalizado: El estándar UNE 19601", 1ª. Ed. Navarra: Aranzadi.
- Malem Seña, J. (2002). *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa.
- Muriel Patino, M. (2008). El fenómeno de la corrupción: consideraciones desde la macroeconomía. Rodríguez García, N. y Fabián Caparrós, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica* (Coords.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás.
- Nieto Martín, A. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas, Nieto Martín, A. (Dir.). *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramírez Barbosa, P. (2008). Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en este ámbito. *Crimen Organizado: Tipicidade, Política Criminal, Investigação e processo*. Porto Alegre: Livraria Do Advogado.
- Ramírez Barbosa, P. y Ferré Olivé, J. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y buena gobernanza empresarial*. Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch.
- Ramírez Barbosa, P. y Amézquita Toro, J. (2022). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia: aspectos esenciales y perspectivas en Colombia. Ramírez Barbosa, P. (Dir.) *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch.
- Rivera Ardila, R. (2015). *La extinción de dominio: un análisis al Código de Extinción de Dominio*. Bogotá D.C.: Ed. Leyer.
- Salvador Lafuente, A. Mapa de riesgos: identificación y análisis de riesgos y controles. Castellano Pere, S. y Abadías Selma, A. (Coords.). *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. España: Wolters Kluwer.
- Saray Botero, N. (s. f.). *Incidente de Reparación integran de perjuicios en el proceso penal*. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Leyer.

CAPÍTULO 4

EL COMPORTAMIENTO ÉTICO: Una Mirada Desde La Psicología y Las Neurociencias ⁴⁴

Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero

Introducción

El cumplimiento se ha vuelto importante en los dominios públicos y privados en la lucha contra la corrupción, ya que proteger a los empleados, los clientes, los inversores y la sociedad en general de los riesgos legales y financieros; garantiza que la organización cumpla con todas las leyes, regulaciones, normas y estándares éticos aplicables; evita el riesgo de sanciones legales y financieras y construye una cultura corporativa sólida y ética. Para garantizar que la organización alcance estos objetivos, debe aplicar principios de cumplimiento, como el de transparencia, que pretende que las organizaciones proporcionen a los empleados y al público información clara y concisa sobre sus políticas y procedimientos; el de imparcialidad, que señala que las organizaciones deben evitar la discriminación y el favoritismo en sus prácticas comerciales; el de responsabilidad, que apunta a que las organizaciones estén obligadas a aceptar la responsabilidad de sus acciones, incluso cuando cometen errores; el de integridad, que busca que las organizaciones deban actuar de manera honesta y ética en todo momento; el del profesionalismo, que determina que las organizaciones deban actuar de manera competente y ética en sus relaciones con los empleados, los clientes y los socios comerciales; y el de ética, que indica que las organizaciones deben actuar de manera moralmente correcta en todas sus actividades (Kunard, 2015; O'BRIEN, 2018; Takigawa, 2014.)

Sin embargo, incluso las normas y reglamentos escritos más estrictos o más claros no garantizan por sí solos su cumplimiento. Esto se debe a que, además de las normas, varios factores psicológicos juegan un papel determinante en el comportamiento humano, especialmente el comportamiento que involucra decisiones éticas. Desafortunadamente la psicología no ha producido mayor conocimiento en el campo del cumplimiento. Por ello, en este capítulo nos enfocaremos en los principales factores psicológicos que impactan las decisiones éticas.

Inicialmente se llevará a cabo una aproximación desde las neurociencias, a las principales teorías sobre el cerebro ético, incluyendo los planteamientos

⁴⁴ Psicóloga, Doctor en Psicología con orientación en neurociencia cognitiva aplicada; Magister y especialista en Psicología jurídica.

de autores como Patricia Churchland, Joshua Greene, Antonio Damasio, Michael Tomasello, Marc Hauser y Jonathan Haidt. Posteriormente, partiendo del modelo de capas psicológicas del cumplimiento, propuesto por Paruzel, Steinmann, Nübold, Ötting y Maier (2016), que describen los factores individuales, grupales y organizativos que influyen en el cumplimiento. Y finalmente se explicará el modelo de procesamiento dual, que ha sido uno de los que mayor acogida ha tenido, frente a las explicaciones sobre la toma de decisiones éticas, tomando en consideración las propuestas de Kahneman y Tversky (1973); Greene (2007) y Kahneman y Frederick (2002).

Este extenso cuerpo de investigación se presenta como un valioso recurso para abordar y enriquecer el campo del cumplimiento, ya que puede arrojar luz sobre por qué las personas actúan de manera ética o no ética en el entorno organizacional, tanto a nivel público como privado y cómo se pueden aplicar estos conocimientos en la práctica del *Compliance*.

El cerebro ético

El estudio del cerebro ético, o la neurociencia de la moral, es un campo en crecimiento que ha atraído la atención de varios investigadores destacados en neurociencia y ética.

La neurociencia de la moral, también conocida como Neuroética, es un campo inter, multi y transdisciplinario, que combina la ética con los avances en neurociencia, psicología, y la filosofía para explorar cuestiones relacionadas con el comportamiento, la toma de decisiones, la moralidad y la responsabilidad. Este campo estudia cómo la actividad cerebral y el funcionamiento del sistema nervioso pueden influir en nuestras decisiones y acciones éticas. Estos hallazgos pueden tener implicaciones importantes en áreas como el cumplimiento, tanto público como privado.

El término “cerebro ético” se utiliza generalmente para referirse a los circuitos y procesos cerebrales involucrados en la toma de decisiones éticas y morales. El estudio del cerebro ético involucra la identificación de regiones cerebrales específicas, circuitos y procesos neuronales que están involucrados en la toma de decisiones morales.

En la tabla a continuación, se destacan algunos aspectos clave de la neuroética:

Neurociencia y toma de decisiones éticas	La neuroética investiga cómo los procesos cognitivos y emocionales en el cerebro influyen en la toma de decisiones éticas. Por ejemplo, se ha descubierto que ciertas regiones cerebrales, como la corteza prefrontal, desempeñan un papel importante en la toma de decisiones morales. La neurociencia puede ayudar a identificar patrones de activación cerebral asociados con decisiones éticas y dilemas morales.
--	---

Moralidad y emociones	Las investigaciones en neuroética han revelado la estrecha relación entre las emociones y la moralidad. Por ejemplo, las emociones como la empatía y la aversión al daño pueden influir en nuestras decisiones éticas. La neurociencia puede arrojar luz sobre cómo las emociones impactan en nuestras respuestas morales y cómo se reflejan en la actividad cerebral.
Dilemas éticos y neuroimagen	La neuroética a menudo utiliza técnicas de neuroimagen, como la resonancia magnética funcional (fMRI), para estudiar cómo el cerebro responde a dilemas éticos. Esto permite observar qué áreas cerebrales están involucradas en la resolución de dilemas y cómo las personas procesan la información ética.
Responsabilidad y libre albedrío	La neuroética también aborda cuestiones filosóficas sobre la responsabilidad moral y el libre albedrío. Algunos argumentan que, si nuestras decisiones éticas son el resultado de procesos cerebrales, esto podría cuestionar la noción tradicional de responsabilidad individual. Sin embargo, estas cuestiones son objeto de un debate en curso.
Mejoras y dilemas éticos	La neuroética también explora las implicaciones éticas de la mejora cognitiva y emocional a través de la tecnología. Por ejemplo, el uso de neurotecnologías, como la estimulación cerebral profunda o la modulación de la cognición, plantea preguntas sobre la ética de mejorar nuestras capacidades cognitivas y emocionales.
Ética en la investigación neurocientífica	La neuroética también se aplica a la ética de la investigación en neurociencia. Esto incluye cuestiones relacionadas con el consentimiento informado, la privacidad de los datos cerebrales y el tratamiento ético de los sujetos de investigación.

Dentro de estas investigaciones, se examina cómo, los sesgos, así como emociones como la empatía, la culpa, la vergüenza y la indignación, influyen en la toma de decisiones éticas y cuáles son las áreas cerebrales involucradas en la generación de estas emociones. Asimismo, se investiga cómo el cerebro procesa la información y lleva a cabo el razonamiento moral, especialmente en situaciones de dilemas éticos. También se interesa por estudiar cómo el cerebro de los niños y adultos jóvenes se desarrolla en relación con la moralidad y cómo se forman las bases de los juicios morales desde una edad temprana. Además, se analiza cómo la empatía y la capacidad de inferir, entender y predecir los pensamientos y sentimientos de los demás (Teoría de la Mente, TdM) contribuyen a la toma de decisiones éticas. Igualmente se investiga cómo las lesiones cerebrales y la neuroplasticidad pueden afectar la capacidad de una persona para tomar decisiones éticas y comportarse de manera moral.

Y finalmente se estudia cómo las diferencias culturales pueden influir en la activación de ciertas áreas cerebrales en respuesta a dilemas morales y cómo la cultura puede moldear nuestras respuestas éticas.

Este campo en crecimiento ha atraído la atención de varios investigadores destacados en neurociencia y ética, quienes han contribuido significativamente al campo de la neurociencia de la moral y han propuesto diversas teorías y perspectivas sobre cómo funciona el cerebro en relación con la ética y la toma de decisiones morales. Sus investigaciones ofrecen una visión novedosa sobre cómo nuestros cerebros procesan cuestiones éticas y morales. Algunos de los autores destacados en este campo y algunas de sus principales propuestas se presentan en la tabla a continuación:

Joshua Greene	Es conocido por su trabajo sobre la neurociencia de la toma de decisiones morales. Ha propuesto la teoría del dilema de los tranvías, a partir del cual explora cómo el cerebro procesa dilemas morales. Esto le ha permitido investigar la relación entre la emoción y la razón en la toma de decisiones éticas, especialmente a través del estudio de pacientes con daño cerebral. Los dilemas éticos propuestos por Greene a menudo involucran decisiones difíciles en las que se debe sopesar la utilidad y el daño a otras personas. Greene ha investigado cómo las personas toman decisiones en tales situaciones y cómo el cerebro responde a diferentes tipos de dilemas. Asimismo, ha propuesto que existen dos sistemas de procesamiento en el cerebro que influyen en la toma de decisiones morales: el sistema de respuestas emocionales automáticas y el sistema de razonamiento utilitario y la evaluación lógica de las consecuencias. Su trabajo sugiere que estas dos formas de procesamiento a menudo entran en conflicto y pueden dar lugar a decisiones éticas divergentes. Introdujo la idea de un “dualismo moral” para describir la coexistencia de estos dos sistemas de procesamiento. Argumenta que el conflicto entre el procesamiento emocional y utilitario puede explicar por qué las personas pueden tener intuiciones morales contrapuestas en diferentes situaciones. El trabajo de Greene tiene implicaciones prácticas en ética y neurociencia aplicada. Ha explorado cuestiones como la responsabilidad moral, la toma de decisiones médicas y legales, y cómo se pueden utilizar estos conocimientos para mejorar la toma de decisiones éticas en la sociedad.
---------------	--

Antonio Damasio (Bechara y Damasio, 2005; IMMORDINO-YANG y Damasio, 2007; Damasio, 2007)	Ha realizado investigaciones sobre la relación entre la emoción y el razonamiento moral. Sugiere que las emociones desempeñan un papel fundamental en la toma de decisiones éticas y ha explorado cómo la neurobiología de las emociones influye en las decisiones morales. Ha sostenido que las emociones desempeñan un papel fundamental en la toma de decisiones éticas, especialmente las emociones autoconscientes, como la vergüenza y la culpa. Según él estas emociones proporcionan retroalimentación inmediata sobre las decisiones éticas y pueden influir en nuestras elecciones morales. Ha realizado investigaciones utilizando la neuroimagen para identificar las áreas del cerebro que se activan durante la toma de decisiones éticas. Sus estudios han sugerido que regiones cerebrales como la corteza prefrontal ventromedial están involucradas en la toma de decisiones morales. Esto le ha permitido identificar cómo en ciertas lesiones cerebrales se puede afectar la capacidad para tomar decisiones éticas y proponer que el cerebro tiene mecanismos que permiten el aprendizaje y la adaptación a comportamientos éticos y prosociales que benefician a la sociedad. Uno de sus mayores aportes es la hipótesis del marcador somático. Esta es una teoría neuronal que propone que los procesos emocionales guían o sesgan el comportamiento, en particular la toma de decisiones. La hipótesis del marcador somático se ha utilizado para explicar la relación entre las emociones y la toma de decisiones en diversos contextos, incluida la toma de decisiones morales. Los marcadores somáticos son sensaciones físicas o respuestas emocionales asociadas con experiencias y resultados pasados. A la hora de tomar decisiones, estos marcadores somáticos y sus emociones asociadas pueden influir en la toma de decisiones a favor de unas conductas en lugar de otras. En el contexto de la ética, la hipótesis del marcador somático sugiere que las emociones desempeñan un papel clave a la hora de guiar la toma de decisiones éticas. Según la hipótesis, la toma de decisiones éticas implica no solo un análisis intelectual sino también respuestas emocionales a los posibles resultados de diferentes elecciones. En otras palabras, la toma de decisiones éticas no es solo una cuestión de razonamiento sino también de preocuparse por las consecuencias de las propias acciones. Por lo tanto, la hipótesis del marcador somático sugiere que el comportamiento ético no es solo una cuestión de seguir reglas o principios sino también una cuestión de estar en sintonía con las propias emociones y sensaciones físicas.
--	--

Michael Tomasello (Katz, Kushnir yTomasello, 2024; Tomasello, 2020; Moll, Nichols y Mackey, 2021; Tomasello, 2018)	Aunque es más conocido por su trabajo en psicología del desarrollo, ha contribuido a la comprensión de la evolución de la moralidad y la cooperación en los seres humanos. Su trabajo se centra en cómo los humanos desarrollan un sentido de la moralidad desde una edad temprana, y en cómo los niños desarrollan una comprensión de las normas morales y éticas a medida que crecen. Argumenta que esta comprensión se basa en la cooperación, la empatía y la teoría de la mente. Aunque no se centra explícitamente en el “cerebro ético”, su trabajo proporciona información importante sobre cómo la cognición moral se relaciona con el desarrollo de la mente humana. Ha investigado extensamente la Teoría de la Mente (TdM), y su importancia para la comprensión de la moralidad, en la medida en que esta capacidad permite a las personas empatizar con los demás y entender sus perspectivas. También ha propuesto que la cooperación y la colaboración son fundamentales para la moralidad humana. Argumenta que los humanos tienen una tendencia innata a colaborar y a seguir normas sociales, lo que es esencial para la moralidad y la ética. Ha investigado cómo la cultura y la socialización influyen en el desarrollo de la moralidad en los seres humanos y sugiere que las normas morales y éticas son transmitidas a través de la socialización y el aprendizaje cultural. Ha propuesto que la moralidad es una característica que ha evolucionado en la cultura humana a lo largo del tiempo. Argumenta que la moralidad es única en los humanos y que se ha desarrollado a través de la cooperación social y la cultura.
---	---

Patricia Churchland	Es una neurofilósofa cuyo trabajo se ha centrado en la relación entre la neurociencia y la ética. Ha argumentado que la moralidad tiene raíces en la biología del cerebro y en la evolución de la preocupación por el bienestar de los demás. Se ha preocupado por demostrar cómo nuestra capacidad para comprender normas, razonar sobre ellas y actuar en consecuencia está arraigada en el cerebro y puede ser estudiada científicamente. Plantea que la ética, como modalidad de conducta social, tiene raíces en la biología del cerebro y en la evolución de la preocupación por el bienestar de los demás. Para ella, la ética es una estructura de cuatro dimensiones que viene determinada por la relación de distintos procesos cerebrales. Las cuatro dimensiones son: 1-. Cuidado y atención a los demás⁴⁵: Esta dimensión está enraizada en el apego a los miembros de la familia y la preocupación por su bienestar. Se basa en la capacidad de empatizar con los demás y entender sus necesidades. 2-. Reconocimiento de los estados psicológicos de los demás⁴⁶: El reconocimiento de los estados psicológicos de los demás constituye una dimensión crucial para comprender las intenciones, creencias y emociones de las personas en el contexto de nuestras interacciones sociales. Esta habilidad se basa en lo que se conoce como "Teoría de la Mente" (TdM), que es la capacidad de atribuir estados mentales a otras personas.
---------------------	---

45 Churchland argumenta que el cuidado y la atención a los demás son esenciales para la vida social. Motivan a las personas a ayudar a los demás, a cooperar y a resolver conflictos de manera pacífica. También ayuda a desarrollar relaciones significativas con los demás. La capacidad de empatizar con los demás es un componente importante del cuidado y la atención a los demás. La empatía es la capacidad de ponerse en el lugar de otra persona y entender sus sentimientos y perspectivas. Cuando las personas son capaces de empatizar con los demás, son más propensos a sentir compasión y querer ayudarles. Churchland sostiene que la empatía es una capacidad que se desarrolla a través de la interacción social. Cuando las personas se relacionan con los demás, aprenden a entender sus puntos de vista y a sentir sus emociones. El cuidado y la atención a los demás son una parte importante de la ética. Ya que ayuda a las personas a vivir en armonía con los demás y a crear una sociedad más justa y equitativa.

46 Según Patricia Churchland, el reconocimiento de los estados psicológicos de los demás desempeña un papel fundamental en la ética, ya que nos permite comprender las motivaciones y emociones de las personas que nos rodean. La TdM implica la habilidad de comprender y predecir la conducta de otros individuos, tomando en cuenta sus estados mentales y reconociendo que existe un punto de vista diferente al nuestro propio. Esta aptitud resulta esencial en nuestras relaciones sociales, ya que nos permite entender las razones y propósitos de los demás, así como interpretar sus acciones.

La Teoría de la Mente se compone de una serie de habilidades cognitivas, tales como:

La capacidad de atribuir estados mentales a los demás, incluyendo creencias, deseos, intenciones y emociones individuales.

La aptitud para comprender que las personas pueden tener perspectivas diferentes a las nuestras, incluso cuando compartimos la misma información.

La comprensión de que los estados mentales pueden cambiar con el tiempo, incluyendo creencias, deseos e intenciones.

Comprender Perspectivas Divergentes: La TdM nos permite reconocer que las personas tienen perspectivas diferentes y estados mentales distintos a los nuestros. En situaciones de conflicto o desacuerdo, esta comprensión nos brinda la capacidad de ver las cosas desde el punto de vista del otro. Al hacerlo, podemos abordar los problemas desde una posición de empatía y comprensión, lo que facilita la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias.

Anticipar Motivaciones y Comportamientos: La TdM implica la capacidad de comprender las motivaciones, creencias e intenciones de los demás. En situaciones sociales problemáticas, como negociaciones, disputas o dilemas éticos, esta habilidad nos permite anticipar las posibles acciones de las personas involucradas. Al prever las reacciones y decisiones de los demás, podemos tomar medidas proactivas para resolver problemas de manera más efectiva.

Promover la Empatía: La empatía, que surge en parte de la TdM, desempeña un papel crucial en la resolución de problemas en contextos sociales. La empatía nos permite conectarnos emocionalmente con los demás, lo que puede ser especialmente útil al abordar conflictos interpersonales. Al comprender los sentimientos y experiencias de los demás, estamos mejor preparados para encontrar soluciones que consideren sus necesidades y preocupaciones.

Facilitar la Comunicación: La TdM también está relacionada con la habilidad de interpretar las señales sociales y comunicativas de los demás. Esto es esencial para resolver malentendidos y conflictos derivados de la falta de comunicación efectiva. Cuando somos capaces de leer las señales emocionales y las intenciones de los demás con precisión, podemos abordar las preocupaciones y aclarar los malentendidos de manera más eficiente.

Tomar Decisiones Éticas: En situaciones éticamente complejas, la Teoría de la Mente nos permite evaluar las consecuencias de nuestras acciones en relación con los demás. Esto es esencial para tomar decisiones morales informadas. Churchland argumenta que la empatía y la comprensión de los estados mentales de los demás son fundamentales para actuar de manera justa y compasiva en dilemas éticos.

La Teoría de la Mente representa un elemento esencial para el desarrollo social y emocional, permitiéndonos entender a los demás y establecer relaciones significativas. Esta habilidad se despliega en dos formas principales:

Teoría de la Mente Cognitiva: La capacidad de comprender los estados mentales de los demás, como sus creencias, deseos e intenciones.

Teoría de la Mente Afectiva: La aptitud para comprender las emociones de los demás.

Por lo general, la Teoría de la Mente Cognitiva se desarrolla primero, seguida de la Teoría de la Mente Afectiva.

La investigación activa en psicología y neurociencia se enfoca en comprender cómo se desarrolla la Teoría de la Mente, su relación con otras habilidades cognitivas y cómo se puede mejorar en personas con dificultades en esta área. Churchland argumenta que el reconocimiento de los estados psicológicos de los demás es esencial para la vida social, ya que nos permite comprender las motivaciones de los demás y predecir su comportamiento. Esto, a su vez, facilita la toma de decisiones morales fundamentadas y la resolución pacífica de conflictos.

Churchland sostiene que la Teoría de la Mente se desarrolla a través de la interacción social, ya que, al relacionarnos con otros individuos, aprendemos a entender sus perspectivas y a empatizar con sus emociones. La Teoría de la Mente resulta crucial para la ética, ya que nos permite comprender las motivaciones y las intenciones de los demás, lo que, a su vez, influye en nuestras decisiones morales al considerar las consecuencias de nuestras acciones en relación con los demás.

La empatía, que implica la capacidad de comprender y compartir los sentimientos de los demás, desempeña un papel importante en la ética, ya que nos permite sentir compasión por los demás y actuar de manera justa y compasiva. Por ejemplo, al presenciar el sufrimiento de alguien, podemos utilizar nuestra empatía para comprender cómo se siente

Patricia Churchland	3-. Resolución de problemas en un contexto social: Esta dimensión nos permite tomar decisiones morales en situaciones sociales complejas. Se basa en la capacidad de razonamiento moral, que es la capacidad de aplicar principios morales a situaciones concretas. La resolución de problemas en un contexto social, desde la perspectiva de Patricia Churchland, está intrínsecamente ligada a la capacidad de comprender y anticipar los estados mentales de los demás, es decir, a la Teoría de la Mente (TdM). Esta habilidad de la TdM es esencial para abordar los desafíos y conflictos que surgen en nuestras interacciones sociales. 4-. Aprendizaje de prácticas sociales: Esta dimensión nos permite adquirir normas y valores morales a través de la observación, la experiencia y la enseñanza. Se basa en la capacidad de aprendizaje social, que es la capacidad de aprender de los demás. Estas cuatro dimensiones interactúan entre sí para dar lugar a la ética. Por ejemplo, el cuidado y la atención a los demás nos motivan a resolver problemas sociales, como la distribución de bienes escasos o la resolución de disputas. El reconocimiento de los estados psicológicos de los demás nos ayuda a entender las perspectivas de los demás y a tomar decisiones morales justas. El aprendizaje de prácticas sociales nos permite adquirir los valores morales de nuestra cultura. Esta hipótesis es apoyada por una serie de investigaciones científicas que han demostrado que estas cuatro dimensiones están relacionadas con la ética. Por ejemplo, se ha demostrado que las personas que tienen una mayor capacidad de empatía y Teoría de la Mente, son más propensas a tomar decisiones morales. También se ha demostrado que el aprendizaje social juega un papel importante en el desarrollo de la ética.
---------------------	--

esa persona, lo que nos lleva a tomar la decisión de ayudar, incluso si no conocemos personalmente a la persona.

Algunas aplicaciones destacadas de la Teoría de la Mente en la ética incluyen:

Facilitar la toma de decisiones morales más informadas al comprender las motivaciones y las intenciones de los demás.

Fomentar la empatía hacia los demás, lo que nos permite actuar de manera justa y compasiva.

Contribuir a la resolución constructiva de conflictos al comprender la perspectiva de los demás.

En resumen, el reconocimiento de los estados psicológicos de los demás es un componente esencial de la ética, ya que nos permite tomar decisiones morales más informadas y actuar de manera moral al comprender las motivaciones y las emociones de las personas que nos rodean.

Patricia Churchland	La hipótesis tiene implicaciones importantes para nuestra comprensión de la ética. Sugiere que la ética no es algo que está separado de nosotros, sino que es una parte integral de nuestra naturaleza humana. También sugiere que la ética es algo que se puede aprender y desarrollar. Por supuesto, la ética es un tema complejo y no siempre es fácil determinar lo que es correcto o incorrecto. Sin embargo, la hipótesis de las cuatro dimensiones puede ayudarnos a entender mejor cómo funciona la ética y cómo podemos tomar decisiones morales más informadas. Esta hipótesis es una forma novedosa de entender la ética. Sugiere que la ética no es algo que está separado de nosotros, sino que es una parte integral de nuestra naturaleza humana. También sugiere que la ética es algo que se puede aprender y desarrollar.
Marc Hauser (Hauser, 2006; Hauser, Chomsky, Fitch, 2002)	Ha realizado investigaciones sobre la cognición moral en humanos y primates no humanos, desde el marco cognitivo y lingüista. Su trabajo se centra en comprender las bases evolutivas de la moralidad y cómo los principios morales son compartidos por diversas culturas y especies de primates no humanos. Según este autor, los seres humanos tienen una “mente moral” que está influenciada por la evolución y que comparte ciertas características universales en términos de lo que consideramos moralmente correcto o incorrecto, argumentando que hay una base biológica para nuestra moralidad, y que la moralidad tiene una estructura innata y compartida, aunque las normas morales específicas pueden variar culturalmente. Ha estudiado temas como la reciprocidad, la cooperación y la aversión a ciertos comportamientos inmorales en primates, lo que lo ha llevado a sugerir que algunas de las raíces de la moralidad pueden ser compartidas en nuestra historia evolutiva. Hauser sugiere que existe un lenguaje moral universal que permite a las personas de diferentes culturas comunicarse sobre cuestiones éticas. Esto significa que, a pesar de las diferencias culturales, compartimos un conjunto común de conceptos y valores morales. Para este autor, la comprensión de la naturaleza de la moralidad puede tener importantes implicaciones para la educación y la formación moral, así como para la promoción de sociedades más éticas y justas.

Jonathan Haidt (ATARI et al., 2023; Haidith, 2022; Haidt y Craig, 2022).	Aunque no es un neurocientífico en el sentido estricto, Haidt ha realizado investigaciones sobre la moralidad y la psicología moral. Ha propuesto la teoría del “fundamentalismo moral” y ha explorado cómo las intuiciones morales influyen en nuestras creencias y decisiones éticas. Su trabajo no se centra explícitamente en el cerebro ético, pero ha llevado a cabo investigaciones que han permitido comprender cómo las personas toman decisiones éticas y cómo se desarrollan las diferencias morales entre individuos y culturas. Argumenta que gran parte de las decisiones éticas se basan en intuiciones morales automáticas, y que el razonamiento lógico y deliberativo a menudo se utiliza para justificar decisiones morales que ya hemos tomado. Es reconocido por su teoría de los fundamentos morales, a través de la cual argumenta que existen cinco fundamentos morales básicos que son universales pero que se ponderan de manera diferente en diferentes culturas. Estos fundamentos son el daño/cuidado, la equidad/reciprocidad, la lealtad/grupalismo, la autoridad/respeto y la pureza/santidad. También ha investigado las diferencias morales entre conservadores y liberales, argumentando que estas diferencias se deben a una mayor o menor activación de los diferentes fundamentos morales. Sugiere que los conservadores tienden a valorar más la lealtad y la autoridad, mientras que los liberales se centran en el daño y la equidad. Propone que la moralidad es una adaptación evolutiva que ha evolucionado para promover la cooperación y la cohesión social en grupos humanos. Su trabajo se ha aplicado a cuestiones éticas contemporáneas, como la política, la religión y la polarización social.
--	--

En resumen, la neuroética es un campo emergente que utiliza los avances en neurociencia para explorar cuestiones éticas y morales en una variedad de contextos.

Ayuda a comprender cómo funciona el cerebro en relación con la ética y la moralidad, y cómo estas investigaciones pueden tener aplicaciones en áreas como la psicología, la toma de decisiones éticas y la bioética. Sin embargo, también plantea cuestiones filosóficas importantes sobre la responsabilidad moral y el libre albedrío que continúan siendo debatidas en la comunidad académica.

Modelo de capas psicológicas del cumplimiento

El incumplimiento normativo representa un desafío constante y significativo para las organizaciones. A menudo, se ha observado que las acciones poco éticas de las personas que forman parte de una organización no se deben a

deficiencias morales individuales, sino más bien a la estructura y el entorno en el que operan. Sin embargo, el éxito en el cumplimiento parece depender de una combinación única entre los altos estándares éticos de la organización y la voluntad de los individuos para alinear sus estándares éticos personales con los intereses de la organización (Bommer, Gratto, Gravander, Tuttle, 1987).

El Modelo de Capas, propuesto por Paruzel, Steinmann, Nübold, Ötting y Maier (2016), proporciona una explicación detallada de cómo los factores individuales, grupales y organizativos influyen en el cumplimiento y cómo estos factores interactúan entre sí de manera compleja, sin que ninguno de ellos sea determinante por sí solo. Este modelo se convierte en una herramienta valiosa para comprender por qué las personas cumplen o no cumplen y para desarrollar intervenciones que promuevan el cumplimiento.

Es importante destacar que, según Paruzel, Steinmann, Nübold, Ötting y Maier (2016), en el ámbito de la psicología, existen tres constructos relacionados con el cumplimiento: el comportamiento laboral contraproducente, la desviación en el lugar de trabajo y el comportamiento poco ético pro-organizacional. Considerar estos tres constructos desde un punto de vista psicológico ayuda a comprender los factores y procesos relevantes para la prevención de conductas antiéticas.

El comportamiento laboral contraproducente, como lo definen MARCUS ET AL. (2002), se refiere a acciones realizadas por empleados, ya sea voluntaria o involuntariamente, que tienen el potencial de causar daño a otros empleados o a la organización sin ningún beneficio evidente. Esto incluye conductas como el absentismo, el uso de sustancias psicoactivas o alcohol, el hurto y la violencia. Por otro lado, la desviación en el lugar de trabajo, según la definición de Bennett y ROBINSON (2000), se trata del comportamiento voluntario de los empleados que viola las normas organizativas y, como resultado, pone en peligro los objetivos y la reputación de la organización, generando consecuencias negativas. Esto puede incluir la falta de cumplimiento de las normas y regulaciones, o la violación activa de las expectativas del contexto social, como la divulgación de información confidencial de la empresa a personas no autorizadas. Por último, el comportamiento pro-organizacional poco ético, definido por Umphress et al. (2010), se refiere a acciones llevadas a cabo por empleados con la intención de beneficiar a la organización, pero que pueden dañar su reputación. Estas tres formas de comportamiento que afectan a la organización fueron consideradas por Sutherland y Holt (1949) como delincuencia de cuello blanco, especialmente cuando son realizadas por personas de alto estatus social dentro de la organización.

Volviendo al modelo de las tres capas, Paruzel, Steinmann, Nübold, Ötting y Maier (2016) indican que los comportamientos descritos anteriormente, es decir, el comportamiento laboral contraproducente, la desviación en el lugar de trabajo y el comportamiento pro-organizacional poco ético, están influenciados

por una compleja interacción entre los factores que se encuentran en las tres capas.

En la capa individual del modelo, se incluyen factores como los rasgos de personalidad, las motivaciones implícitas y las autoevaluaciones nucleares. Los rasgos de personalidad son características relativamente estables que influyen en el comportamiento, como la extraversión y la conciencia. Las motivaciones implícitas son deseos o necesidades inconscientes que influyen en el comportamiento. Las autoevaluaciones nucleares son creencias fundamentales sobre uno mismo, como ser una persona buena o honesta.

En la capa grupal del modelo, se consideran factores como la cohesión grupal, el liderazgo ético y la justicia organizacional. La cohesión grupal se refiere al grado en que los miembros de un grupo se sienten unidos y comprometidos entre sí. El liderazgo ético abarca el comportamiento de los líderes que promueve los valores éticos y el comportamiento responsable. La justicia organizacional se relaciona con la percepción de los empleados sobre el trato justo por parte de la organización.

En la capa organizacional del modelo, se incluyen factores como el clima ético, la responsabilidad social corporativa y los programas de cumplimiento. El clima ético se refiere a la percepción de los empleados de que su organización valora y apoya el comportamiento ético. La responsabilidad social corporativa se refiere al compromiso de una organización de operar de manera socialmente responsable. Los programas de cumplimiento consisten en conjuntos de procedimientos y políticas que ayudan a las organizaciones a cumplir con la ley.

Este modelo se convierte en una herramienta valiosa para comprender y promover el cumplimiento, y al reconocer que los factores psicológicos influyen en el cumplimiento, es posible desarrollar programas de cumplimiento más efectivos y reducir el riesgo de incumplimiento. Las organizaciones pueden utilizar este modelo para:

Identificar y abordar los factores individuales que pueden aumentar el riesgo de incumplimiento, como la baja conciencia o los motivos implícitos de beneficio personal.

Fomentar una cultura grupal que respalde el cumplimiento a través del liderazgo ético, la sólida cohesión grupal y la justicia organizacional. Desarrollar e implementar programas de cumplimiento efectivos que se adapten a los riesgos específicos que enfrenta la organización.

Modelo de procesamiento dual: procesamiento automático y controlado

Un segundo modelo que arroja luz sobre las razones que subyacen al cumplimiento o incumplimiento de las normativas dentro de una organización es el Modelo de Procesamiento Dual, propuesto por destacados autores como Kahneman y Tversky (1973), Greene (2007) y Kahneman y Frederick (2002). Este enfoque se ha beneficiado significativamente de las investigaciones en neurociencias, permitiéndonos comprender en mayor profundidad cómo las personas procesan información y reaccionan a los mecanismos de control. En particular, las neurociencias humanas, que abarcan las áreas de neurociencias afectivas, conductuales, cognitivas y sociales, se han enfocado en desentrañar el procesamiento cerebral de la información y su influencia en la toma de decisiones, juicios y comportamientos éticos y morales (Tank y Farrell, 2022; Birnberg y Ganguly, 2012; Dronkers y Baldo, 2009; Bressler y Vinod, 2010).

La formación y convivencia en grupos desempeñan un papel esencial en la supervivencia de la especie humana, ya que los grupos establecen reglas y normas que mantienen el orden y la seguridad. Estas normas generan preocupaciones de índole moral, ética y justa, y al mismo tiempo, sirven como salvaguardias de bienes sociales fundamentales como la seguridad, la justicia y la reputación. En última instancia, la ética facilita la cooperación en grupos de gran envergadura, donde las relaciones son de carácter no familiar (Tomasello y Vaish, 2013).

La configuración de grupos y las preocupaciones morales se encuentran profundamente arraigadas en la evolución de la especie, y los seres humanos nacen con mecanismos cerebrales que les permiten aprender y adoptar comportamientos éticos y prosociales en beneficio del grupo. Este proceso engloba el desarrollo de juicios morales y la aversión a conductas que puedan amenazar la cohesión del grupo (Hamlin, 2015; Tremblay, Sharika y Platt, 2017; Ayala, 2010).

En el ámbito de la toma de decisiones sociales, las respuestas conductuales y las señales emocionales se originan a partir de la información social y se integran a través de los sistemas sensoriales y perceptivos del cerebro, lo que da lugar a comportamientos sociales específicos, frecuentemente relacionados con juicios morales y decisiones éticas (Rogers-Carter y Christianson, 2019).

La toma de decisiones constituye un elemento fundamental de la vida humana, involucrando la elección de acciones que conduzcan a resultados gratificantes y la evitación de estímulos aversivos. Estas decisiones pueden variar en complejidad y pueden tener lugar en contextos sociales o ser de naturaleza más individual. La consideración de juicios morales y decisiones éticas se integra en estos procesos de toma de decisiones sociales, lo que ha llevado a la denominación de "toma de decisiones sociales" (Yoder y Decety, 2018). En estas situaciones, las personas deben comprender las normas sociales, las

consecuencias de sus acciones y tener en cuenta tanto sus propios objetivos como los de otros con quienes interactúan. Esto implica que las habilidades de cognición social, como la Teoría de la Mente (TdM) y el reconocimiento de emociones, desempeñen un papel crucial (Ruff y Fehr, 2014; Tremblay et al., 2017).

En lo que respecta a la toma de decisiones éticas, existe la creencia generalizada de que se rige principalmente por procesos cognitivos controlados y racionales. No obstante, las investigaciones respaldan cada vez más la idea de que los procesos cognitivos automáticos y emocionales también desempeñan un papel significativo. Además, cuando surgen conflictos entre valores morales, se activa un sistema cognitivo de compensación moral que busca equilibrar los valores en conflicto y seleccionar la solución que maximiza la rectitud (Greene, 2013; Guzmán et al., 2022). La teoría del proceso dual sostiene que los juicios morales deontológicos, o basados en el deber, son impulsados en gran medida por procesos intuitivos. Estos juicios se basan en principios morales que se consideran universales y absolutos, como el "no matar". Los juicios utilitarios, en cambio, son impulsados en gran medida por procesos racionales. Estos juicios se basan en la consideración de las consecuencias de una acción, con el objetivo de maximizar el bien o minimizar el mal (Araujo, 2018).

La teoría del proceso dual también distingue entre juicios morales personales e impersonales. Los juicios personales se basan en emociones y relaciones personales. Los juicios impersonales se basan en principios morales universales.

Los diferentes procesos que subyacen a los juicios morales se reflejan en distintos sistemas en el cerebro. Los procesos intuitivos se asocian con el sistema 1, que es responsable de los procesos cognitivos automáticos. Los procesos racionales se asocian con el sistema 2, que es responsable de los procesos cognitivos controlados.

La teoría del proceso dual ha sido objeto de una gran cantidad de investigación, y ha tenido un impacto significativo en la comprensión de la toma de decisiones morales. Esta teoría ha ayudado a explicar cómo las personas pueden llegar a conclusiones morales diferentes, incluso cuando tienen la misma información. También ha ayudado a explicar cómo las emociones pueden jugar un papel importante en la toma de decisiones morales.

Este modelo cuestiona la creencia arraigada de que el comportamiento ético está impulsado principalmente por procesos cognitivos controlados, deliberativos y racionales, y sostiene que los juicios éticos son el resultado de dos sistemas de procesamiento de la información, en el que se combinan los procesos cognitivos y emocionales. Estos han sido denominados sistema 1 y sistema 2.

El sistema de procesamiento dual ha cambiado la forma en que se entiende el comportamiento moral de una manera fundamental. Este sistema dual sugiere que tanto los procesos conscientes como los no conscientes desempeñan un

papel en la determinación de nuestro comportamiento moral, complementando y, en ocasiones, compitiendo con nuestros procesos de razonamiento deliberativo. En otras palabras, la intuición y las emociones desempeñan un papel clave para restringir nuestro comportamiento no ético, y simplemente no es posible hablar de ética desde una perspectiva estrictamente racional.

Las investigaciones de las ciencias del comportamiento han arrojado evidencia que demuestra que las personas son menos congruentes y menos racionales en sus decisiones de lo que están dispuestas a admitir. Algunas personas a veces podrían no darse cuenta cuando su comportamiento se desvía de los estándares éticos. Esto se debe a que las justificaciones y el juicio sesgado le restan nitidez a la percepción de las faltas éticas. En otras palabras, cuando las personas son conscientes de que se enfrentan a un desafío ético, su comportamiento ético puede estar influenciado tanto por procesos conscientes como no conscientes, y la intuición y las emociones pueden desempeñar un papel clave en la restricción del comportamiento no ético.

De acuerdo con la teoría del proceso dual, el razonamiento humano (pensamiento, razonamiento, toma de decisiones, juicio social, memoria, aprendizaje, entre otros), consta de dos tipos diferentes de procesamiento de información. El Sistema 1, sistema automático o sistema bottom-up, es un tipo de procesamiento rápido de información, automático, intuitivo y proceso heurístico. Este tipo de procesamiento se produce de manera involuntaria, e implica reacciones instantáneas a estímulos o situaciones sin una deliberación consciente. Las respuestas automáticas son generalmente el resultado de patrones de pensamiento y comportamiento previamente aprendidos. Por ejemplo, cuando se conduce un automóvil y se detiene en un semáforo en rojo, la reacción automática es detenerse sin una consideración consciente (Kahneman y Frederick, 2002; Kahneman y Frederick, 2005; Kahneman, Slovic y Tversky, 1982). En el contexto del comportamiento ético, las respuestas automáticas pueden llevar a la conformidad con normas sociales o de grupo sin un análisis ético profundo. El riesgo de este sistema es que actúa a partir de heurísticos que pueden conducir a sesgos en la toma de decisiones. Los sesgos son errores sistemáticos en el pensamiento que pueden conducir a decisiones poco precisas. Sobre este tema se hablará en el siguiente apartado.

En contraste, el Sistema 2, también conocido como procesamiento controlado o sistema top-down, es un modo de procesamiento lento de información, consciente, explícito, basado en reglas, deliberado, consciente y reflexivo. Implica la consideración cuidadosa de la información, la evaluación de las opciones y la toma de decisiones basadas en un razonamiento consciente. Las personas emplean este tipo de procesamiento cuando se enfrentan a situaciones nuevas, complejas o éticamente desafiantes en las que no tienen respuestas automáticas claras. Por ejemplo, cuando se decide si informar o no sobre una irregularidad en el trabajo, se requiere un procesamiento controlado que involucra la ponderación de valores éticos, consecuencias y principios (Kahneman y Frederick, 2002; Kahneman y Frederick, 2005; Kahneman, Slovic y Tversky, 1982)

Como modos independientes, los procesos intuitivos pueden tomar muchas formas, desde asociativas hasta constructivas, mientras que los procesos deliberativos a menudo se basan en alguna noción de racionalidad teórica de decisión o coincidencia de patrones.

La interacción entre estos procesos de procesamiento de información intuitivo y deliberativo es importante para la toma de decisiones humanas, especialmente de carácter ético.

En la siguiente tabla se presenta un resumen de las características de los dos sistemas.

Estos dos enfoques ofrecen perspectivas valiosas sobre cómo las personas toman decisiones éticas en diferentes situaciones.

1. Comportamiento Ético a partir del Procesamiento Automático:

En el contexto del comportamiento ético, las personas pueden actuar éticamente de manera automática sin una reflexión consciente, cuando las normas éticas se han internalizado y forman parte de los valores fundamentales de una persona.

Algunas consideraciones incluyen:

Valores Personales: Cuando una persona ha internalizado valores éticos sólidos, es más probable que su comportamiento ético sea automático. Por ejemplo, alguien que valora profundamente la honestidad puede actuar de manera ética en situaciones que involucran la verdad sin necesidad de un análisis exhaustivo.

Normas Sociales: Si una acción es consistentemente considerada como ética en una comunidad o cultura particular, las personas pueden seguirla automáticamente sin una deliberación consciente.

Experiencia Previa: La exposición previa a situaciones éticas similares puede llevar a respuestas automáticas basadas en lecciones aprendidas en el pasado.

Socialización: La socialización temprana y la influencia de la familia, la cultura y el entorno pueden dar forma a las respuestas automáticas de una persona. Por ejemplo, las normas éticas transmitidas en la infancia pueden convertirse en respuestas automáticas arraigadas.

Empatía: La capacidad de sentir empatía hacia los demás puede influir en las respuestas automáticas éticas. Las personas que son naturalmente empáticas pueden ser más propensas a actuar éticamente en situaciones que involucran a otros.

<i>El sistema 1, mecanismos automáticos, procesos autónomos / intuitivos, heurístico, impulsivo, asociativo o procesamiento bottom-up</i>	El sistema 2, mecanismos controlados o procesamiento <i>top-down</i>
<i>Rápido</i> <i>Procesa información en paralelo</i> <i>Fácil</i> <i>Frecuente</i> <i>Estereotipado</i> <i>Independiente de la capacidad cognitiva</i> <i>Automático</i> <i>No requiere memoria de trabajo</i> <i>Autónomo</i> <i>Inconsciente</i> <i>Respuestas sesgadas contextualizado</i> <i>De asociación</i> <i>Afectivo</i> <i>Conocimiento implícito</i> <i>Evolutivamente viejo</i> <i>Evalúa constantemente el contexto en el que vivimos</i> <i>Compartido con otros animales.</i> <i>Permiten el procesamiento de información en un tiempo corto, lo cual facilita la toma de decisiones ante circunstancias particulares que así lo requieran</i> <i>Permite la realización de acciones que no requiere de la atención consciente, por lo tanto, escapan al control y a la voluntad</i> <i>Permiten dejar recursos libres para el procesamiento de información que requiere atención y control.</i> <i>Difícil de modificar</i> <i>Basado en creencias</i>	Lento Procesa información en serie Esforzado Correlacionado con la capacidad cognitiva Revisado Requiere memoria de trabajo Desacoplamiento cognitivo y simulación mental Consciente Respuestas correctas y normativas Abstracto Basado en reglas Lógico Conocimiento explícito Evolutivamente reciente Asociados con los comportamientos dirigidos a metas, ponen en marcha un proceso que está más allá de respuestas reflejas, que puede anular o aumentar las reacciones reflexivas y habituales con el fin de orquestar el comportamiento de acuerdo con nuestras intenciones, conocido como control cognitivo. Involucran un proceso de acumulación de información y consideración deliberada, donde se conoce que cualquier opción que se elija, acarrea un riesgo inherente, de allí que este tipo de decisiones Es flexible frente a la incertidumbre de las consecuencias que pueden aparecer a largo plazo, inclusive cuando las preferencias de elección, las estrategias y los resultados dependes de todas las opciones de los tomadores de decisiones que interactúan en un entorno social. En este tipo de decisiones las alternativas de elección no son simplemente respuestas reflexivas, sino que implican acciones dirigidas a objetivos para las cuales los resultados esperados pueden ser evaluados hasta cierto punto y en un proceso de toma de decisiones.

Fuente: Elaboración propia, basado en Khaneman (2011)

2. Comportamiento Ético a partir del Procesamiento Controlado:

En situaciones éticamente complejas o novedosas, las personas pueden recurrir al procesamiento controlado para sopesar las opciones éticas. Aquí, algunas consideraciones clave son:

Juicio Moral y Dilemas Éticos: En situaciones donde no hay una respuesta ética clara, las personas pueden activamente reflexionar sobre las posibles opciones y considerar las consecuencias éticas de cada una.

Análisis Ético: Las personas pueden aplicar principios éticos, como la utilidad, la justicia, la equidad y la responsabilidad, en su proceso de toma de decisiones éticas conscientes.

Razonamiento Ético: El procesamiento controlado implica un razonamiento ético más profundo y consciente. Las personas pueden considerar las consecuencias éticas de sus acciones y reflexionar sobre el impacto de sus decisiones en los demás.

Autocontrol: La capacidad de ejercer autocontrol y aplazar la gratificación puede influir en el procesamiento controlado. Esto permite a las personas tomar decisiones éticas a largo plazo en lugar de ceder a impulsos momentáneos.

Conciencia Ética: La conciencia de las implicaciones éticas de una acción y la disposición a actuar de acuerdo con esa conciencia son factores psicológicos clave en el procesamiento controlado.

Toma de Decisiones Éticas en Situaciones Nuevas: En situaciones éticamente novedosas o complejas, las personas pueden recurrir al procesamiento controlado para sopesar cuidadosamente las opciones y tomar decisiones informadas.

Contemplación de Consecuencias: El procesamiento controlado implica evaluar las posibles consecuencias éticas de una acción y tomar decisiones informadas sobre la base de esa evaluación.

Debate Interno: En ocasiones, las personas pueden llevar a cabo un debate interno para sopesar los pros y los contras de una acción ética antes de tomar una decisión.

En resumen, la toma de decisiones éticas involucra una interacción compleja entre procesos cognitivos y emocionales, así como una consideración de las normas sociales y los valores personales. La evolución de la especie humana ha influido en la formación de grupos y la aparición de preocupaciones éticas, y los procesos de toma de decisiones éticas se basan en dimensiones que incluyen la comprensión de la intención, la aversión al daño, la recompensa, el funcionamiento ejecutivo y el aprendizaje de reglas. La toma de decisiones éticas es fundamental tanto en contextos individuales como organizacionales.

Heurísticos, Sesgos y toma de decisiones éticas

Dentro del marco de las teorías de procesamiento dual, es de particular interés en este capítulo profundizar en el estudio de los heurísticos y los sesgos, dos conceptos fundamentales que influyen en cómo las personas toman decisiones, a través del procesamiento automático.

Tanto los heurísticos como los sesgos representan formas de toma de decisiones que se caracterizan por ser intuitivas y basadas en atajos cognitivos, en contraposición al procesamiento más reflexivo y analítico (Tversky y Kahneman, 1983).

Messick y Bazerman (1996), afirman que las personas no tienen en cuenta la gama completa de consecuencias de sus acciones poco éticas y, a menudo, limitan su pensamiento a las consecuencias inmediatas, en lugar de considerar también las consecuencias de mayor alcance. Estos autores sostienen que las personas tienden a tener visiones poco realistas y positivas de sí mismos, así como ilusiones de optimismo y control. Asimismo, explican que las personas también tienden a ser etnocéntricas, es decir, a creer que las características de nuestro propio grupo o cultura son normales, mientras que las características de los demás parecen ajenas y extrañas. Estas formas sesgadas de pensamiento pueden conducir a las personas a tomar decisiones poco éticas.

Kahneman (2011), define los heurísticos como reglas simples y eficientes que las personas desarrollan como resultado de procesos evolutivos o de aprendizaje. Estas reglas se emplean para explicar cómo las personas toman decisiones y resuelven problemas, incluso cuando se enfrentan a situaciones complejas y cuentan con información limitada. Los heurísticos permiten adaptar conocimientos previos a nueva información de manera rápida y sin requerir un esfuerzo cognitivo significativo. En esencia, los heurísticos son mecanismos que simplifican la toma de decisiones al enfocar selectivamente la atención en aspectos relevantes de la tarea, incorporando conocimientos previos de manera pertinente en el proceso.

Kahneman y Tversky (1982) destacan que los heurísticos son herramientas que se utilizan en juicios intuitivos y en la estimación de probabilidades en situaciones de incertidumbre. Estos heurísticos son aplicables no solo en problemas altamente complejos, sino también en cuestiones más simples, como la evaluación de la verosimilitud, frecuencia y predicción. Estos autores señalan que, aunque la intuición heurística se distingue de los procesos de razonamiento formativo por pautas de juicios sesgados, los heurísticos en sí mismos son procedimientos de estimación que de ningún modo son irracionales. Son respuestas intuitivas normales, no solo para los problemas de alta complejidad, sino para las más simples cuestiones de verosimilitud, frecuencia y predicción (p.69).

Sin embargo, es importante señalar que los heurísticos pueden dar lugar a sesgos cuando se aplican de manera inadecuada. Estos sesgos pueden surgir cuando se excluye información lógicamente relevante o se incorpora

información lógicamente irrelevante como resultado del uso de heurísticos en el proceso de toma de decisiones (Evans, 2008, p. 263). En otras palabras, los heurísticos, aunque eficientes, pueden llevar a conclusiones erróneas o sesgadas si no se aplican de manera apropiada o si no se tiene en cuenta información crítica en el proceso de toma de decisiones.

Los sesgos son errores sistemáticos en el pensamiento y la toma de decisiones que pueden distorsionar nuestro juicio y llevarnos a conclusiones incorrectas o irracionales. A menudo son el resultado de la aplicación inadecuada de heurísticos o de la influencia de factores emocionales y cognitivos que pueden nublar nuestro juicio.

En la siguiente tabla se presentan algunos ejemplos de sesgos.

Tipos de sesgos	Noción
Sesgo de confirmación	Las personas tienden a buscar, interpretar y recordar información que confirma sus creencias preexistentes. Cuando se enfrentan a datos o situaciones que son consistentes con lo que ya creen, es más probable que tomen decisiones intuitivas que estén en línea con esas creencias, sin realizar un análisis crítico adicional. Esto se puede reflejar en la tendencia a utilizar solo la información que está más accesible, sin hacer mayor esfuerzo por incorporar nuevos esquemas o información a la situación que se pretende analizar.
Sesgo de anclaje	Las decisiones son influenciadas por una primera impresión o valor de referencia inicial. Las personas pueden ser influenciadas por un punto de referencia inicial, o “ancla”, al tomar decisiones éticas. Por ejemplo, si se les presenta una decisión ética con una opción inicial que parece aceptable, es posible que estén más inclinadas a considerar otras opciones como más o menos éticas en comparación con esa referencia inicial.
Sesgo de representatividad	Patrón de pensamiento en el cual las personas tienden a juzgar la probabilidad de un evento o la pertenencia de un objeto a una categoría en función de cuán representativo o similar sea ese evento u objeto a una idea preconcebida de esa categoría. En otras palabras, se tiende a sobrevalorar la probabilidad de un evento si parece encajar con un estereotipo o concepto previo de lo que debería ser, incluso si esa percepción no se basa en una evaluación lógica o estadística adecuada.

Tipos de sesgos	Noción
Sesgo de obediencia a la Autoridad	Este fenómeno se evidenció claramente en el famoso Experimento de Stanley Milgram, realizado en 1961, y se ha estudiado ampliamente en psicología social. En el Experimento de Milgram, los participantes eran instruidos por una autoridad (el investigador) para administrar descargas eléctricas cada vez más fuertes a otra persona (un actor) cuando esta respondía incorrectamente a preguntas en un supuesto estudio de aprendizaje. Aunque los participantes sabían que estaban infligiendo dolor al otro individuo y que esta acción era inmoral, la mayoría obedeció las órdenes del investigador hasta niveles potencialmente peligrosos simplemente porque se les decía que lo hicieran. El efecto de autoridad ilustra cómo las personas pueden estar dispuestas a hacer cosas que consideran moralmente incorrectas o inapropiadas cuando una figura de autoridad les ordena hacerlo. Esta obediencia ciega a la autoridad puede ser problemática y ha sido estudiada en el contexto de eventos históricos como el Holocausto y otros actos atroces cometidos bajo la influencia de líderes o autoridades. Este fenómeno subraya la importancia de la ética y la responsabilidad personal en la toma de decisiones, incluso cuando se enfrenta a la presión de una autoridad superior. También destaca la necesidad de educación y conciencia sobre este efecto para que las personas sean capaces de resistir la obediencia ciega a órdenes que van en contra de sus valores y convicciones morales (Perez, 2020).
Sesgo optimista	Tendencia a generar expectativas mejores que la realidad. Las personas suelen sobrestimar la probabilidad de ocurrencia de eventos positivos y subestimar la probabilidad de eventos negativos en sus vidas. Los expertos también suelen sobrestimar los resultados positivos en sus predicciones acerca de asuntos específicos como el resultado de tratamientos médicos, inversiones y juicios.
Sesgo de sobreconfianza	Es la sobrestimación de las propias capacidades o cualidades, en comparación con otras personas o con el propio rendimiento real. Las personas suelen creerse 'mejor que el promedio' y sobrevaloran la justeza de sus predicciones, la eficacia de sus decisiones y la profundidad de su conocimiento.

Tipos de sesgos	Noción
Falacia de la planificación	Es la tendencia a creer que nuestros proyectos resultarán tal como los planeamos, a pesar de que proyectos similares han tomado mucho más tiempo. Los errores en la estimación del tiempo son mayores cuando planificamos la tarea como si se tratara de un caso único y simulamos escenarios futuros ideales sin prever obstáculos posibles.
Sesgo de aversión a la pérdida	Las personas tienden a ser más conservadoras en sus decisiones éticas cuando se enfrentan a la posibilidad de una pérdida, incluso si la decisión ética es la correcta desde un punto de vista moral. Esto puede llevar a la omisión de actos éticos que podrían ser socialmente beneficiosos.
Sesgo de estereotipo	Los estereotipos pueden influir en las decisiones éticas al llevar a juicios parciales o discriminación. Por ejemplo, un estereotipo negativo sobre un grupo de personas podría influir en una decisión ética, como la contratación o el trato justo.

En cualquier programa de cumplimiento, para la promoción de una cultura ética, es necesario considerar los sesgos cognitivos y las influencias situacionales en la toma de decisiones éticas, ya que los sesgos hacen parte de los riesgos éticos dentro de una organización. Por ello, dentro de los programas de cumplimiento, se hace necesaria la identificación de sesgos cognitivos que podrían llevar a comportamientos éticamente cuestionables por parte de los empleados o la dirección.

En el contexto de promover una cultura ética, los oficiales de cumplimiento pueden:

- Educar a los empleados: Proporcionar formación y concienciación sobre sesgos cognitivos y cómo pueden influir en la toma de decisiones éticas. Esto puede ayudar a los empleados a reconocer y resistir la influencia de estos sesgos.
- Establecer políticas y procedimientos éticos: Colaborar en la creación y aplicación de políticas y procedimientos que fomenten la toma de decisiones éticas y proporcionen orientación sobre cómo abordar situaciones éticamente complejas.
- Supervisar y auditar el cumplimiento ético: Realizar auditorías y revisiones periódicas para evaluar el cumplimiento de las políticas éticas y detectar cualquier indicio de conducta inapropiada o sesgada.
- Fomentar una cultura de denuncia: Establecer canales seguros para que los empleados informen sobre preocupaciones éticas y garantizar que se tomen medidas adecuadas en respuesta a esas denuncias.

Ética y emociones sociales

Como se ha argumentado en este capítulo, el modelo de procesamiento dual ha subrayado la importancia de las emociones en la toma de decisiones, particularmente en el contexto ético. En la sección anterior, se destacó cómo los sesgos, que forman parte de los errores que surgen al procesar información de manera automática, influenciada en gran medida por la intuición y las emociones, pueden perjudicar la toma de decisiones éticas al afectar la percepción de lo correcto o incorrecto, justo o injusto. Sin embargo, existen otro grupo de emociones que pueden beneficiar las decisiones éticas. De acuerdo con las reflexiones de DAMASIO (2007), la ética no se limita únicamente al conocimiento y el razonamiento, ya que las emociones desempeñan un papel fundamental en la configuración del comportamiento ético. Específicamente, las emociones autoconscientes, como la vergüenza, la culpa y el orgullo, son componentes esenciales para evaluar nuestras acciones en relación con los valores y estándares sociales. Estas emociones, relacionadas con nuestro sentido de sí mismo y con la conciencia de las reacciones de los demás hacia nuestros comportamientos, se consideran una parte integral de las emociones sociales o morales y desempeñan un papel central en el proceso de toma de decisiones éticas.

Las emociones autoconscientes, son más complejas, porque implican un componente cognitivo, como la autorreflexión y la evaluación. Desempeñan un papel crucial en el sistema moral humano, ya que influyen en nuestras intenciones y comportamientos morales. Por un lado, la vergüenza es una emoción autoconsciente que surge de una sensación de fracaso o insuficiencia en relación con las normas o expectativas sociales. La culpa, por otro lado, es una emoción autoconsciente que surge de un sentido de responsabilidad por una mala acción o daño causado a otros. Finalmente, el orgullo, es una emoción autoconsciente que surge de una sensación de logro o éxito en relación con objetivos personales o sociales.

Para Tomasello (2019), las emociones autoconscientes son un componente clave del desarrollo humano y la cognición social, debido a que requieren autoconciencia e implican evaluarse a uno mismo en relación con normas sociales o culturales. Estas emociones juegan un papel importante en el desarrollo social y moral humano. Este autor ha demostrado que la vergüenza y la culpa, comienzan a surgir en los niños pequeños, y que los niños se vuelven cada vez más conscientes de las normas sociales y de sus propias acciones en relación con estas normas a medida que se desarrollan. Además, ha enfatizado la importancia de la empatía y la toma de perspectiva en el desarrollo de las emociones autoconscientes, señalando que los niños comienzan a sentir vergüenza o culpa cuando pueden imaginarse a sí mismos desde la perspectiva de los demás y comprender las expectativas y normas sociales. Por ello, subraya el papel de la socialización en el desarrollo de las emociones autoconscientes. Los niños aprenden sobre normas sociales y comportamientos aceptables a través de interacciones con cuidadores, compañeros y el entorno social más amplio, pero destaca que la expresión y comprensión de las emociones autoconscientes pueden verse influenciadas

por factores culturales, y de esta forma las diferentes culturas pueden tener distintas normas y expectativas, lo que puede afectar la forma en que se experimentan y expresan estas emociones.

De otro lado, la investigación empírica respalda la idea de que cuando una persona se enfrenta a una violación de una norma social, experimenta una respuesta afectiva negativa, como la culpa, la vergüenza o el orgullo, incluso cuando no existen sanciones externas o cuando otros también se apartan de la norma social. Estas emociones son esenciales porque surgen de la autorreflexión y la autoevaluación, proporcionando retroalimentación inmediata sobre nuestras decisiones éticas y ejercen influencia sobre nuestras elecciones morales. Además, estas emociones pueden anticiparse al considerar alternativas de comportamiento o basarse en experiencias pasadas similares, lo que las convierte en un factor significativo en nuestras elecciones y comportamientos morales (Tangney, 1999; Tangney, Stuewig y Mashek, 2007; Adams, Hurst y Sintov, 2020; Bagozzi, 2006).

Específicamente, la culpa y la vergüenza pueden desempeñar un papel importante en la orientación de las decisiones éticas. Ambas emociones están relacionadas con la evaluación negativa de la conducta, pero lo hacen de diferentes maneras. La culpa es una emoción interna que se experimenta cuando una persona cree que ha hecho algo mal. Se asocia con sentimientos de remordimiento, arrepentimiento y autocastigo. La culpa puede motivar a las personas a corregir sus errores y a actuar de manera más ética en el futuro. Por el contrario, la vergüenza es una emoción externa que se experimenta cuando una persona cree que ha sido juzgada negativamente por los demás. Se asocia con sentimientos de humillación, inferioridad y aislamiento. La vergüenza puede motivar a las personas a evitar el comportamiento que les hace sentir avergonzados, incluso si ese comportamiento no es en realidad incorrecto (Tangney, Stuewig y Mashek, 2007; Lewis, 2008; Tracy, Robins y Tangney, 2007).

Tanto la culpa como la vergüenza pueden ser útiles para fomentar el comportamiento ético, al ayudar a las personas a reflexionar sobre sus acciones y a tomar decisiones coherentes con sus valores morales. No obstante, es importante tener en cuenta que estas emociones también pueden ser perjudiciales, ya que, por ejemplo, la culpa excesiva puede conducir a la autocompasión y al aislamiento, mientras que la vergüenza excesiva puede llevar a la evitación social y a la depresión.

A continuación, se presentan algunos ejemplos de cómo la culpa y la vergüenza pueden guiar las decisiones éticas:

Una persona que siente culpa por haber robado dinero puede devolver el dinero y disculparse por su comportamiento.

Una persona que siente vergüenza por haber sido descubierta mintiendo puede decidir ser más honesta en el futuro.

Una persona que siente culpa por haber sido cruel con un compañero de trabajo puede intentar disculparse y reparar la relación.

Es relevante destacar que la inclinación de una persona a experimentar estas emociones autoconscientes, como la vergüenza, la culpa o el orgullo, puede variar considerablemente. Algunas personas pueden ser naturalmente más propensas a estas emociones, mientras que otras pueden encontrar dificultades para experimentarlas. Esto implica que las personas que son naturalmente propensas a estas emociones pueden ser más sensibles tanto a anticiparlas como a experimentarlas en respuesta a situaciones éticas, especialmente cuando se trata de decisiones morales y transgresiones.

Además de la inclinación, la intensidad con la que una persona experimenta estas emociones es relevante. La intensidad del afecto, que abarca aspectos como la intensidad negativa, la reactividad y la intensidad positiva, también influye en la toma de decisiones éticas. Las investigaciones sugieren que cuando la violación de una regla ética provoca emociones negativas intensas, las personas tienden a preferir comportamientos éticos en lugar de transgresiones. En otras palabras, tanto la inclinación como la intensidad de las emociones autoconscientes desempeñan un papel crucial en la toma de decisiones éticas y en la elección de comportamientos éticos.

Para aprovechar el poder de las emociones autoconscientes en la promoción de la ética, existen diversas acciones que podemos emprender, entre ellas:

- Educar a las personas sobre la importancia de la ética, promoviendo la comprensión de cómo las emociones influyen en nuestras decisiones éticas.
- Fomentar entornos que promuevan la empatía y la comprensión, creando espacios donde las personas puedan conectarse emocionalmente con los demás y comprender sus puntos de vista.
- Desarrollar sistemas de incentivos que premien el comportamiento ético, reconociendo y recompensando las acciones éticas y las decisiones motivadas por la empatía y otras emociones morales.

Al comprender completamente el impacto de las emociones en la ética y tomar medidas concretas para promover comportamientos éticos, podemos contribuir a la construcción de un mundo más ético y compasivo.

Conclusiones

La ética es fundamental en la fundamentación de las prácticas de cumplimiento. En la actualidad, el cumplimiento normativo se ha convertido en un pilar esencial de la gestión empresarial. Tanto la ética como el cumplimiento normativo forman la base de una cultura corporativa sólida, arraigada en valores como la integridad y la ética.

El cumplimiento normativo desempeña un papel crucial en la prevención de sanciones legales y financieras. Por otro lado, los valores éticos son esenciales para construir una reputación positiva y mantener la confianza de clientes, empleados y accionistas. Sin embargo, tanto el cumplimiento como la ética son intrínsecamente humanos, y es por eso que es vital que los programas de cumplimiento, tanto en el ámbito público como privado, comiencen a considerar la influencia de los factores psicológicos en ambos aspectos. Deben equilibrar el cumplimiento normativo con los valores éticos, ya que una cultura corporativa excesivamente legalista puede socavar la creación y el mantenimiento de una cultura basada en valores y una cultura corporativa demasiado centrada en los valores éticos puede exponer a la empresa a responsabilidad legal o sanciones.

Pero, ni la comprensión y apreciación de los principios morales ni el mero hecho de que una regla esté escrita garantizan necesariamente el cumplimiento de las regulaciones y leyes de la sociedad. Cumplir y emitir juicios éticos implica una combinación de procesos cognitivos y emocionales, que permiten prever consecuencias futuras, priorizar valores éticos, retrasar la satisfacción inmediata, promover la sensibilidad hacia cuestiones éticas y desarrollar un método para explorar los aspectos éticos de una decisión y ponderar las consideraciones que deberían afectar nuestra elección de un curso de acción.

Al comprender estas condiciones y desarrollar un método para la toma de decisiones éticas, las organizaciones pueden crear programas de cumplimiento más efectivos. Estos no solo buscan garantizar el cumplimiento de las regulaciones, sino también fomentar un comportamiento ético real, estableciendo una sólida cultura ética en la organización que reduzca las posibilidades de que los empleados se involucren en conductas poco éticas o ilegales. Esto, a su vez, disminuye el riesgo de incumplimiento normativo.

En resumen, cuando los programas de cumplimiento consideran los factores psicológicos que afectan el comportamiento ético, aumentan las posibilidades de éxito en el cumplimiento. Las organizaciones que se comprometen con la ética desde una perspectiva psicológica y neurocientífica tienen más probabilidades de:

- Evitar el incumplimiento normativo
- Construir una sólida reputación y confianza
- Ser más proactivas en su compromiso con la responsabilidad social corporativa.

Referencias

Adams, I.; Hurst, K. y Sintov, N. (2020). Experienced guilt, but not pride, mediates the effect of feedback on pro-environmental behavior. *Journal of Environmental Psychology*, vol. 71, p. 101476.

- Araujo Durán, I.; Lara Martínez, A. (2018). *Influencia de los factores cognitivos en el proceso de toma de decisiones gerenciales*. [Tesis Doctoral]. Universidad Autónoma del Caribe.
- Atari, M., Haidt, J., Graham, J., Koleva, S., Stevens, S. T., y Dehghani, M. (2023). Morality beyond the WEIRD: How the nomological network of morality varies across cultures. *Journal of Personality and Social Psychology*.
- Bagozzi, R. (2006). The role of social and self-conscious emotions in the regulation of business-to-business relationships in salesperson-customer interactions. *Journal of Business & Industrial Marketing*, 21(7). 453-457.
- Bechara, A. y Damasio, A. (2005). The somatic marker hypothesis: A neural theory of economic decision. *Games and Economic Behavior*, 2005, 52(2). 336-372.
- Bressler, S. y Menon, V. (2010). Large-scale brain networks in cognition: emerging methods and principles. *Trends in cognitive sciences*, 14(6), 277-290.
- Birnberg, J. G., y Ganguly, A. R. (2012). Is neuroaccounting waiting in the wings? An essay. *Accounting, Organizations and Society*, 37(1), 1-13.
- Bommer, M., Gratto, C., Gravander, J., y Tuttle, M. (1987). A behavioral model of ethical and unethical decision making. *Journal of business ethics*, 6, 265-280.
- Cowell, J. M., Lee, K., Malcolm-Smith, S., Selcuk, B., Zhou, X., y Decety, J. (2017). The development of generosity and moral cognition across five cultures. *Developmental science*, 20(4), e12403.
- Damasio, A. (2007). Neuroscience and ethics: intersections. *The American Journal of Bioethics*, 7(1), 3-7.
- Deciu, V. (2022). Psychological Factors to Consider When Adopting an Ethics and Compliance Program. *Psychology*, 13(1), 89-100.
- Dronkers, N., y Baldo, J. (2009). *Encyclopedia of neuroscience* (Vol. 2). L. R. Squire (Ed.). Amsterdam, The Netherlands: Elsevier.
- Tank, A. K., y Farrell, A. M. (2022). Is neuroaccounting taking a place on the stage? A review of the influence of neuroscience on accounting research. *European Accounting Review*, 31(1), 173-207.
- Evans, J. S. B. (2008). Dual-processing accounts of reasoning, judgment, and social cognition. *Annu. Rev. Psychol.*, 59, 255-278.
- Greene, J. (2013). *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap Between Us and Them* (NY: The Penguin Press, 2013).
- Greene, J. (2007). Why are VMPFC patients more utilitarian? A dual-process theory of moral judgment explains. *Trends in cognitive sciences*, 11(8), p. 322-323.

- Guzmán, R. A., Barbato, M. T., Sznycer, D., y Cosmides, L. (2022). A moral trade-off system produces intuitive judgments that are rational and coherent and strike a balance between conflicting moral values. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 119(42), e2214005119.
- Haidt, J. (2022). Forward, for Connections between ethics and moral psychology. Studies around the work of Jonathan Haidt". *Revista de humanidades de Valparaíso*, 19, p. 13-14.
- Haidt, J. y Joseph, C. La mente moral: cómo cinco grupos de intuiciones innatas guían el desarrollo de varias virtudes, e incluso algunos módulos, específicos a la cultura. *Revista de humanidades de Valparaíso*, 19, p. 313-348.
- Hauser, M. (2006). *Moral minds: How nature designed our universal sense of right and wrong*. Ecco/HarperCollins Publishers.
- Hauser, M., Chomsky, N.; Fitch, W. (2002). Tecumseh. The faculty of language: what is it, who has it, and how did it evolve? *Science*. 298, no 5598, p. 1569-1579.
- Immordino-Yang, M. y Damasio, A. (2007). We feel, therefore, we learn: The relevance of affective and social neuroscience to education. *Mind, brain, and education*, 1(1), p. 3-10.
- Kahneman D., Frederick S. (2002). Representativeness revisited: attribute substitution in intuitive judgement. In *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, ed. T Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman, pp. 49-81. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.
- Kahneman D., Frederick S. (2005). A model of heuristic judgment. In *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, ed. K Holyoak, RG Morrison, pp. 267-94. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.
- Kahneman, D., Tversky, A. (1973). On the psychology of prediction. *Psychological review*, 80(4), p. 237.
- Kahneman D., Slovic P. y Tversky A. (1982). Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, fast and slow*. Macmillan.
- Katz, T.; Kushnir, T. y Tomasello, M. (2024). Children are eager to take credit for prosocial acts, and cost affects this tendency. *Journal of Experimental Child Psychology*, vol. 237, p. 105764.
- Killen, M. y Dahl, A. (2020). The moral obligations of conflict and resistance. *Behavioral and Brain Sciences*. vol. 43.
- Krueger, F., y Hoffman, M. (2016). The emerging neuroscience of third-party punishment. *Trends in neurosciences*, 39(8), 499-501.
- Kunard, L. y Moe, C. (2015). Procedural justice for law enforcement: An overview. *Washington: Office of Community Oriented Policing Services*.
- Lewis, M. (2008). *Self-conscious emotions: Embarrassment, pride, shame, and guilt*.

- Moll, H., Nichols, R. y Mackey, J. (2021). Rethinking human development and the shared intentionality hypothesis. *Review of Philosophy and Psychology*. vol. 12, p. 453-464.
- O'Brien, P. (2018). Procedural Fairness: Convergence in process. *CPI Antitrust Chronicle*.
- Paruzel, A., Steinmann, B., Nübold, A., Ötting, S. K., y Maier, G. W. (2016). Psychological Contributions to Competition Law *Compliance*. Competition Law *Compliance* Programmes: An Interdisciplinary Approach, 215-241.
- Perez, J. (2020). *Compliance y cultura ética: sesgos y nudges Compliance and ethical culture: biases and nudges*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8152985>.
- Reutskaja, E., Iyengar, S., Fasolo, B., y Misuraca, R. (2020). *Cognitive and affective consequences of information and choice overload*.
- Rogers-Carter, M. y Christianson, J. P. (2019). An insular view of the social decision-making network. *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, 103, 119-132.
- Takigawa, T. (2014). Enforcement, Competition Law. *CPI Antitrust Chronicle*.
- Tangney, J., Stuewig, J. y Mashek, D. J. (2007). What's moral about the self-conscious emotions. *The self-conscious emotions: Theory and research*. p. 21-37.
- Tangney, J. (1999). The self-conscious emotions: Shame, guilt, embarrassment and pride.
- Tomasello, M. (2018). The normative turn in early moral development. *Human Development*, 61(4-5), 248-263.
- Tomasello, M. (2020). The moral psychology of obligation. *Behavioral and Brain Sciences*, 43, p. e56.
- Tomasello, M. (2013). Vaish, A. Origins of human cooperation and morality. *Annual review of psychology*, vol. 64, 231-255.
- Tomasello, M. (2019). *Becoming human: A theory of ontogeny*. Harvard University Press.
- Tracy, J., Robins, R. y Tangney, J. (ed.). (2007) *The self-conscious emotions: Theory and research*. Guilford Press.
- Yoder, K. y Decety, J. (2018). The neuroscience of morality and social decision-making. *Psychology, Crime & Law*, 24(3), 279-295.

CAPÍTULO 5

El Compliance y la gestión jurídica pública

*William Mendieta Motealegre, Diego David Barragan Ferro
y Melissa Oyola Chadid*

*"La ética y el cumplimiento son
la base de una buena gestión
pública, ya que permiten la
transparencia y la confianza de los
ciudadanos en sus instituciones"*

Ana Botella

INTRODUCCIÓN

El concepto de *Compliance* ha cobrado una gran relevancia en los últimos años en el ámbito empresarial y legal. Se refiere al conjunto de medidas y políticas adoptadas por las organizaciones con el objetivo de garantizar el cumplimiento normativo y ético. Puede entenderse, de acuerdo con Zavala, C., y Carreño, F. (2018), como un sistema de gestión que busca asegurar que las organizaciones cumplan con las leyes, regulaciones, normas internas y estándares éticos aplicables a su actividad. Implica establecer controles, procedimientos y políticas internas para prevenir, detectar y corregir posibles incumplimientos.

Si bien el concepto de *Compliance* ha ganado notoriedad recientemente, sus raíces se remontan a principios del siglo XX. En Estados Unidos, el marco legal conocido como la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA) de 1977, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et al. (1977), por su parte para la ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) se encuentra en el Título 15 del Código de los Estados Unidos, secciones 78dd-1 y siguientes, los cuales han marcado un hito importante en la lucha contra la corrupción empresarial. Este evento fue precursor de la adopción de políticas y programas de *Compliance* en el ámbito corporativo.

En esa misma línea, y según establece Sanclemente Arciniegas, J. (2020), el movimiento hacia el *Compliance* se ha fortalecido a nivel global, con la adopción de diversas regulaciones y estándares internacionales. En 1997, la

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) estableció la Convención sobre el Soborno de funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, que promovió la implementación de programas de *Compliance* en las empresas para prevenir la corrupción y establece un marco de responsabilidad para personas jurídicas de derecho público, que en el caso colombiano está a cargo de la Superintendencia de Sociedades.

El sector financiero ha sido pionero en la adopción de programas de *Compliance*. Tras la crisis financiera de 2008, se han implementado regulaciones más estrictas para prevenir delitos financieros y garantizar la integridad del sistema, tal como documenta (Martínez, 2019), Ejemplos notables son la Ley Sarbanes-Oxley en Estados Unidos y la Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID) en la Unión Europea. El alcance del *Compliance* se ha expandido a diversas industrias, como la farmacéutica, energética y tecnológica. Las regulaciones específicas y los estándares éticos propios de cada sector han impulsado la implementación de programas de cumplimiento adaptados a sus necesidades particulares.

En la era de la globalización y la digitalización, el *Compliance* se ha convertido en una herramienta indispensable para las organizaciones. Los escándalos corporativos, la corrupción y las sanciones legales han generado una mayor conciencia sobre la necesidad de una conducta empresarial ética y responsable. El *Compliance* ha evolucionado desde un enfoque reactivo y regulatorio hasta convertirse en una práctica empresarial proactiva y estratégica. Su importancia, de acuerdo con Gómez-Pinzón, M. (2018), radica en la protección de la integridad corporativa y la prevención de delitos.

Por su parte, en el ámbito de la gestión pública, el *Compliance* ha adquirido una creciente importancia como instrumento para promover la legalidad, la ética y la transparencia en el ejercicio del poder estatal y optimizar la función pública. En este contexto, como lo destaca (Esquivel, S., 2018), el *Compliance* se refiere a un conjunto de medidas, políticas y procedimientos adoptados por las autoridades y funcionarios con el fin de asegurar el cumplimiento de las leyes, normas y regulaciones aplicables, así como de los principios éticos y los estándares de integridad.

Tal preocupación por la legalidad y la transparencia en la gestión pública tiene raíces históricas. A lo largo de los siglos, se han promulgado leyes y códigos de conducta para regular la actuación de los funcionarios públicos y prevenir la corrupción. Un ejemplo destacado es el Código de Hammurabi, promulgado en la antigua Mesopotamia, *que establecía normas éticas y reglas de conducta para los gobernantes*. (Johnson, R. J., 2018)

En el ámbito internacional, diversos acontecimientos y acuerdos han impulsado el desarrollo del *public Compliance*. La creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945 y la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en 2003 han sido hitos importantes en la promoción de la transparencia y la lucha contra la corrupción a nivel global.

En las últimas décadas, se han establecido estándares y marcos normativos específicos para el *Compliance* en la gestión pública. Ejemplos notables son la Ley Sarbanes-Oxley en Estados Unidos, que establece requerimientos para la gestión de riesgos y la rendición de cuentas en las empresas, y el Estándar ISO 19600:2014, que provee directrices para la implementación de sistemas de gestión de *Compliance* en organizaciones de todo tipo, ejemplos como los que pone de presente Palacio, A., y Pachón, M. (2019)

Es relevante considerar que la digitalización y el uso de tecnologías de la información han impulsado el desarrollo del *Compliance* en la gestión pública. Asunto que ha sido de especial preocupación luego de la pandemia y que han suscitado innumerables estudios como el de (López, E., 2020) sobre el impacto de la digitalización en el desarrollo del *Compliance* en la gestión pública, consistente en la implementación de sistemas electrónicos de registro, monitoreo y control ha permitido mejorar la eficiencia y la transparencia en los procesos administrativos, así como facilitar la detección de posibles irregularidades.

De tal forma que el *Compliance* en la gestión pública es esencial para promover la confianza ciudadana, prevenir la corrupción, garantizar la igualdad de oportunidades y salvaguardar los recursos públicos. Además, contribuye a mejorar la eficacia y la eficiencia de la administración estatal, asegurando un adecuado cumplimiento de las leyes y regulaciones. (González, 2022)

Ahora bien, en un escenario de compleja gestión pública en Colombia, al respecto se pueden obtener datos relevantes en las mediciones que anualmente realiza el Departamento de Función Pública disponible en la página: <https://www.datos.gov.co/Funci-n-p-blica/Resultados-de-la-Medici-n-del-Desempe-o-Institucio/8vtd-caju> lo que resulta trascendental contar con un marco de referencia práctica, estratégica en procura de materializar el *Compliance* no solo en el Distrito Capital sino en todo el país.

Sí bien de todos los riesgos que se pueden administrar a través de la función cumplimiento normativo, el distrito capital se ha centrado en la gestión del riesgo de corrupción. El espectro de riesgos es mucho más amplio, y desde la perspectiva de *Compliance* son varios los asociados a asuntos legales, que se pueden gestionar por medio de un programa de cumplimiento efectivo. Por ello, en un futuro otros riesgos como aquellos que en los que, a partir de decisiones jurídicas propias de la administración, generan una fuerte afectación al patrimonio público y que desde el cumplimiento normativo podrían prevenirse o por lo menos, disminuir el daño ocasionado al erario.

Teniendo en cuenta el significativo desarrollo del *Compliance* a nivel del distrito capital, es fundamental tener claridad sobre su evolución desde el año 2007. Fue en este año cuando el Decreto 781 estableció la necesidad de implementar normas para la organización y el funcionamiento de las entidades y organismos de control del Distrito Capital. En este decreto se identificó la necesidad de articular todos los esfuerzos de la administración para aumentar su eficacia

porque antes de su promulgación, no había claridad sobre las competencias y alcances de la gestión jurídica en el distrito, ni sobre la necesidad de coordinar esfuerzos para optimizar la administración.

El Decreto también autorizó al distrito a ordenar a las entidades y organismos distritales correspondientes cumplir con sentencias judiciales, conciliaciones o laudos arbitrales en los eventos previstos en su artículo 22. Todo esto se desarrolló en el marco del Modelo de Gerencia Jurídica Pública, aplicable a las entidades, organismos y órganos de control del Distrito Capital.

La Secretaría General de la Alcaldía Mayor fue la encargada de la formulación, adopción, seguimiento y ejecución de políticas para el fortalecimiento de la gerencia jurídica del Distrito. Esto implicaba dos ejes fundamentales: la gestión judicial y la prevención del daño antijurídico, además de la actualización constante de la normatividad del distrito capital. En este sentido, las entidades y organismos distritales de todos los niveles y sectores, incluyendo empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales y mixtas, debían implementar y cumplir con estas políticas.

En su artículo tercero, el Decreto 781 de 2007 estableció varios objetivos para la gerencia jurídica. Entre estos, destacan la defensa de los intereses de Bogotá Distrito Capital mediante la atención de situaciones litigiosas, la promoción de esquemas normativos para efectivizar los derechos particulares y colectivos, la protección de las poblaciones vulnerables a través de acciones afirmativas, el mejoramiento del sistema de información jurídica del distrito capital, la realización de estudios jurídicos sobre temas de impacto y recurrencia en lo judicial, y la minimización de riesgos en la gestión administrativa para prevenir el daño antijurídico, tal como se establecía en la circular 26 del 2007 de la Secretaría General de la Alcaldía mayor de Bogotá.

El Decreto 781 estableció entonces, importantes directrices para la gestión jurídica, designando responsables de emitir conceptos jurídicos en las entidades y organismos distritales. Además, se destacó la obligatoriedad de establecer políticas de defensa judicial. Integralmente, se introdujo la participación de la academia en la gestión jurídica. Proporcionó criterios como la coordinación y participación de las oficinas jurídicas del distrito ya que anteriormente, cada entidad jurídica del distrito operaba de manera aislada, lo que generaba inconsistencias en la gestión y perjudicaba de muchas maneras al Distrito Capital.

El Decreto también estableció la creación de un canal de comunicación con las instancias del gobierno nacional, en procura de una colaboración armoniosa entre las entidades territoriales y en sí del beneficio de la ciudadanía. Dentro de la cual se consideran con especial importancia, la emisión de conceptos jurídicos que fue identificada como una función crucial, ya que a menudo surgen situaciones caóticas sin precedentes y se necesita claridad para resolverlas.

En ese sentido se presentaron lineamientos para sustentar las posiciones jurídicas resultantes de controversias y se permitió a los ciudadanos realizar consultas jurídicas a la Alcaldía Mayor de Bogotá. El manual estableció la creación del Comité Jurídico Distrital, compuesto por individuos con habilidades no solo administrativas, sino jurídicas, lo que permitió una resolución más rápida y efectiva de los problemas.

Paralelamente y con gran pertinencia se creó un sistema de articulación entre las entidades distritales que incluía la coordinación de un sistema de información jurídica distrital. Esto resultó en un avance significativo en la disponibilidad de información, con la creación, algunos años después, de una Dirección Jurídica Distrital y una Subdirección de Gestión Judicial encargada de la coordinación interinstitucional y general de todos los procesos judiciales.

Este marco permitió la implementación del Sistema Distrital conforme al Iberoamericano de Defensa de los Intereses del Estado y la actualización y seguimiento de los procedimientos e información. En resumen, este nuevo sistema de gestión jurídica permitió la actualización constante de procesos y la implementación de correctivos necesarios para mejorar la gestión jurídica. Uno de los aspectos destacados fue la prioridad otorgada al desarrollo y adopción de métodos alternativos de resolución de conflictos, especialmente la conciliación.

En lugar de simplemente defenderse contra las demandas, como se hacía tradicionalmente, se promovió la prevención de daños antijurídicos y la búsqueda de acuerdos o mediación con los ciudadanos, contratistas e incluso entre entidades. Sin embargo, hubo cierta resistencia de los funcionarios debido al miedo a las implicaciones y potenciales perjuicios para el Distrito y especialmente para ellos en un escenario desconocido y sin muchas garantías. No obstante, a pesar de las dificultades de su implementación, es plausible tener un sistema que utiliza la conciliación para reducir la litigiosidad.

Continuando con el desarrollo de un sistema de gestión jurídica pública, es importante reconocer la promulgación del Decreto 654 de 2011 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, que adoptó un modelo renovado de gestión para las entidades y organismos de control del Distrito Capital. Este modelo, entendido como un sistema que gestiona, orienta y controla el ámbito jurídico, buscaba resolver todas las problemáticas y discusiones jurídicas en el distrito.

El modelo estableció como ejes esenciales la prevención del daño antijurídico desde una doble perspectiva: una interna que busca mejorar la eficiencia de las actividades administrativas y otra que se enfoca en garantizar el cumplimiento de la legislación aplicable. En resumen, se podría entender como una especie de “*Compliance* jurídico”. Además, se subrayó la importancia de la defensa judicial y la necesidad de estructurar estrategias unificadas e interinstitucionales para defender los intereses del Distrito.

También se buscaba mejorar el seguimiento de los procesos judiciales y generar estadísticas confiables para guiar la gestión jurídica. En todo caso,

el modelo establecido en 2011 mantenía los mismos objetivos que el Decreto 781 de 2007 que básicamente era el de defender los intereses de Bogotá, fomentar esquemas normativos para proteger los derechos ciudadanos, priorizar acciones afirmativas para poblaciones vulnerables, promover la mejora y posicionamiento de la información jurídica en la capital, e involucrar a la academia para impulsar cambios en la sociedad.

Además, como aspecto medular, se pretendía reducir el daño antijurídico, establecer estrategias a medio y largo plazo y optimizar todos los procesos administrativos. Esto implicaba optimizar los recursos de infraestructura previamente desaprovechados para salvaguardar los recursos del Distrito y mejorar la eficiencia administrativa. Este enfoque permitió una mejor gestión de los recursos y una mayor capacidad de respuesta jurídica de la administración.

Este proceso, además, implicó la asignación de competencias, especialmente a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, que fue designada para coordinar todo el sistema jurídico del Distrito Capital. Además, se crearon por primera vez, comités de conciliación en la Secretaría General para implementar métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito jurídico. Es fundamental mencionar la necesidad de mantener actualizado el sistema de información.

Un aspecto clave del Decreto 654 del 2011 fue la creación de cursos para explicar el modelo de gestión jurídica implementado por el Distrito Capital. Estos cursos estaban dirigidos a los abogados, con el fin de actualizar sus conocimientos y mejorar la capacidad de resolver litigios. Con esto, se ha logrado consolidar la calidad en la resolución de conflictos del Distrito Capital, convirtiéndose en un referente a nivel nacional. Lo que terminó promoviendo la formación continua de los abogados para fortalecer su capacidad de análisis, resolver de manera estructurada los conflictos y anticiparse a posibles riesgos jurídicos futuros. Esto resultó en la creación de un grupo de profesionales altamente comprometidos y capacitados para resolver eficientemente los conflictos jurídicos.

El Decreto también asignó responsabilidades importantes al Distrito para empoderar sus procesos y defender los intereses de la capital. Esto no solo se refiere a la legalidad de las decisiones, sino también a la defensa de las políticas públicas que orientan la gestión del Distrito Capital. Se estableció un capítulo sobre la publicación y expedición de actos administrativos en el Distrito Capital, buscando fortalecer los procesos de racionalización normativa para evitar una sobrecarga de normas y prevenir confusión. Esto también garantiza la existencia de excepciones, regímenes de transición y erogaciones de manera argumentada, sin que conlleve daño antijurídico.

En ese sentido en el año 2011, se establecieron objetivos que impulsan la profesionalización, especialización, sistematización, planificación y coordinación de la selección jurídica pública. Estos objetivos incluyen la defensa del patrimonio público, el respeto a la legalidad de la administración, la

implementación de las estrategias, programas y metas del plan de desarrollo, y el fortalecimiento del poder distrital. Así las cosas, este Decreto es una parte integral del *Compliance* implementado en la actual administración de Bogotá del año 2020 al 2023.

Posteriormente el Acuerdo 638 de 2016 del Concejo de Bogotá estableció la creación del sector administrativo de gestión jurídica de la Secretaría Jurídica Distrital. En su primer artículo, se estableció la creación de una dependencia de la Alcaldía Mayor de Bogotá encargada de todas las gestiones jurídicas, lo que derivó en la creación de la Secretaría Jurídica Distrital. Esta entidad, dotada de autonomía administrativa, asumió la responsabilidad de formular, adoptar, ejecutar, liderar, dirigir, coordinar, orientar y evaluar las políticas de gerencia jurídica y de prevención del daño antijurídico para la defensa de los intereses del Distrito Capital.

Como ente rector en asuntos jurídicos del distrito, esta secretaría tiene la tarea de formular, orientar y coordinar la gerencia jurídica del distrito capital, y de definir y coordinar las políticas en materia de contratación estatal, gestión judicial y prevención del daño antijurídico. Básicamente, se creó un cuerpo especializado de abogados encargado de analizar, interpretar, unificar y consolidar criterios jurídicos para orientar y gobernar las oficinas legales del distrito capital. De esta manera, se establece una uniformidad de criterios y se asigna un responsable para resolver los conflictos entre las diferentes instancias del distrito capital.

Así, estos avances en la gestión jurídica designan a un responsable que no solo se encargará de litigar, sino que también se enfocará en prevenir y resolver de manera rápida y eficiente todos los conflictos que puedan surgir en el desarrollo de la función pública de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Este cambio, en términos generales buscaba prevenir el daño y resolver cualquier conflicto de manera eficiente. Por lo que el establecimiento de la Secretaría Jurídica Distrital, bajo el Acuerdo 638 de 2016, marca un hito importante en la gestión jurídica del Distrito de Bogotá. Esta Secretaría nace como una dependencia de la Alcaldía Mayor de Bogotá, encargada de coordinar, orientar y supervisar las políticas jurídicas del distrito.

La Secretaría Jurídica Distrital, como se advirtió, tiene la autonomía administrativa para supervisar todos los asuntos jurídicos del distrito. Este organismo se encarga de formular y coordinar las políticas de contratación estatal, gestión judicial y prevención de daño antijurídico. Para ello, se conformó un equipo especializado de abogados para analizar, interpretar, unificar y consolidar criterios jurídicos que gobiernan las oficinas legales del distrito. Además de litigar, la Secretaría tiene la responsabilidad de prevenir y resolver conflictos de manera rápida y eficiente que puedan surgir en el desarrollo de la función pública de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Esta instancia también se encarga de establecer la uniformidad de criterios y resolver conflictos entre las diferentes instancias del distrito.

Con relación a los recursos, uno de los objetivos de la Secretaría Jurídica es evitar daños sistémicos y estructurales. Para lograr esto, se realiza un ejercicio de optimización de todos los procesos administrativos, lo cual permite un mejor cálculo y aprovechamiento de los recursos del distrito. En esta lógica y como se dijo, desde el Decreto 654 de 2011, se establecieron cursos para mantener al cuerpo de abogados del distrito actualizado sobre el modelo de gestión jurídica implementado. Estos cursos buscan fortalecer la capacidad de análisis de los abogados para prevenir y resolver conflictos de manera efectiva, se crearon comités de conciliación y se implementaron métodos alternativos de solución de conflictos. Esto ha permitido una mejora en la resolución de conflictos del distrito y ha convertido a Bogotá en un referente a nivel nacional en estos temas.

Finalmente, el modelo de gestión jurídica pública, adoptado mediante el Decreto 430 de 2018, establece un sistema integral para la gestión jurídica en el distrito de Bogotá. Su objetivo es alcanzar altos estándares de eficiencia jurídica para facilitar la toma de decisiones, proteger los intereses del distrito y prevenir el daño antijurídico. Este modelo está compuesto por varios componentes, incluyendo la asesoría jurídica, producción normativa, defensa judicial y contratación pública. Cada uno de estos componentes juega un papel crucial en la función de la Secretaría Jurídica Distrital, que se encarga de la coordinación y supervisión de estos componentes.

De tal manera que la Secretaría Jurídica Distrital y el modelo de gestión jurídica pública juegan un papel crucial en el entendimiento del derecho a nivel de Bogotá. Con la formación no solo de la Secretaría Jurídica Distrital, sino también del modelo de gestión jurídica pública, se han implementado mecanismos idóneos para impulsar el modelo de gestión pública distrital, entre las entidades con mayores índices de gestión positiva, como lo determina el observatorio creado para tal fin.

Este marco incorpora la asesoría jurídica, vital para las diferentes oficinas del distrito, dada la constante evolución de la sociedad y la aparición de situaciones sin precedentes en la jurisprudencia, como la pandemia. La expedición de diversos instrumentos jurídicos fue necesaria para responder a esta situación excepcional. La Secretaría Jurídica Distrital lidera este proceso, pero también se beneficia del *feedback* de todas las entidades descentralizadas o adscritas al sector coordinativo.

Otro componente importante es la producción normativa, que incluye la preparación, proyección y suscripción de documentos y actos administrativos emitidos por las entidades y organismos distritales para cumplir sus fines esenciales. Esta producción normativa se rige por la política de gobernanza regulatoria, establecida en el Decreto distrital 74 de 2022. Esta producción normativa debe ser coherente, efectiva y eficiente dentro del marco legal distrital, y alineada con los principios constitucionales y los derechos humanos internacionales.

El modelo de gestión jurídica establece la manera en que se pueden garantizar la calidad, coherencia y armonía de los actos administrativos con todas las instancias del distrito capital y con todas las regulaciones nacionales e internacionales. El decreto también define términos como “decreto”, “resolución”, y explica cómo se realizan las publicaciones, comunicaciones y notificaciones, en línea con el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso.

En el ámbito de la defensa judicial, el sistema de gestión jurídica pública ha logrado una tasa de éxito del 90% en la defensa del estado, previniendo daños antijurídicos y permitiendo el uso de esos recursos económicos en proyectos de alta relevancia social. La contratación pública es otro aspecto vital del sistema de gestión jurídica, y se han establecido parámetros de buenas prácticas en esta área, así como roles y responsabilidades en el proceso de contratación.

La función disciplinaria también es crucial, garantizando que los funcionarios del distrito sigan no solo el ordenamiento jurídico, sino también los valores que refuerzan la protección de lo público, como la moralidad, la prudencia y la economía en el gasto. La Secretaría Jurídica Distrital también supervisa y controla a las entidades sin ánimo de lucro (ESAL), asegurando que administren su patrimonio de acuerdo con la ley, y que los ingresos se utilicen para fines sociales, cumpliendo con sus obligaciones legales y estatutarias. Finalmente, se destacan componentes transversales como la formación y fortalecimiento de las competencias jurídicas, la coordinación jurídica y la consolidación de un sistema jurídico respaldado por tecnologías de la información y la comunicación.

Dentro del contexto del Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas del Distrito Capital 2020 – 2024 titulado “Un Nuevo Contrato Social y Ambiental para la Bogotá del siglo XXI”, y específicamente en relación con la meta No. 501, que busca poner en marcha un plan de reconocimientos por contribuciones significativas a la gestión jurídica distrital y a la lucha contra la corrupción, la Secretaría Jurídica Distrital promueve el trabajo realizado por entidades, organismos distritales, abogados, colaboradores e investigadores que se hayan destacado por proponer y ejecutar iniciativas dirigidas a mejorar la gestión jurídica en la administración distrital, en línea con el Modelo de Gestión Jurídica Pública (Decreto Distrital 430 de 2018).

En la página oficial de la Secretaría jurídica Distrital (www.secretariajuridica.gov.co), por ejemplo, se proporciona una amplia variedad de información relacionada con la entidad y su Modelo de Gestión Jurídica Pública. Los detalles específicos del modelo, así como los instrumentos de gestión, reconocimientos otorgados y mejores prácticas, pueden encontrarse allí. También incluye un curso específico sobre este modelo de gestión, que fue establecido por el Decreto 430 del 2018.

Los boletines publicados en el sitio web detallan la implementación del modelo. Se puede explorar desde el boletín número 01 hasta el 45, donde se pueden encontrar diversos temas y actualizaciones relacionadas con

este modelo. Por ejemplo, el primer boletín informa sobre la capacitación y evaluación de las primeras dos fases, en las cuales más de 1,600 abogados fueron capacitados. Destaca que el 100% de 50 abogados aprobaron el curso virtual correspondiente a las fases 3 y 4.

El sitio también proporciona estadísticas sobre la implementación del modelo, como que el 38% han adoptado la herramienta de autodiagnóstico, el 13% han utilizado los instrumentos y el 33% han puesto en marcha el plan de acción recomendado. Se mencionan también avances en la implementación de políticas y la creación de instrumentos de gestión. Uno de los logros destacables es el desarrollo de cinco herramientas de gestión que también se encuentran en la página de la Secretaría Jurídica Distrital. Además, el sitio destaca 14 mejores prácticas implementadas por diversas entidades inscritas.

En el boletín número 25 se discuten los esfuerzos para fortalecer la gestión jurídica. Entre las actividades descritas se encuentra la creación de un programa de orientación jurídica enfocado en la inclusión de personas del sector LGBT y personas sin hogar. También se destaca la emisión de una directiva para proteger los derechos de las personas transgénero en el área de gestión de talento humano. Además, se menciona una sentencia unificada que establece los límites de interpretación y las reglas que se aplican a la jurisdicción contenciosa administrativa. Se refiere específicamente a las competencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Otros temas incluyen la creación de una política de defensa jurídica, la implementación de un lenguaje claro para servidores públicos y el desarrollo de un curso de fortalecimiento de competencias. También se hace alusión al lanzamiento de un diplomado sobre gestión jurídica anticorrupción ofrecido por la Universidad Nacional Abierta y a Distancia. En el boletín número 45 se aborda la emisión de conceptos y unificación de criterios jurídicos, entre otros temas. En particular, se menciona el Decreto Distrital 27423, que modificó el artículo 13 del Decreto Distrital 430 de 1018. Esto tiene que ver con la adopción del modelo de seguridad pública.

En esa lógica, la página oficial de la Secretaría jurídica distrital proporciona una amplia gama de información útil y actualizaciones regulares sobre el Modelo de Gestión Jurídica Pública. Esta información se actualiza y se mejora constantemente para servir mejor a sus usuarios y promover una gestión. De igual forma, en la página web, se exhiben con detalle los aspectos relevantes del modelo de gestión jurídica pública. Desde el comienzo, se presentan todos los datos pertinentes de la entidad, noticias actualizadas, agenda de eventos, transparencia e información pública accesible. Además, se destaca *Legalbog*, un desarrollo de *LegalTech* que permite al ciudadano aproximarse a los contenidos jurídicos de la Secretaría Jurídica Distrital.

La página web también cumple con la ley de transparencia al proporcionar información detallada sobre normatividad, contratación, presupuesto, informes, trámites, participación ciudadana y datos abiertos. Adicionalmente, se exponen obligaciones de reporte y datos tributarios. En cooperación con el

gobierno nacional, se gestionan otros intereses como el Concejo de Bogotá, entre otros. En la sección de Régimen Legal, se conservan proyectos de actos administrativos y documentos jurídicos relevantes. Asimismo, se muestra una biblioteca virtual para que los ciudadanos se inscriban y consulten información relevante. Esta sección abarca también el sistema distrital de quejas y soluciones y todo lo concerniente a normatividad, doctrina y jurisprudencia.

Entre las noticias destacadas, se resaltan lanzamientos de la jornada de gestión jurídica pública, defensa del patrimonio y el galardón obtenido por la Secretaría Jurídica, el cual recibió mención de honor en el Premio *América Compliance*. Este reconocimiento se otorgó gracias al Decreto distrital 610 de 2022, que implementó el modelo de gestión jurídica pública para cumplir las metas del plan de desarrollo, especificado en el artículo 131, lo que permitió destacar la labor jurídica en la lucha contra la corrupción.

Este premio, válida a las organizaciones que se distinguen por su excelencia en el cumplimiento de normativas y regulaciones, fomentando una cultura empresarial de integridad y ética. Otros postuladores al premio incluyen entidades como la Gobernación de Antioquia, el Cuerpo Oficial de Bomberos, el Instituto de Desarrollo Urbano, la empresa Metro Línea 1 Bogotá, la Institución Universitaria Digital de Antioquia y la empresa Vanti.

En ese sentido y contando con la experiencia de los últimos 3 años en la implementación de la teoría del *Compliance* en la Secretaría Jurídica Distrital, se proporciona una oportunidad para contrastar la teoría con la práctica y analizar cómo se puede optimizar la gestión en el ámbito público, especialmente en lo jurídico. Sin embargo, no se puede decir que se han identificado otros riesgos que podrían ser gestionados a través de un plan de cumplimiento normativo, y plantear estos objetivos a partir del riesgo encontrado (la optimización de los procesos, la reducción de la litigiosidad, la disminución y erradicación del riesgo antijurídico).

Al respecto, en este contexto se consolidaron unos pilares fundamentales establecidos por la actual administración desde la Secretaría Jurídica que desde su misionalidad tuvo a bien establecer como metas en su gestión; la optimización de los procesos, la reducción de la litigiosidad, la disminución y erradicación del riesgo antijurídico, la promoción de métodos alternativos de solución de conflictos, el fortalecimiento de la defensa del Distrito y la eficiencia en la administración de los recursos públicos.

De tal suerte que se parte desde el objetivo de esa optimización de los procesos por la Secretaría Jurídica Distrital, la cual inició con una revisión exhaustiva de sus procesos internos para identificar posibles procesos ineficientes y a partir de ellos formuló propuestas aplicadas en sus procesos cotidianos para desarrollar soluciones que agilizaron y mejoraron la toma de decisiones legales en el Distrito las cuales se convirtieron en directrices para todas las oficinas jurídicas de la ciudad y que en medio de la coyuntura generada por la pandemia implicó la implementación de tecnologías de la información y la comunicación, como sistemas de gestión documental y automatización de procesos, para agilizar los trámites administrativos y reducir la burocracia.

La reducción de la litigiosidad es otro objetivo importante. La Secretaría Jurídica Distrital implementó estrategias para prevenir conflictos legales innecesarios, como la promoción de métodos de resolución alternativa de disputas, tales como la mediación, conciliación y/o el arbitraje, antes de recurrir a los tribunales. Además, se establecieron mecanismos de revisión y seguimiento de los casos litigiosos, con el fin de identificar patrones recurrentes y adoptar medidas preventivas para evitar futuros litigios.

La promoción de métodos alternativos de solución de conflictos precisamente puede ayudar a descongestionar los tribunales y ahorrar recursos públicos. En ese sentido la Secretaría Jurídica Distrital tomó las acciones de mejora respectivas frente a este riesgo de alta litigiosidad e incentivó la utilización de estos métodos, facilitando su acceso y ofreciendo apoyo a las partes involucradas. Esto permite una resolución más rápida y eficiente de los conflictos, al tiempo que fomenta la colaboración y el diálogo entre las partes.

Con el Propósito de crear un modelo de *Compliance* en el sector público, teniendo como punto de partida lo desarrollado por los privados, no basta con la creación de normas, sino la creación de mecanismos que permitan aplicar en debida forma el sistema normativo preexistente y además “*desarrollar un modelo de integridad, transparencia y buena gobernanza*” (ASCOM, 2019).

El Modelo de Gestión Jurídica Anticorrupción MGJA creado por el Distrito capital como un instrumento para prevenir la corrupción en materia penal, administrativa y disciplinaria a través de la construcción de planes de cumplimiento normativo y de la adopción de otras medidas¹.

También la disminución y erradicación del daño antijurídico se constituyó como un aspecto fundamental para inspirar el modelo de *Compliance* construido por la Secretaría Jurídica Distrital, la cual se llevó a cabo mediante una evaluación exhaustiva de los riesgos legales a los que se enfrenta y establecido medidas preventivas para mitigarlos, lo que implicó la inclusión de la implementación de políticas claras, capacitación constante del personal en aspectos legales relevantes y la promoción de una cultura organizacional basada en la legalidad y la ética.

Finalmente, todo confluye hacia el fortalecimiento de la defensa del Distrito, lo que implica garantizar que los intereses y derechos del gobierno local estén protegidos. La Secretaría Jurídica Distrital adoptó medidas para mejorar la calidad de su asesoramiento legal, asegurándose de contar con expertos en diversas áreas jurídicas y promoviendo la capacitación y actualización continua del personal. Además, se establecieron mecanismos de coordinación y colaboración con otras entidades del gobierno local para garantizar una defensa sólida y coherente en casos legales de relevancia para el Distrito.

Desde la perspectiva del *Compliance* los entes territoriales, podrían realizar un análisis de las decisiones jurídicas que más generan erogaciones

1 Decreto Distrital 610 de 2022

presupuestales, por ejemplo, cuando se decide no conciliar en una etapa temprana, analizando las características comunes en esos procesos y las decisiones o pautas dadas en la jurisprudencia, traduciendo esto en alertas, que podrían determinar cómo gestionar ese riesgo, y la probabilidad de ocurrencia. De tal forma que se puedan tomar decisiones más objetivas y prontas minimizando el daño antijurídico.

Así mismo la Secretaría Jurídica Distrital introdujo en el Sistema de Información de Procesos Judiciales de Bogotá D.C. un Banco Virtual de Políticas de Conciliación y Políticas de Prevención del Daño Antijurídico de las Entidades y Organismos distritales, con el propósito de facilitar la consulta, divulgación de directrices y normatividad en estas materias, de forma que cualquier entidad del distrito pudiese utilizarla como herramientas para disminuir la litigiosidad².

En tal sentido la Asociación Española de *Compliance* ha señalado respecto a las funciones del *Compliance* que *"Esto implica que deben establecerse mecanismos que garanticen un adecuado proceso de toma de decisiones que tenga en cuenta, además del posible impacto financiero negativo de una mala gestión pública, un poderoso componente ético encaminado a orientar en la toma de decisiones prudentes y justas para llevar a cabo los fines propios del sector público. Además, debe existir un régimen claro y transparente de asunción de responsabilidades y rendición de cuentas. En definitiva, debe sustentarse en un modelo de "buena gobernanza (ASCOM, 2019)"*

Todo ello consecuentemente conduce a una mayor eficiencia en la administración y en la reducción en el gasto de los recursos públicos, en este contexto la Secretaría Jurídica Distrital implementó medidas para garantizar el uso óptimo de los recursos financieros, humanos y tecnológicos, evitando el derroche y la duplicidad de esfuerzos³. Esto incluyó la implementación de sistemas de control y seguimiento del gasto, la adopción de buenas prácticas en contratación pública y la búsqueda de sinergias y colaboraciones interinstitucionales para maximizar el impacto de los recursos disponibles.

De tal suerte que contrastar la teoría del *Compliance* con la experiencia surtida en la Secretaría Jurídica Distrital permite visualizar cómo se puede optimizar la gestión en lo público, poniendo un énfasis preciso en aspectos jurídicos. Mediante la implementación de los pilares mencionados, se promueve la eficiencia, la transparencia y el cumplimiento normativo en la administración pública, fortaleciendo la defensa del Distrito y brindando un servicio más efectivo a la ciudadanía. Es importante destacar que este análisis se basa en la experiencia real de la Secretaría Jurídica Distrital durante la actual administración.

2 Circular 062 de la Secretaría Jurídica Distrital – Subsecretaría Jurídica Distrital Ver en: <https://sisjur.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=132000&dt=S>

3 Decreto 073 de 2023 "Por medio del cual se establecen directrices y lineamientos dirigidos a los Comités de Conciliación en el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones". Ver en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=136557>

Asunto que no es de exclusiva preocupación del Distrito, pues Colombia enfrenta diversos desafíos en materia de gestión pública. En este apartado, se examinan los indicadores clave de la gestión pública en el país, evaluando su situación actual y destacando los aspectos que requieren atención para lograr una administración eficiente, transparente y orientada al bienestar de los ciudadanos.

Pues bien, el primero de ellos es la transparencia en la gestión pública es un indicador esencial para evaluar la calidad de la administración en Colombia. Si bien se han realizado esfuerzos significativos para promover la transparencia, el país aún enfrenta desafíos en términos de corrupción. Se requiere una mayor implementación de políticas y mecanismos que fortalezcan la rendición de cuentas, la divulgación de información y la sanción efectiva de actos de corrupción.

Sí se realiza una reflexión del valor agregado que puede traer los sistemas de cumplimiento normativo frente a la lucha de fenómenos contra la corrupción, tenemos que sí bien se han efectuado esfuerzos internacionales y nacionales para atacar este flagelo los mismos no han sido suficientes. Al respecto la OCDE ha manifestado *"Los enfoques tradicionales, basados en creación de un mayor número de normas, observancia más estricta y cumplimiento más firme, han mostrado una eficacia limitada. Una respuesta estratégica y sostenible contra la corrupción es la integridad pública"* (OCDE, 2019) (pág. 16).

Es decir, que los sistemas de cumplimiento que buscan fomentar la integridad pública y no solo sancionar actuaciones desde la perspectiva penal, disciplinaria o administrativa, sino también evitarlas con el fortalecimiento de la ética pública y de realizar el control adecuado de comportamientos que se encuentran por fuera de la ética establecida por la entidad, pueden considerarse más razonables y determinantes para prevenir la realización de conductas asociadas con la corrupción.

De otro lado, la participación ciudadana es un indicador fundamental para una gestión pública inclusiva y democrática. En Colombia, se han establecido mecanismos como los presupuestos participativos y los consejos de participación ciudadana. Sin embargo, aún existen barreras para una participación efectiva, como la falta de acceso a la información, la desconfianza en las instituciones y la limitada capacidad de incidencia de la sociedad civil.

También la eficiencia en la prestación de servicios públicos es otro indicador relevante. Si bien se han logrado avances en áreas como salud, educación y transporte, persisten desafíos en términos de acceso equitativo, calidad y cobertura. Se requiere una mayor inversión en infraestructura y una gestión eficiente de los recursos para garantizar servicios públicos de calidad para todos los ciudadanos.

Por otro lado, la descentralización es un indicador clave de una gestión pública efectiva y cercana a las necesidades de las comunidades locales. En Colombia, existen avances en términos de transferencia de competencias a nivel

territorial, pero se requiere fortalecer la capacidad de los gobiernos locales para una gestión eficiente y transparente. Asimismo, se necesita mejorar la coordinación entre los diferentes niveles de gobierno y promover una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones.

Finalmente, otro indicador es el enfoque que se tiene sobre el desarrollo sostenible por lo que se ha vuelto fundamental en la gestión pública. Colombia enfrenta desafíos ambientales significativos, como la protección de los recursos naturales y la mitigación del cambio climático. Se requiere una gestión pública que promueva la sostenibilidad, incorpore criterios ambientales en las políticas y programas, y fomente la participación de los actores involucrados en la conservación y uso responsable de los recursos.

En suma, es claro que los indicadores de gestión pública en el Distrito Capital reflejan tanto avances como desafíos. Si bien se han implementado medidas para promover la transparencia, la participación ciudadana y la eficiencia en la prestación de servicios, es necesario redoblar los esfuerzos para lograr una gestión pública de calidad y orientada al bienestar de los ciudadanos.

Para ello, se requiere fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas y la lucha contra la corrupción, promover una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones, mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos y fomentar la coordinación y cooperación entre los diferentes niveles de gobierno. Asimismo, es crucial incorporar el enfoque de desarrollo sostenible en la gestión pública, adoptando políticas y programas que promuevan la protección del medio ambiente y el uso responsable de los recursos naturales.

Adicionalmente, es necesario desarrollar un verdadero sistema de integridad en donde los directivos además de dar ejemplo de integridad por medio de sus actuaciones diarias, también desarrollen marcos legales e institucionales con unos cimientos claros en esta materia, implementar responsabilidades definidas frente a la identificación y gestión de riesgos, diseñar una estrategia con indicadores, objetivos y prioridades; Y finalmente construir políticas y normas inspiradas en los valores públicos con una difusión eficaz (OCDE, 2019).

Además, es necesario destinar recursos adecuados y fortalecer las capacidades institucionales para lograr una implementación efectiva de las políticas y programas de gestión pública. La formación y capacitación continua de los funcionarios públicos en temas de gestión, transparencia, ética y eficiencia, es fundamental para mejorar la calidad de la administración pública en Colombia.

Es claro entonces que, si bien existen desafíos en la gestión pública en Colombia, los indicadores ofrecen una base para identificar áreas de mejora y trabajar en soluciones efectivas. Es fundamental promover una gestión pública eficiente, transparente y participativa, orientada al bienestar de los ciudadanos y al logro de un desarrollo sostenible. Con esfuerzos continuos y una voluntad política sólida, se puede avanzar hacia una gestión pública más efectiva y de calidad en beneficio de todos los colombianos.

Referencias bibliográficas

- Asociación Española de *Compliance* ASCOM. (2019). *Compliance* en el sector público. P. 8. 6.
- Esquivel, S. (2018). *Ética pública y Compliance del sector público. La buena administración y la ética*.
- González, M. (2022). La importancia del *Compliance* en la gestión pública: Promoviendo la confianza ciudadana y garantizando la eficacia administrativa. *Revista de Derecho Público*, 55(1), 123-140.
- Gómez-Pinzón, M. (2018). *Compliance* y lucha contra la corrupción: Una guía para la empresa. Legal Publishing.
- Johnson, R. J. (2018). The Code of Hammurabi: Ethics and Rules of Conduct for Rulers in Ancient Mesopotamia. *Journal of Ancient Legal Studies*, 15(2), 87-104.
- López, E. (2020). El impacto de la digitalización en el desarrollo del *Compliance* en la gestión pública. *Revista de Administración Pública*, 42(3), 145-162.
- Martínez, A. (2019). La adopción de programas de *Compliance* en el sector financiero: una respuesta a la crisis financiera de 2008. *Revista de Derecho Financiero y Bancario*, 45(3), 112-128.
- Mauro, P. (1998). Corruption and the composition of government expenditure. *Journal of Public Economics*, 69(2), 263-279.
- OCDE, (2019). Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad. *OCDE ORG.* 3 (1).
- Palacio, A., y Pachón, M. (2019). La gestión del riesgo en la Administración Pública Colombiana. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 85-106.
- Pardo, O. (2017). *Comentarios a la gestión pública en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario.
- Peláez, C. (2016). *Compliance* en la administración pública: análisis crítico desde la perspectiva del Estado. *Revista IUS*, 10(36), 203-229.
- Pinzón, J. (2016). *Compliance* en la Administración Pública: alcance y retos. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, 3(1), 125-143.
- Robayo, C. A., y Ríos, M. E. (2019). *Compliance* en la gestión pública y lucha contra la corrupción: una propuesta de enfoque para el Estado colombiano. En A. Franco (Ed.), *La lucha contra la corrupción en Colombia* (pp. 261-278). Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez, I. (2016). *Compliance* en el sector público: la necesidad de una gestión transparente y responsable. *Revista de Derecho Público*, (45), 299-322.
- Sanclemente-Arciniegas, J. (2020). *Compliance*, empresas y corrupción: una mirada internacional. *Derecho PUCP*, (85), 9-40.

- Serrano, M. J., y Espinosa, M. (2018). *Compliance* en el sector público colombiano: ¿realidad o utopía? *Revista Legis de Contabilidad & Auditoría*, 11(1), 69-94.
- Zavala, C., y Carreño, F. (2018). *Compliance* y gestión del riesgo: Perspectivas y desafíos para la empresa actual. *Revista Internacional Legis de Compliance y Responsabilidad Social Empresarial*, 5(2), 15-31.

CAPÍTULO 6

Programas de transparencia y ética pública: implementación e integración operativa

Jorge Andrés Amezquita Toro

Resumen

La Ley 2195 de 2022 constituye una de las últimas apuestas político-criminales para el control de la corrupción en el ámbito de la Administración pública. Entre otros múltiples aspectos que regula la norma, la reformulación de los Planes Anticorrupción y de Atención al Ciudadano desarrollados por la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) bajo el nuevo *nomen* de Programas de Transparencia y Ética Pública, se postulan como una de las medidas destinadas a obtener mejores rendimientos en el control de la corrupción que azota la función administrativa. Aunque más importante que esta novel nominación o los nuevos elementos que integra la norma, es todo el contexto positivo para su implementación efectiva que se viene generando bajo las orientaciones, principios y metodologías afiliadas al *Compliance* (público, en este caso). El presente trabajo tiene por objeto demostrar que el *Compliance* constituye un importante revulsivo para el aseguramiento del principio de moralidad y el cumplimiento normativo que irriga la función administrativa. Además, se describirá cómo la normativa vigente posibilita lograr un “*Public Compliance*” efectivo bajo los Programas de Transparencia y Ética Pública.

Palabras clave: cumplimiento, ética, gestión de riesgos, riesgo penal.

Summary

Law 2195 of 2022 constitutes one of the last political-criminal bets for the control of corruption in the field of public administration. Among many other aspects regulated by the norm, the reformulation of the Anti-Corruption and Citizen Assistance Plans developed by Law 7474 of 2011 (Anti-Corruption Statute) under the new name of Transparency and Public Ethics Programs, are postulated as one of the measures aimed at obtaining better returns in

the control of corruption that plagues the administrative function. Although more important than this novel nomination or the new elements that integrate the standard, it is all the positive context for its effective implementation that has been generated under the guidelines, principles and methodologies affiliated with *Compliance* (public, in this case). The purpose of this work is to demonstrate that *Compliance* constitutes an important revulsive for the assurance of the principle of morality and regulatory *Compliance* that irrigates the administrative function. In addition, it will be described how the current regulations make it possible to achieve an effective “Public *Compliance*” under the Transparency and Public Ethics Programs.

Keywords: *Compliance*, ethics, risk management, criminal risk.

1. Introducción

El *Compliance* en el ámbito de la Administración pública no es un fenómeno nuevo en los planos internacional y nacional. En el contexto internacional, el denominado “Public *Compliance*” avanza paralelamente con el *Compliance* aplicado por las empresas¹. En el contexto nacional, por su lado, sus bases podrían anclarse a la misma Constitución Política de 1991 y a un amplio marco legislativo y reglamentario derivado de tales bases normativas. Lo que sí resulta nuevo, sin embargo, es toda la renovación conceptual y la fuerza comunicativa que le otorga la profusión actual de esta figura a tal normativa. Los Programas de Transparencia y Ética Pública establecidos por la Ley 2195 de 2022 (en adelante, PTEP)², por las razones que se expresarán en el presente trabajo, constituyen unos de los instrumentos más importante para

1 Frente al *Compliance* público y las estrategias anticorrupción que pueden desplegarse a partir de tal figura en el ámbito de la Administración pública, Nieto Martín, Adán. “De la ética al Public Compliance: Sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones públicas”, en Nieto Martín, Adán y Maroto Calatayud, Manuel. *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 17, señala: “En esencia esta estrategia, a la que denomino cumplimiento público, consiste en añadir a lo que desde los años 70 se conoce como ética pública, los contenidos del cumplimiento normativo desarrollado por las empresas. Como es conocido, en las dos últimas décadas la mayor parte de las grandes empresas han implantado un nuevo instrumento de gestión, los denominados programas de cumplimiento, cuyo objetivo es prevenir la realización de comportamientos ilícitos en la organización (Lascuraín, 2013; Sieber, 2013, Kühlen/Montiel/Ortiz de Urbina, 2013 y Silva Sánchez/Montaner Fernández, 2013). Con este fin se ha desarrollado toda una tecnología de dirección, que puede sin duda ser de aplicación a otro tipo de organizaciones, como son las administraciones públicas, con el fin de prevenir la corrupción de sus empleados y dirigentes”.

2 Así, el Artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 establece lo siguiente: “Artículo 31. Programas de transparencia y ética en el sector público. Modifíquese el Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedara así: Artículo 73. Cada entidad del orden nacional, departamental y municipal, cualquiera que sea su régimen de contratación, deberá implementar Programas de Transparencia y Ética Pública con el fin de promover la cultura de la legalidad e identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad...”. Congreso de la República de Colombia (enero 18, 2022). Ley 2195. “Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=175606>

el desarrollo del *Compliance* en el ámbito de la Administración pública en Colombia. Se verá que, más allá de la reformulación formal que efectúa de sus predecesores Planes Anticorrupción y de Atención al Ciudadano concebidos bajo la Ley 1474 de 2011 (en adelante, PAAC), los PTEP se orientan a la materialización del principio de moralidad que rige la función pública³.

2. El *Compliance* en el contexto de la Administración pública colombiana

Public Compliance alude al desarrollo de principios, políticas y buenas prácticas tendientes al aseguramiento de los principios que rigen la función administrativa y la conformidad funcionarial con todo el marco normativo que les cubre⁴. El principio de moralidad es quizá uno de los que mejor representa la lógica del *Compliance* en la función administrativa nacional. La misma Constitución Política de 1991 consagra en su artículo 209 dicho principio dentro de los pilares de la función administrativa. Recién nacida la Carta Magna, ya la Corte Constitucional avanzaba en algunos de sus pronunciamientos el concepto de moralidad administrativa, equiparándolo a una “absoluta pulcritud y honestidad” por parte de los responsables de regir ciertos intereses de la sociedad⁵.

Tanto los salientes PAAC previstos por la Ley 1474 de 2011 como los PTEP desarrollados por la Ley 2195 de 2022, a propósito de la anotada acepción de *Public Compliance*, tendrían como objetivo fundamental asegurar la perentoria pulcritud y honestidad funcionarial en el contexto de la función administrativa. Al respecto, podrá notarse que tanto una norma como la otra se orientan a la proscripción de la corrupción en distintos planos, entre

3 El Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia (1991) consagra el principio de “moralidad” como pilar esencial de la función administrativa. Con relación a la conexión de este principio con el control de la criminalidad en el marco de la función pública, refirió la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-709 de 1996 que: “*La lucha del Estado contra la impunidad de los hechos delictivos tiene una relevancia constitucional, porque se vincula con el principio de moralidad de la función pública que está consagrado en el artículo 209 de la Constitución*”.

4 Así, por ejemplo, señaló la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-427 de 1994 que: “(...) *la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la administración. Pero no sólo eso preceptúa la norma, sino también la obligación de la función pública de acordarse a “la moralidad”, concepto jurídico que aquí no responde a ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino, se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución*”.

5 Con relación a la conexión del principio de “moralidad” consagrado por la Constitución Política de Colombia (1991) con la “pulcritud” y “honestidad” que debe caracterizar al funcionario público, señaló la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-046 de 1994 lo siguiente: “*La gestión fiscal que cumplen los funcionarios del erario, comprendida en la órbita de la función administrativa, debe desarrollarse con fundamento en el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad*”.

estos, la Administración pública. La corrupción, precisamente, se opone a la prevalencia de tales valores en torno a la función administrativa⁶.

En tal sentido, la profusión del *Public Compliance* lo que permite es la aplicación eficaz de una serie de políticas que protegen la Administración pública de dicho carcinoma⁷. El fraude en materia contractual es uno de los riesgos que mejor permite representar la corrupción en el ámbito de la Administración pública en cualquiera de sus órdenes (nacional, departamental o municipal)⁸. En decir verdad, es este un problema común de las administraciones públicas a escala global⁹. La falta de pulcritud y honestidad de quienes personifican la función administrativa, precisamente, es la circunstancia que posibilita que la gestión de los recursos públicos se desvíe hacia intereses privativos.

Ante esta realidad organizativa, la gran cuestión que puede plantearse es qué puede aportar la actual profusión del *Compliance* en el ámbito de la Administración pública para incrementar el grado de materialidad de tales valores en este contexto corporativo y, con ello, asegurar los principios

6 Sobre la definición de corrupción, véase, por ejemplo, Rose-Ackerman, Susan. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias, y reforma* (Trad. Alfonso Colodrón Gómez). Madrid: Siglo Veintiuno Editores de España, 2001, p. 125: "(...) el uso incorrecto del poder público para obtener beneficios privados". Sobre los componentes estructurantes del concepto de corrupción, entre otros, véase, Malem Seña, Jorge F. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2000, pp. 23 y ss.; Malem Seña, Jorge F. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 32 y ss.; Villoria Mendieta, Manuel. *La corrupción política*. Madrid: Síntesis, 2006; Villoria Mendieta, Manuel. *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 25.

7 Con relación a la aplicación del *Compliance* en el ámbito de la Administración pública por la necesidad de recuperar el principio de "integridad" como mecanismo para asegurar el cumplimiento normativo, Campos Acuña, Ma Concepción. *Aplicación práctica del Compliance en la contratación pública*. Madrid: Aranzadi, 2019, p. 26, señala lo siguiente: "La necesidad de reforzar los estándares de integridad en la gestión pública y su vinculación al cumplimiento normativo surgen porque, tal y como señalaba el Informe Nolan en el Reino Unido, es necesario partir del planteamiento de que el incremento y la mejora de la regulación no constituyen per se un antídoto suficiente para la prevención de prácticas corruptas, sino que resulta necesario recurrir a otras herramientas".

8 Con respecto a la corrupción generada en torno a la contratación pública y la desviación criminal de altos funcionarios de la Administración pública, Rose-Ackerman, Susan. *La corrupción y los gobiernos...* Op. cit., p. 36, señala: "Los pagos corruptos para obtener grandes contratos y concesiones constituyen generalmente el coto de los grandes negocios y funcionarios de alto nivel". Citando el libro de la OCDE *"La integridad en la contratación pública"*, análoga conclusión refiere Gallego, C., Isabel. "La prevención de la corrupción en la contratación pública", en *Public Compliance...* Op. cit., p. 64: "La actividad de los gobiernos más vulnerable a la corrupción es la contratación pública". Desde una perspectiva concreta de los riesgos de corrupción en la contratación pública, véase, Castro Cuenca, Carlos Guillermo. "La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa", en Zúñiga Rodríguez, Laura, Gorjón Barranco, M. Concepción, Fernández García, Julio y Díaz Cortés, Lina Mariola (Coords.). *Poder y delito. Escándalos financieros y políticos*. Salamanca: Ratio Legis, 2012, pp. 179 y ss.

9 Sobre la importancia de la contratación pública en el sistema económico de los Estados y su relación con el PIB mundial, Castro Cuenca, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis, 2009, p. 21, señala que: "La contratación pública es la actuación administrativa de mayor relevancia económica en el mundo. Anualmente reporta una utilidad de más de diez billones de euros, cantidad que constituye más del catorce por ciento del PIB mundial".

específicos y disposiciones normativas que rigen materias como la contratación. Los PTEP, como se irá desarrollando a lo largo del presente trabajo, constituyen una oportunidad invaluable para la gestión de riesgos de tal naturaleza¹⁰.

En síntesis, el marco normativo que cubre los PTEP no potenciará la materialidad del principio de moralidad administrativa si no se introducen las lógicas de *Compliance* en el seno de la Administración pública, en especial, la profusión de la ética corporativa (en tanto que elemento estructurante)¹¹. Por ello, *Compliance* no se reduce a la expedición de nuevas disposiciones normativas que incorporen las políticas y procedimientos que se prevén en el plano internacional bajo este título, sino que implica también un plan de difusión y promoción pública de sus elementos, de modo que permita instaurar las bases de conciencia en quienes tienen por misión el control de la función administrativa¹².

3. Los PAAC como base del *Public Compliance*

El Estatuto Anticorrupción desarrollado por la Ley 1474 de 2011 es clave para comprender la evolución del *Compliance* en la Administración pública. Las razones son varias. Una de las más importantes se encuentra en su Artículo 73, cuyo contenido originario consagró los ya nombrados Planes Anticorrupción y de Atención al Ciudadano (en lo que sigue, PAAC). Y es que, antes de ser modificado en su contenido por la Ley 2195 de 2022, dicho precepto señalaba que toda entidad del orden nacional, departamental o municipal debía establecer una “estrategia de lucha contra la corrupción”. Precisaba este precepto que dicha estrategia debía contemplar, entre otros aspectos,

10 Con relación a la combinación entre la profusión de códigos éticos y controles internos como mecanismo para contener prácticas corruptas al interior de la Administración pública, señala Nieto Martín, Adán. “De la ética al Public Compliance...”. Op. cit., p. 25: “Ahora bien, dicho esto, una de las mejoras más importantes que deben darse en la *public Compliance* es ser conscientes de que esta normativa de carácter general no es suficiente. En general debiera obligarse a las administraciones públicas a que tras el preceptivo análisis de riesgos vayan más allá en el diseño de controles”.

11 Con relación a la visión ética del *Compliance* como vía para el control efectivo de la corrupción en el ámbito de la contratación pública, Campos Acuña, Concepción. “Creación y gestión del mapa de riesgos en el sector público: Compliance y procesos de contratación pública”, en Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.). *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, p. 205, indica que: “Pero la naturaleza, objeto y metodología del Compliance se extiende más allá del puro cumplimiento normativo para introducir aspectos éticos en la gestión individualizados para cada empresa, y, desde esta óptica aporta a esta técnica un cierto paralelismo con las políticas de integridad institucional”.

12 Sobre el refuerzo recíproco que se presenta entre la reprensión social de conductas delictivas y la fuerza constrictiva del Derecho, Green, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (Trad. José Ramón Agustina Sanllehi / Miriam Amorós Bas / Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno). Barcelona: Marcial Pons, 2013, pp. 82-83, opina lo siguiente: “Por tanto, así como la decisión de convertir una determinada conducta en delito refleja normas morales públicas, las opiniones públicas sobre la moralidad también se verán afectadas a tenor de lo que haya sido tipificado penalmente. Cuando tal calificación sea consistente con lo que la sociedad en su totalidad entienda como moralmente ilícito, el Derecho y las normas sociales se refuerzan mutua o recíprocamente”.

un “mapa de riesgos de corrupción” y “las medidas concretas para mitigar esos riesgos”. Como puede advertirse, aunque de manera general, se previó la base de todo programa de cumplimiento dirigido a precaver riesgos de corrupción administrativa.

La importancia de este precepto originario no es menor para el desarrollo del *Public Compliance* en Colombia, pues su reglamentación postuló un auténtico marco técnico y metodológico para desarrollar dicho mapa de riesgos de corrupción y ejecutar las medidas requeridas para mitigar dichos riesgos. Se hace referencia al hoy derogado Decreto 2641 de 2012. Esta norma reglamentaria preveía, nada más y nada menos, que para diseñar y hacer seguimiento a dicha estrategia de lucha contra la corrupción establecida bajo el marco de los PAAC, se debía atender al documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano” (Artículo 1)¹³, prescribiendo la propia norma que, dicho documento, formaría parte integral del mismo Decreto (Artículo 3). A pesar de su derogatoria por el Decreto 1081 de 2015, este contenido se mantuvo en su Título 4 y su posterior sustitución efectuada por el vigente Decreto 124 de 2016.

El derogado decreto 2641 de 2012 consagraba otro par de aspectos de no menor relevancia para el aseguramiento del PAAC. Por un lado, la obligación que recaía sobre la máxima autoridad de la entidad u organismo de velar en forma directa por la debida implementación de las disposiciones contenidas en el citado documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano” y la responsabilidad de sus oficinas de planeación en la elaboración y consolidación de dichos programas (Artículo 4)¹⁴. Por otro lado, la obligación que recaía sobre las oficinas de control interno de efectuar “seguimiento al cumplimiento de las orientaciones y obligaciones derivadas del mencionado documento” (Artículo 5)¹⁵. Ambos roles, como puede advertirse, se orientaron a la implementación y aseguramiento de los PAAC.

13 Al respecto, adviértase la integración que efectuó la norma de dicho documento técnico con relación a su articulado, así: Decreto 2641 de 2012, “Artículo 1. Señálese como metodología para diseñar y hacer seguimiento a la estrategia de lucha contra la corrupción y de atención al ciudadano de que trata el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, la establecida en el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano contenida en el documento “*Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano*””. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67541>

14 En este punto, nótese la atribución directa de responsabilidades que efectuó la norma: Decreto 2641 de 2012, “Artículo 4º. La máxima autoridad de la entidad u organismo velará directamente porque se implementen debidamente las disposiciones contenidas en el documento de “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano”. La consolidación del plan anticorrupción y de atención al ciudadano, estará a cargo de la oficina de planeación de las entidades o quien haga sus veces, quienes además servirán de facilitadores para todo el proceso de elaboración del mismo”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=50959>

15 Sobre este aspecto, resáltese la indicación expresa que señaló la norma de remitirse al mencionado documento para cumplir con la actividad de seguimiento: Decreto 2641 de 2012, “Artículo 5º. El mecanismo de seguimiento al cumplimiento de las orientaciones y obligaciones derivadas del mencionado documento estará a cargo de las oficinas de control interno, para lo cual se publicará en la página web de la respectiva entidad, las actividades realizadas, de acuerdo con los parámetros establecidos”.

Afortunadamente, dicha derogatoria fue apenas formal, pues como ya se anotó, el Decreto 124 de 2016 no solo mantiene vigente el contenido del Decreto 2641 de 2012, sino que además introduce otras garantías metodológicas y funcionales. De un lado, se remite a la Versión 2 del documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano” como instrumento para aplicar la metodología orientada al diseño y seguimiento a la estrategia de lucha contra la corrupción¹⁶. De otro lado, se remite a la “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción” como metodología para diseñar y hacer seguimiento al Mapa de Riesgo de Corrupción de que trata el citado Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011¹⁷. Como puede inferirse, ambos instrumentos no dejan margen de duda sobre la imperativa prescripción técnica para ejecutar los PAAC.

El Decreto 124 de 2016 mantendría asimismo los roles previstos frente a los PAAC. Por un lado, el de la máxima autoridad de la entidad u organismo público de participar con su oficina de planeación en la elaboración e implementación de los dos instrumentos mencionados¹⁸. Por otro, el de las oficinas de control interno en el seguimiento al cumplimiento y monitoreo de las “orientaciones y obligaciones” derivadas de los citados documentos técnicos¹⁹. Como puede advertirse, ambas prescripciones normativas establecían algo así como una segunda y tercera líneas de defensa en la implementación y aseguramiento de los PAAC en su propósito de mitigar riesgos de corrupción²⁰.

16 Decreto 124 de 2016, “Artículo 2.1.4.1. *Estrategias de lucha contra la corrupción y de Atención al Ciudadano*. Señálense como metodología para diseñar y hacer seguimiento a la estrategia de lucha contra la corrupción y de atención al ciudadano de que trata el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, la establecida en el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano contenida en el documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano- Versión 2””.

17 Decreto 124 de 2016, “Artículo 2.1.4.2. *Mapa de Riesgos de Corrupción*. Señálense como metodología para diseñar y hacer seguimiento al Mapa de Riesgo de Corrupción de que trata el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, la establecida en el documento “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción””.

18 Decreto 124 de 2016, “Artículo 2.1.4.5. Verificación del cumplimiento. La máxima autoridad de la entidad u organismo velará de forma directa porque se implementen debidamente las disposiciones contenidas en los documentos de “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano - Versión 2” y “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción”. La consolidación del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano y del Mapa de Riesgos de Corrupción estará a cargo de la Oficina de Planeación de las entidades o quien haga sus veces, quienes además servirán de facilitadores para todo el proceso de elaboración del mismo”.

19 Decreto 124 de 2016, “Artículo 2.1.4.6. Mecanismos de seguimiento al cumplimiento y monitoreo. El mecanismo de seguimiento al cumplimiento de las orientaciones y obligaciones derivadas de los mencionados documentos estará a cargo de las oficinas de control interno, para lo cual se publicará en la página web de la respectiva entidad, las actividades realizadas, de acuerdo con los parámetros establecidos”.

20 Al respecto, de acuerdo con el Instituto de Auditores Internos (IIA), “Declaración de Posición: *Las Tres Líneas de Defensa para una efectiva gestión de riesgos y control*”, 2013, p. 2: “En el modelo de las Tres Líneas de Defensa, el control de la gerencia es la primera línea de defensa en la gestión de riesgos; las varias funciones de supervisión de riesgos, controles y cumplimiento establecidas por la administración, son la segunda línea de defensa; y el aseguramiento independiente es la tercera. Cada una de estas ‘líneas’ juega un papel distinto dentro del marco amplio de gobernabilidad de la organización”.

En resumen, este piso normativo permite advertir que el desarrollo de programas de cumplimiento -anticorrupción- en el seno de las entidades de la Administración pública es imperativo y no preceptivo. La imperatividad de esta norma es lo que permite afirmar que el desarrollo del *Public Compliance* en Colombia presenta alta viabilidad. Por un lado, porque tanto el documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano” como la “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción” conciben un auténtico planteamiento metodológico para la construcción de programas de cumplimiento al interior de la Administración. Y, por otro lado, porque efectúa un mandato directo a la máxima autoridad de la entidad y a los responsables de sus oficinas de planeación y control interno en la aplicación de tales instrumentos.

Lo anterior resulta importante atenderlo no solo porque al diseño, implementación y funcionamiento efectivo de cualquier programa de cumplimiento subyace una metodología de gestión de riesgos, sino además por su conexión imperativa a los nuevos PTEP. Y es que, si bien tales instrumentos se promulgaron en torno al desarrollo reglamentario de los PAAC, no puede llegarse a la errónea conclusión de que tal normativa ha desaparecido a raíz de la modificación introducida por la Ley 2195 de 2022 al mencionado Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011. Por el contrario, dicha reglamentación adquiere un protagonismo fundamental en el marco de la nueva normativa, pues su articulado no solo sigue vigente, sino que además permitirá interpretar y aplicar las directrices técnicas que sobre los Programas de Transparencia y Ética Pública expida la Secretaría de Transparencia en cumplimiento del mandato que le indica la norma²¹.

Entretanto, lo que no tiene atisbo de duda es que los nuevos PTEP establecidos por la Ley 2195 de 2022 no solo deberán recoger y optimizar lo desarrollado en el marco de aplicación de los salientes PAAC, sino además introducir los nuevos aspectos que prevé el vigente Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011. Sobre dicho contenido y cómo desarrollar una implementación efectiva de los mismos versará el próximo ítem de este trabajo.

4. Los Programas de Transparencia y Ética Pública como expresión de *Public Compliance*

Con la expedición de la Ley 2195 de 2022 se espera que el *Public Compliance* surta su mayor impulso en la Administración pública colombiana. En su Artículo 31, bajo el rótulo de “Programas de Transparencia y Ética en el sector

21 Ley 2195 de 2022, Artículo 31, “**Parágrafo 3** “La Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República será la encargada de señalar las características, estándares, elementos, requisitos, procedimientos y controles mínimos que deben cumplir el Programa de Transparencia y Ética Pública de que trata este Artículo, el cual tendrá un enfoque de riesgos. El Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG) o modelos sucesores deberá armonizarse con el Programa de Transparencia y Ética Pública”. Congreso de la República de Colombia (enero 18, 2022). Ley 2195. Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=175606>

público” (PTEP), la norma propondría una modificación del precitado Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, conservando el propósito y contenido expresado para los mencionados PAAC e incluyendo una serie de mecanismos adicionales tendientes a reforzar la cobertura y estructura los reformulados programas²². Pero esta modificación no implicaría, insístase en ello, la derogatoria de la derivación reglamentaria establecida por el mencionado Decreto 124 de 2016 con relación al reseñado Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011.

Más allá del cambio de nominación, entonces, la indicada modificación contiene verdaderos cambios en la óptica y orientación técnica de los actuales PTEP. Al respecto, lo primero que debe mencionarse es que se mantiene la obligatoriedad de implementar dichos programas para todas las entidades del orden nacional, departamental y municipal. Lo segundo que debe reseñarse es que el nuevo Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 presenta una orientación más completa en su fin y contenido, pues mientras el texto originario del precepto contenía una tecnificación estricta del control anticorrupción (“lucha contra la corrupción”), el nuevo marco normativo sumaría a dicho propósito de control del “riesgo de corrupción”, el fin de “promover la cultura de la legalidad”²³.

La diferencia entre ambos contenidos es además metodológica, pues pasa de un seco concepto de “corrupción” a una expresión que añade a tal noción la locución de “riesgo”. Esto resulta determinante para comprender la metodología y acciones consecuentes que las entidades públicas deberán emprender en su mandato de controlar los múltiples eventos de riesgo que comporta el ejercicio de la función administrativa. Es el mismo precepto vigente, de hecho, el que señala en forma expresa la metodología de gestión del riesgo de corrupción, al indicar que cada entidad pública deberá “identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad”. La anterior exacción recoge, ni más ni menos, el ciclo de

22 Ley 1474 de 2011, “Artículo 73. Cada entidad del orden nacional, departamental y municipal, cualquiera que sea su régimen de contratación, deberá implementar Programas de Transparencia y Ética Pública con el fin de promover la cultura de la legalidad e identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad. Este programa contemplará, entre otras cosas: a. Medidas de debida diligencia en las entidades del sector público; b. Prevención, gestión y administración de riesgos de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas y riesgos de corrupción, incluidos los reportes de operaciones sospechosas a la UIAF, consultas en las listas restrictivas y otras medidas específicas que defina el Gobierno Nacional dentro del año siguiente a la expedición de esta norma; c. Redes interinstitucionales para el fortalecimiento de prevención de actos de corrupción, transparencia y legalidad; d. Canales de denuncia conforme lo establecido en el Artículo 76 de la Ley 1474 de 2011; e. Estrategias de transparencia, Estado abierto, acceso a la información pública y cultura de legalidad; f. Todas aquellas iniciativas adicionales que la Entidad considere necesario incluir para prevenir y combatir la corrupción”. Congreso de la República de Colombia (Julio 12, 2011). Ley 1474. *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*. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292>

23 Así, por ejemplo, si se revisa el documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano, Versión 2”, del Departamento Administrativo de la Función Pública, se registran diversas referencias a objetivos como “cultura del autocontrol”, “cultura organizacional” y “cultura de transparencia”.

gestión de riesgos establecido por la reconocida norma ISO 31000 (Directrices de Gestión del Riesgo), el cual, como se desarrollará más adelante, se halla en la base de los actuales PTEP²⁴.

Aunque, en decir verdad, la gran diferencia estriba en la finalidad que consagra el nuevo precepto. Por un lado, porque en el fondo esta configuración metodológica ya se encontraba en la remisión que realiza el citado Decreto 124 de 2016 a las guías técnicas para la gestión del riesgo de corrupción que integra este marco reglamentario ("Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano - Versión 2" y "Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción"). Y, por otro lado, por el "fin" que expresamente le atribuye el nuevo precepto a los PTEP: "promover la cultura de la legalidad"²⁵. Este propósito describe y resume la noción de *Public Compliance*, pues lo que se busca con este tipo de programas no es un mero ajuste a la legalidad de la función administrativa, sino la asunción por convicción del anotado principio de moralidad que rige la función administrativa con el fin de reducir los delitos que la menoscaban²⁶.

Pero la cobertura del nuevo Artículo 73 del Estatuto Anticorrupción no termina aquí. El siguiente punto que señala el precepto modificado en su literal "a" es el desarrollo de "Medidas de debida diligencia en las entidades del sector público". Su importancia no es menor, pues si bien el alcance de este tipo de procedimientos suele asociarse a los sistemas de autocontrol de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo, realmente su cobertura puede extenderse a la gestión de riesgos de corrupción en general (como sucede, por ejemplo, en el ámbito de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial desarrollados por la Circular Externa 100-000011 del 9 de agosto de 2021 de la Superintendencia de Sociedades)²⁷. Asimismo, dado que este

24 En general, las normas ISO son determinantes para el desarrollo del cumplimiento normativo. Así, Nieto Martín, Adán, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho penal", en Kuhlen, Lothar, Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina G., Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 27: "Las normas ISO han contribuido a aclarar notablemente el sistema de delegación de funciones dentro de la empresa estableciendo responsabilidades precisas...".

25 Esta promoción de la cultura de la legalidad es expresión directa del principio de moralidad que rige la función administrativa, al constituirse en el elemento basilar para luchar contra la criminalidad en las instituciones del sector público. Esto permite afirmar que todo instrumento tendiente a mitigar la criminalidad en la Administración pública tiene relevancia constitucional. Así lo dejó sentado la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-709 de 1996, al señalar que: "*La lucha del Estado contra la impunidad de los hechos delictivos tiende una relevancia constitucional, porque se vincula con el principio de moralidad de la función pública que está consagrado en el artículo 209 de la Constitución*".

26 Con relación a los niveles de *inmoralidad* que afectan el desarrollo de la función pública y su nexo con la génesis de la corrupción, véase, Álvarez, Silvina, "Reflexiones sobre la calificación moral del soborno", en Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvina. *La corrupción política*. Madrid: Alianza editorial, 1997, p. 102.

27 Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000011 del 9 de agosto de 2021. "Debida Diligencia: alude, en el contexto de este Capítulo, al proceso de revisión y evaluación constante y periódico que debe realizar a la Entidad Obligada de acuerdo a los Riesgos de Corrupción o Riesgos de Soborno Transnacional a la que se encuentre expuestas". <https://www.supersociedades.gov.co/web/nuestra-entidad/cap-13-instrucciones-y-recomendaciones-administrativas>

nuevo precepto también exige la gestión de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo, dichas actividades de debida diligencia también deberán extenderse a este tipo de riesgos²⁸.

Esta exacción implica, de manera general, el desarrollo y aplicación de un procedimiento en el que se despliegan una serie de actividades en el marco de la gestión de las entidades públicas tendientes al conocimiento efectivo de todas las contrapartes con que se establecen relaciones comerciales (contratistas, proveedores, etc.), de su negocio, contratos, operaciones, productos (bienes o servicios) y transacciones según su propia materialidad (naturaleza jurídica, tamaño, objeto, servicios, etc.). Materialmente, se trata de una medida efectiva que permite un conocimiento de mayor precisión frente a los factores de riesgo a los que se enfrentan las corporaciones en el despliegue de su misión económica, pues implica acciones como una debida identificación de sus contrapartes valiéndose de documentos, datos o información confiable, identificar a los beneficiarios finales de la contraparte y conocer la estructura de propiedad de personas jurídicas.

A propósito de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo, el literal "b" del vigente Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 vendría a incluir una especie de subsistema orientado a la gestión de tales tipologías de riesgo como apéndice de los PTEP, exigiendo de manera expresa no solo desarrollar acciones encaminadas a la "prevención, gestión y administración" de este tipo de riesgos, sino además prever mecanismos para el reporte de operaciones sospechosas a la UIAF (los conocidos "ROS") y efectuar consultas de las contrapartes en listas restrictivas (lo que forma parte de las actividades de debida diligencia). Como puede advertirse, se trata de la adopción de un auténtico "SARLAFT público", en lo que las mismas empresas del Estado tienen ya un amplio recorrido.

El literal "d" contiene un mecanismo de no menor importancia para el desarrollo del *Public Compliance* en el seno de las entidades obligadas: la obligatoriedad de implementar "canales de denuncia". Al respecto, lo primero que debe indicarse es que, si bien el modificado Artículo 76 de la Ley 1474 de 2011 ya contemplaba este mecanismo, el nuevo contenido desarrollado por el Artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 lo define de manera expresa como otro de

28 En este punto resultará de gran relevancia la noción y procedimientos desarrollados en el ámbito empresarial por parte de los distintos organismos reguladores. Cítese, como ejemplo, lo consagrado por la Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 de la Superintendencia de Sociedades para el sector real sobre debida diligencia: "Debida Diligencia: es el proceso mediante el cual la Empresa adopta medidas para el conocimiento de la Contraparte, de su negocio, operaciones, y Productos y el volumen de sus transacciones...". <https://www.supersociedades.gov.co/web/nuestra-entidad/cap-10-autocontrol-y-gesti%C3%B3n-del-riesgo-integral>

los componentes estructurales de los citados PTEP²⁹, entre otras cosas, por constituir un poderoso mecanismo detectivo de actos irregulares³⁰.

Nótese que no se trata de una vía de tramitación de PQR, sino de un verdadero instrumento de gestión del riesgo de corrupción de orden detectivo necesario para el cumplimiento de los fines que se han previsto para los PTEP, al exigir no solo la adaptación técnica de un mecanismo que permita “que los ciudadanos presenten quejas y denuncias de los actos de corrupción realizados por funcionarios de la entidad” (espacio del canal en la web de la entidad), sino además contar con una “oficina” que tendría, entre sus funciones, la de desplegar la investigación de las respectivas denuncias³¹. En tal sentido, se espera que este tipo de mecanismos se orienten bajo las exacciones internacionales sobre canales de denuncia, como las establecidas por la ISO 37002, de modo que se instituyan en un poderoso mecanismo detectivo y disuasivo del delito³².

29 Ley 7474 de 2011, “Artículo 76. *Oficina de Quejas, Sugerencias y Reclamos*. En toda entidad pública, deberá existir por lo menos una dependencia encargada de recibir, tramitar y resolver las quejas, sugerencias y reclamos que los ciudadanos formulen, y que se relacionen con el cumplimiento de la misión de la entidad.

La oficina de control interno deberá vigilar que la atención se preste de acuerdo con las normas legales vigentes y rendirá a la administración de la entidad un informe semestral sobre el particular. En la página web principal de toda entidad pública deberá existir un link de quejas, sugerencias y reclamos de fácil acceso para que los ciudadanos realicen sus comentarios.

Todas las entidades públicas deberán contar con un espacio en su página web principal para que los ciudadanos presenten quejas y denuncias de los actos de corrupción realizados por funcionarios de la entidad, y de los cuales tengan conocimiento, así como sugerencias que permitan realizar modificaciones a la manera como se presta el servicio público.

La oficina de quejas, sugerencias y reclamos será la encargada de conocer dichas quejas para realizar la investigación correspondiente en coordinación con el operador disciplinario interno, con el fin de iniciar las investigaciones a que hubiere lugar.

El Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción señalará los estándares que deben cumplir las entidades públicas para dar cumplimiento a la presente norma.

Parágrafo. En aquellas entidades donde se tenga implementado un proceso de gestión de denuncias, quejas y reclamos, se podrán validar sus características contra los estándares exigidos por el Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción”.

30 Sobre el desarrollo de canales de denuncia como mecanismos estructurales de los sistemas de *Compliance* y su utilización en la Administración pública, reseña Nieto Martín, Adán. “De la ética al Public Compliance...”. Op. cit., p. 29: “Los canales de denuncias constituyen elementos comunes al cumplimiento normativo en organizaciones públicas y privadas (Ragués i Vallés, 2013). De hecho, en los países anglosajones la legislación sobre *whistleblower* nace en gran medida con el fin de incentivar esta actividad dentro de las administraciones públicas (Gobert/ Punch, 2000)”.

31 Al respecto, véase, Ragués i Vallés, Ramón, “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en Silva Sánchez, Jesús-M (Dir.) y Montaner Fernández, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 161.

32 Con relación a la función de detección que fundamentan la implementación de canales de denuncia, la ISO 37002 prevé dentro de los “Objetivos del sistema de gestión de la denuncia de irregularidades”, que dichos sistemas tienen por misión “h) *asegurar la detección temprana y la prevención de irregularidades*” (UNE 37002 [6.2]).

Como habrá podido inferirse, para concluir, la gestión de riesgos de corrupción en el ámbito de la Administración pública adquiere otro matiz bajo el nuevo contenido que prevén los PTEP: no solo porque el concepto de “corrupción” que consagra la Ley 2195 de 2022 tiene un rango mayor según lo prescrito por el Parágrafo 1º de su Artículo 59, sino, sobre todo, porque se orienta a promover la “cultura de la legalidad”³³, aspecto que conecta con el comportamiento desviado de quienes integran la corporación³⁴. Si este propósito se suma a los principios que han de presidir la función pública (en especial, el de moralidad) y a los roles que expresamente designa la ley y la misma Constitución Política en materia de control interno, estarán dadas las condiciones para caminar hacia un real *Public Compliance*. A continuación, algunas referencias para tal integración.

5. Implementación integrada de los Programas de Transparencia y Ética Pública en la Administración pública

Según se indicó en precedencia, el *Public Compliance* puede anclarse a diversos preceptos constitucionales, entre ellos, al principio de moralidad administrativa consagrado por el Artículo 209 de la Constitución Política. Teniendo en cuenta que los PTEP tienen entre sus objetivos la generación de culturas de integridad alineadas con el cumplimiento en el seno de las entidades públicas, en ese mismo sentido encuentran la base de su desarrollo en la propia Carta Magna. Como también se mencionó, en este mismo precepto encuentra fundamento el control interno de las entidades públicas, cuyo contenido debe complementarse con lo establecido por el Artículo 269 en punto a la obligación que tienen las autoridades públicas de diseñar y aplicar métodos y procedimientos de control interno. De este modo, principio de moralidad y control interno se instituyen en las bases constitucionales de un modelo de cumplimiento orientado bajo una lógica sistemática e integrada en su objetivo de control de riesgos criminales.

Sobre esa base y hasta la expedición de la más reciente Ley 2195 de 2022, en el Estado colombiano se han expedido un conjunto importante de normas tendientes a asegurar el mencionado principio de moralidad en la función

33 Sin este propósito y estatus cultural, anótese de paso, resulta difícil lograr los objetivos de prevención del crimen al interior de las entidades del Estado, pues dicho ambiente ético es la base del cumplimiento normativo. Así parecen entenderlo Nieto Martín, Adán y Maroto Calatayud, Manuel. *Public Compliance...* Op. cit., pp. 13-14, cuando señalan que: “(...) tal y como nos ha enseñado la experiencia en el ámbito de las corporaciones privadas, para las empresas un programa de cumplimiento es una medida puramente «cosmética» o un «escaparate», si no se inserta en el marco de una cultura corporativa, basada en el respeto a la legalidad y a determinados principios éticos”.

34 Con relación a la influencia psicológica de culturas corporativas corruptas sobre el comportamiento individual, señala Fernández Ríos, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*. Santiago de Compostela: Grupo Editorial Universitario, 1999, p. 139: “Los comportamientos corruptos individuales o corporativos repercuten sobre los otros individuos a nivel cognitivo-motivacional, ya que las prácticas corruptas suelen generar y provocar en los demás sujetos la creencia de que existe una predisposición subjetiva a comportarse de la misma manera”.

administrativa. Así, si se concibe un modelo de *Public Compliance* para la Administración pública colombiana bajo el citado modelo de “Tres Líneas de Defensa”, la Ley 87 de 1993 sobre control interno ocupa un lugar fundamental. En dicha ley y su normativa reglamentaria podría encontrarse ciertamente la mencionada “tercera línea de defensa”. Destaca en este punto, como se retomará más adelante, el Modelo Integrado de Control Interno (MECI) concebido por el Decreto 1599 de 2005, el cual se levanta sobre el reconocido modelo internacional COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Tradeway Commission*), metodología aplicable al control interno y a la administración de riesgos de fraude en general³⁵.

Antes de desarrollar lo atinente a dicho marco, resulta pertinente señalar que la Ley 489 de 1998, disposición que estipula normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, estableció mediante su Artículo 15 el entonces “Sistema de Desarrollo Administrativo”. De acuerdo con este precepto, dicho sistema incorporó un conjunto de políticas, estrategias, metodologías, técnicas y mecanismos de carácter administrativo y organizacional para la gestión y manejo de los recursos humanos, técnicos, materiales, físicos y financieros en el ámbito de la Administración pública, los cuales pueden reconducirse al proceso de diseño e implementación de los PTEP.

La importancia de esta norma no es menor, pues a pesar de que su Decreto 3622 de 2005 fue derogado posteriormente por otras disposiciones reglamentarias para ajustar su contenido (Decreto 2482 de 2012 y Decreto 1083 de 2015), dicha norma consagró pilares determinantes de lo que hemos denominado aquí como “primera línea de defensa”. Así, entre otros aspectos determinantes para el desarrollo del principio de moralidad administrativa y la orientación cultural de los nuevos PTEP, destacan entre sus “políticas de desarrollo administrativo”³⁶, las de “desarrollo del talento humano estatal”, “gestión de la calidad” y de “moralización y transparencia en la Administración pública”³⁷.

35 Con relación a la fundamentación del MECI en el modelo COSO y en el modelo de Las Tres Líneas de Defensa, por ejemplo, señala el Departamento Administrativo de la Función Pública, “Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas: Riesgos de gestión, corrupción y seguridad digital”, Versión 4, lo siguiente: “Con de la entrada en vigencia del modelo integrado de planeación y gestión (MIPG), que integra los sistemas de gestión de la calidad y de desarrollo administrativo; se crea un único sistema de gestión articulado con el sistema de control interno, el cual se actualiza y alinea con los mejores estándares internacionales, como son el modelo COSO 2013, COSO ERM 2017 y el modelo de las tres líneas de defensa”.

36 Decreto 3622 de 2005, “Artículo 4º. Políticas de desarrollo administrativo. Son el conjunto de orientaciones que inducen procesos de modernización en la gestión organizacional y funcional de la Administración Pública para el fortalecimiento de los niveles de gobernabilidad y legitimidad del Estado”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17903>

37 Decreto 3622 de 2005, “Artículo 7º. Políticas de desarrollo administrativo. Adóptense para las entidades y organismos de la Administración Pública, a que hace referencia el ámbito de aplicación del presente decreto, las siguientes políticas de desarrollo administrativo, formuladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública: a) **El desarrollo del talento humano estatal.** Orientada a desarrollar las habilidades,

La cita de las normas reglamentarias no es vana a pesar de su derogatoria, pues su contenido no solo permanece vigente en otras disposiciones, sino que además constituyen la base de la orientación integrada de los PTEP que se viene indicando. Es el caso del citado Decreto 2482 de 2012, pues a pesar de haberse también derogado, su referencia es indisponible por haber creado el hoy vigente “Modelo Integrado de Planeación y Gestión” (MIPG)³⁸. La importancia de este último modelo no es menor, por cuanto a su estructura se encuentra integrado no solo el mencionado el Sistema de Desarrollo Administrativo y sus correspondientes políticas (atrás citadas), sino también los actuales PTEP³⁹.

El Decreto 1083 de 2015, por su parte, si bien fue sustituido en su Título 22 por el Decreto 1499 de 2017, prescribe la orientación integrada que se ha venido señalando bajo el *nomen* de “Sistema de Gestión”⁴⁰. Así, en desarrollo del Artículo 133 de la Ley 1753 de 2015 que consagra dentro de su Capítulo V de “Buen Gobierno” la “Integración de Sistemas de Gestión”⁴¹ (en alusión

destrezas y competencias de los servidores públicos y a definir parámetros para que su ingreso y permanencia se fundamenten en el mérito y en cumplimiento de los principios de la función administrativa; b) **Gestión de la Calidad**. Como un instrumento gerencial que permite dirigir y evaluar el desempeño institucional en términos de calidad, tomando como base los planes estratégicos y de desarrollo de las entidades, con el fin de ofrecer productos y servicios que satisfagan las necesidades y requisitos de la ciudadanía. c) **La democratización de la administración pública**. Dirigida a consolidar la cultura de la participación social en la gestión pública, con el fin de facilitar la integración de los ciudadanos y servidores públicos en el logro de las metas económicas y sociales del país y a construir organizaciones abiertas que permitan la rendición social de cuentas y propicien la atención oportuna de quejas y reclamos, para el mejoramiento de los niveles de gobernabilidad; d) **La moralización y transparencia en la administración pública**. Se orienta a la formación de valores de responsabilidad y vocación de servicio que garanticen el interés general en la administración de lo público y se promueva la publicidad de las actuaciones de los servidores públicos; así mismo, se orienta a la prevención de conductas corruptas y a la identificación de áreas susceptibles de corrupción”. Sobre esta idea de reforzar la moralidad en la Administración pública, cabe recordar las orientaciones desarrolladas por la Ley 190 de 1995 (junio 06), “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=321>

38 Decreto 2482 de 2012, Artículo 2°. Objeto. Adoptar el Modelo Integrado de Planeación y Gestión como instrumento de articulación y reporte de la planeación...”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=50803>

39 Ley 2195 de 2022, Artículo 31, Parágrafo 3: “(...) El Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG) o modelos sucesores deberá armonizarse con el Programa de Transparencia y Ética Pública”.

40 Decreto 1083 de 2015, “Artículo 2.2.22.1.1 Sistema de Gestión. El Sistema de Gestión, creado en el artículo 133 de la Ley 1753 de 2015, que integra los Sistemas de Desarrollo Administrativo y de Gestión de la Calidad, es el conjunto de entidades y organismos del Estado, políticas, normas, recursos e información, cuyo objeto es dirigir la gestión pública al mejor desempeño institucional y a la consecución de resultados para la satisfacción de las necesidades y el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos, en el marco de la legalidad y la integridad”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866>

41 Ley 1753 de 2015, “Artículo 133. Integración de Sistemas de Gestión. Intégrense en un solo Sistema de Gestión, los Sistemas de Gestión de la Calidad de qué trata la Ley 872 de 2003 y de Desarrollo Administrativo de que trata la Ley 489 de 1998. El Sistema de Gestión deberá articularse con los Sistemas Nacional e Institucional de Control Interno consagrado en la Ley 87 de 1993 y en los artículos 27 al 29 de la Ley 489 de 1998, de tal

a la integración en un único Sistema de Gestión, los Sistemas de Gestión de la Calidad de que trata la Ley 872 de 2003, el de Desarrollo Administrativo de que trata la Ley 489 de 1998 y los Sistemas Nacional e Institucional de Control Interno consagrado en la Ley 87 de 1993 y en los artículos 27 al 29 de la Ley 489 de 1998), el Decreto 1083 de 2015 desarrollaría los detalles atinentes a las citadas Políticas de Gestión y Desempeño Institucional (Capítulo 2) y Modelo Integrado de Planeación y Gestión (Capítulo 3), último en el que destaca la Articulación del Sistema de Gestión con los Sistemas de Control Interno previstos por su Artículo 2.2.23.1.

A propósito de esta integración de sistemas de gestión señalada en el párrafo precedente, no puede pasarse por alto la relevancia de la Ley 872 de 2003 para el desarrollo de un *Compliance* público (por la cual se crea el Sistema de Gestión de la Calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios). Este Sistema, de conformidad con su Artículo 1º, se presentó como una herramienta de gestión sistemática y transparente orientada al direccionamiento y evaluación del desempeño institucional de las respectivas entidades en términos de calidad y satisfacción social en la prestación de sus servicios de acuerdo con sus planes estratégicos y de desarrollo, lo cual impacta positivamente las distintas políticas de las entidades que lo aplican.

Si entrar en su contenido, podrá inferirse que su importancia es capital para el logro de los propósitos de cumplimiento mencionados, en la medida en que el aseguramiento de la “calidad” en la función administrativa implica el ajuste operativo y normativo de los diferentes procesos orientados a la prestación de tales servicios⁴². Ello podría alcanzarse gracias a la remisión que efectúan sus disposiciones reglamentarias a la originaria Norma Técnica de Calidad

manera que permita el fortalecimiento de los mecanismos, métodos y procedimientos de control al interior de los organismos y entidades del Estado”. Congreso de la República de Colombia (junio 9 de 2015). Ley 1753. “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=61933>

42 Con relación a la integración del Sistema de Gestión de Calidad previsto por la Ley 872 de 2003 y el Sistema de Control Interno en torno al aseguramiento de los principios que rigen la función administrativa, entre ellos, el de moralidad, señaló la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-826 de 2013, entre otros aspectos de interés, lo siguiente: “*Por tanto, este Tribunal no evidencia ninguna vulneración de los artículos 209, 267, 268, 269 y 272 Superiores de la CP, ya que las normas demandadas –arts. 1 y 2 de la Ley 782 de 2003- que crean el Sistema de Gestión de Calidad y designan las entidades obligadas de implementarlo, se soportan constitucionalmente en el artículo 209 Superior, que consagra los principios orientadores de la administración pública, tales como los principios de igualdad, eficacia, celeridad, imparcialidad y moralidad. Adicionalmente esta herramienta encuentra fundamento en los artículos 2º, 78, 67 inciso 5º, 256-4, 254, 267, 268-2. 277, 343 y 365, ya que la calidad del servicio y la satisfacción de los usuarios tiene que ver directamente con las finalidades del Estado Social de Derecho y el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos, a través de herramientas de gestión de calidad creadas y diseñadas por el Legislador, y el Constituyente introdujo el control de gestión y de resultados, con el fin que la prestación de los servicios a cargo del Estado y el rendimiento fiscal no escapen al control del ordenamiento jurídico y con ello se logre la satisfacción del usuario y se garantice con ello los derechos constitucionales de los ciudadanos y de la comunidad en general*”.

en la Gestión Pública NTCGP 1000:2004 concebida bajo el Decreto 4110 de 2004, sustituida posteriormente por la Norma Técnica de Calidad en la Gestión Pública NTCGP 1000 -Versión 2009-, introducida por el Decreto 4485 de 2009, lo cual tiene, por supuesto, impacto en la gestión de los diversos riesgos de las entidades⁴³.

El mencionado “Modelo Estándar de Control Interno” (MECI) desarrollado inicialmente por el Decreto 1599 de 2005, ahora concebido bajo un único Sistema de Gestión bajo el MIPG, merece igualmente mención especial. Como se indicó, este mecanismo halla su base en la señalada Ley 87 de 1993 y en los artículos 27 al 29 de la Ley 489 de 1998. Su importancia para la implementación de los PTEP radica, como también se indicó, en que integra una metodología de gestión de riesgos bajo el marco COSO que proporciona una estructura apropiada para la construcción, gestión y fortalecimiento del Sistema de Control Interno, a saber: i) Ambiente de Control; ii) Evaluación del Riesgo; iii) Actividades de Control; iv) Información y Comunicación; v) Actividad de Monitoreo⁴⁴.

La importancia del MECI para la implementación de los PTEP es total, pues al basarse en el marco COSO, el acoplamiento material de este último modelo implica la consideración del “Cumplimiento” (*Compliance*) entre los “objetivos” del modelo. En definitiva, con la aplicación de los mencionados parámetros de autogestión, se persigue que las entidades establezcan acciones, políticas, métodos, procedimientos, mecanismos de prevención, verificación y evaluación en procura de su mejoramiento continuo (autorregulación), en la cual cada uno de los servidores de la entidad se constituyan en parte integral (autocontrol)⁴⁵, en especial de sus representantes o máximos directivos,

43 La integración entre Sistema de Gestión de Calidad y control de la corrupción no es extraña. Por el contrario, es plenamente pertinente y conveniente. Así se refleja en el documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano, Versión 2” del Departamento Administrativo de la Función Pública, cuando señala en el marco del análisis de riesgos bajo un enfoque a procesos que: “Procesos: El Mapa de Riesgos de Corrupción se elabora sobre procesos. En este sentido se deben tener en cuenta los procesos señalados en la Norma Técnica de Calidad en la Gestión Pública. Es decir, procesos estratégicos, procesos misionales, de apoyo y de evaluación”.

44 Sobre la estructura del modelo COSO, su conexión con el modelo de “Las Tres Líneas de Defensa” y su integración al MECI, señala el Departamento Administrativo de la Función Pública, lo siguiente: “En función de la articulación de los sistemas de gestión y de control se cuenta con la versión actualizada del MECI, fundamentada en cinco componentes tomando como referencia el Modelo COSO y, bajo un esquema de asignación de responsabilidades para la gestión del riesgo y control (Tres Líneas de Defensa), no siendo una tarea exclusiva de las oficinas de control interno”. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/preguntas-frecuentes/-/asset_publisher/sqxafjubsrEu/content/-que-va-pasar-con-el-meci-/28587410?_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_sqxafjubsrEu_assetEntryId=28717254&redirect=https%3A%2F%2Fwww.funcionpublica.gov.co%2Fpreguntas-frecuentes%2F-%2Fasset_publisher%2FsqxafjubsrEu%2Fcontent%2F-que-va-pasar-con-el-meci-%2F28587410

45 Con relación a la necesidad de desarrollar instrumentos de naturaleza preventiva al interior de las entidades públicas como mecanismo para potenciar el control de la corrupción, Díez-Picazo, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, p. 166, señala lo siguiente: “Una política de mejoramiento de la moralidad pública no sólo necesita instrumentos represivos, sino también instrumentos preventivos. Por

los que tienen un mandato expreso en la Constitución y en las normas de desarrollo⁴⁶.

El Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG), en tal sentido, permite insertar una orientación sistémica en la construcción de los PTEP para la Administración pública. De acuerdo con el Decreto 1499 de 2017, dicho modelo emerge como un marco de referencia para dirigir, planear, ejecutar, hacer seguimiento, evaluar y controlar la gestión de las entidades y organismos públicos. A propósito de dicha orientación integrada de los PTEP, cabe remarcar que el Parágrafo 3º del Artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 señala que “El Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG) o modelos sucesores deberá armonizarse con el Programa de Transparencia y Ética Pública”, lo que implica que tal “armonización” alcance los precitados modelos de gestión (Calidad, MECI, etc.).

Más allá de los elementos técnicos concebidos para la gestión de riesgos criminales al interior de la Administración pública bajo la aplicación del documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano - Versión 2” y la “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción” que forman parte de los PTEP en virtud del desarrollo que efectúa el Decreto 124 de 2016, la utilidad del MIPG resulta de toda pertinencia, por cuanto las siete “dimensiones” que definen dicho modelo convergen con la estructura de un programa de cumplimiento: i) Talento Humano; ii) Direccionamiento Estratégico; iii) Gestión con valores para resultados; iv) Evaluación de Resultados; v) Información y comunicación; vi) Gestión del conocimiento; vii) Control Interno.

El éxito de esta integración dependerá, en buena medida, de las directrices que expida la Secretaría de Transparencia sobre el desarrollo de los PTEP, pues como cabe recordar, el mismo Parágrafo 3 del precitado Artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 encarga en dicho órgano “(...) señalar las características, estándares, elementos, requisitos, procedimientos y controles mínimos que deben cumplir el Programa de Transparencia y Ética Pública de que trata este Artículo”. Valdría la pena, anótese de paso, que se fortalezca la figura del “Oficial de Transparencia” para las entidades del sector público desarrollado por dicha entidad dentro de la estrategia RITA (Red Interinstitucional de Transparencia y Anticorrupción), con el fin de potenciar la “segunda línea de defensa” de los PTEP⁴⁷.

ello, es inexcusable estudiar las causas objetivas de la corrupción y el abuso de poder (financiación de los partidos políticos, sistemas de contratación pública, métodos de control del gasto público, etc.), a fin de poder incidir sobre ellas”.

46 Decreto 1499 de 2017, “Artículo 2.2.23.3. Medición del Modelo Estándar de Control Interno. Los representantes legales y jefes de organismos de las entidades a las que les aplica la Ley 87 de 1993 medirán el estado de avance del Modelo Estándar de Control Interno. Los jefes de control interno o quienes hagan sus veces realizarán la medición de la efectividad de dicho Modelo”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83433>

47 Al respecto, véase, Secretaría de Transparencia, Red Interinstitucional de Transparencia Anticorrupción (RITA). Disponible en: <https://www.ins.gov.co/Transparencia/SiteAssets/>

5.1. El “SARLAFT público” como subsistema de los PTEP

Como se referenció *supra* al exponer el contenido del Artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 que consagra los Programas de Transparencia y Ética en el sector público, por dicción expresa de este precepto en su literal “b”, dichos programas deberán contemplar mecanismos orientados a la “Prevención, gestión y administración de riesgos de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas y riesgos de corrupción...”. Dejando de lado el riesgo especial de corrupción que consagra este literal, aun a falta de desarrollo reglamentario del precepto, esta obligación puede resumirse en una especie de subsistema tipo “SARLAFT” para las entidades obligadas por la norma. Incluso, para no dejar margen de duda del alcance de este mecanismo, dicho literal prevé de manera específica al menos dos procedimientos connaturales de este tipo de sistemas, concretamente, “reportes de operaciones sospechosas a la UIAF” y “consultas en las listas restrictivas”, sin perjuicio de las demás medidas específicas que deben establecerse gubernamentalmente a efectos de determinar el contenido de dichos subsistemas.

Realmente, la Secretaría de Transparencia no tendrá que hacer mayor esfuerzo en lo relativo a la generación de las directrices que debe proponer para determinar los elementos y etapas del SARLAFT público, pues en Colombia existe en el ámbito de los organismos de supervisión, como las Superintendencias, un desarrollo muy importante de estos modelos (SARLAFT, SAGRILAFT, etc.). Bastaría tomar los principios y componentes esenciales transversales a dichas regulaciones. Sin embargo, lo más importante será atender y entender las tipologías y factores de riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo conectados a la actividad administrativa⁴⁸. Asimismo, será esencial comprender cómo integrar tales principios y componentes con las dimensiones del MIPG, particularmente con la estructura de los PTEP, modelo del que derivan.

transparencia-y-anticorrupcion.gov.co/Red%20Interinstitucional%20de%20Transparencia%20y%20Anticorrupcion/C3%B3n.pdf

48 La gestión de riesgos de lavado de activos y de financiación del terrorismo en el ámbito de la Administración pública no significa necesariamente que la estructura o procesos de la entidad se utilicen para tales propósitos. Así, más allá de la evidente conexión de los delitos contra la Administración pública como delitos fuente o subyacentes del lavado de activos o la posible destinación de recursos públicos a grupos terroristas o de delincuencia organizada, las entidades públicas pueden desplegar auténticas actividades de gestión de este tipo de riesgos frente a sus determinadas contrapartes, por ejemplo, frente a las personas naturales o jurídicas que concurren como contratistas de la Administración pública. Así se advierte del contenido de la “Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas: Riesgos de gestión, corrupción y seguridad digital”, Versión 4, del Departamento Administrativo de la Función Pública, la cual ejemplifica con relación al despliegue de actividades de control dentro de las entidades públicas, lo siguiente: “Cada vez que se va a realizar un pago, el sistema SAP valida que el proveedor al cual se le va a girar el pago no esté reportado en listas restrictivas comparando el número de identificación tributaria (NIT) o cédula con la información cargada en el aplicativo de las listas de clientes reportados en temas de lavado de activos y financiación del terrorismo” (p. 55).

5.2. El modelo de “Las Tres Líneas de Defensa” en el desarrollo del PTEP

Como se indicó *supra*, la Ley 2195 de 2022 postuló en su Artículo 31 la modificación del Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 en lo relativo a la reformulación de los originarios Planes Anticorrupción y de Atención al Ciudadano (PAAC) bajo la nueva nomenclatura de los Programas de Transparencia y Ética Pública (PTEP). Este cambio de nominación, sin embargo, no implicó la derogación reglamentaria del citado precepto, sino más bien un refuerzo del contenido originario. Por esta razón, no se verán afectadas las exigencias reglamentarias relativas al PAAC desprendidas del mencionado Artículo 73 del Estatuto Anticorrupción vigentes a la fecha (esto es, del multicitado Decreto 126 de 2016).

La importancia de esta afirmación no es menor, pues a falta del desarrollo de las “características, estándares, elementos, requisitos, procedimientos y controles mínimos que debe integrar el Programa de Transparencia y Ética Pública” que encargó a la Secretaría de Transparencia la misma Ley 2195 de 2022 en su Parágrafo 3º, bastaría incluso atender a los citados documentos “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano - Versión 2” y “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción” para realizar un desarrollo efectivo de los PTEP. Bajo la óptica de estos instrumentos, dichos programas quedarían debidamente implementados, así:

5.2.1. Definición de la estructura orgánica

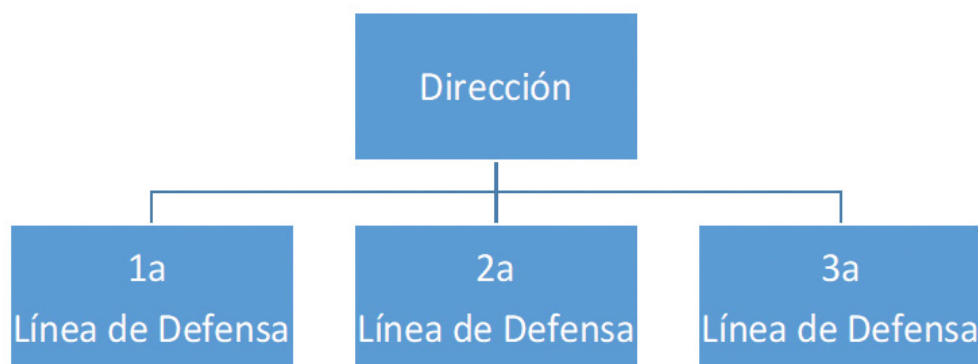
Según se indicó, la normativa colombiana dispone a nivel constitucional, legal y reglamentario expresas obligaciones en materia de control de riesgos criminales ligados a la función administrativa (corrupción, fundamentalmente). El jefe, director o máxima autoridad de la entidad u organismo público, claramente, es el mayor responsable de velar por la implementación efectiva de los PTEP (como señala el Decreto 124 de 2016)⁴⁹.

A partir de aquí, como se desarrollará, se derivan obligaciones de control para los responsables de los procesos de mayor criticidad criminal (1ª línea de defensa), de cumplimiento legal (2ª línea de defensa) y de control interno (3ª

49 Decreto Ley 770 de 2005, Artículo 4: “**Parágrafo.** Se entiende por empleos de alta dirección de la rama ejecutiva del orden nacional, los correspondientes a ministros, directores de Departamento Administrativo, viceministros, subdirectores de Departamento Administrativo, directores de Unidad Administrativa Especial, Superintendentes y directores, Gerentes o presidentes de entidades descentralizadas”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=16126#:~:text=Por%20el%20cual%20se%20establece,la%20Ley%20909%20de%202004>.

Decreto Ley 785 de 2005, Artículo 4: “**Parágrafo.** Se entiende por alta dirección territorial, los diputados, gobernadores, concejales, alcaldes municipales o distritales, alcalde local, contralor departamental, distrital o municipal, personero distrital o municipal, veedor distrital, secretarios de despacho, directores de departamentos administrativos, gerentes de unidades administrativas especiales y directores, gerentes o presidentes de entidades descentralizadas”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=16127>

línea de defensa), sin perder de vista que se trata del control de riesgos que tienen una connotación penal⁵⁰.



Gráfica 1: Representación del modelo de las Tres Líneas de Defensa (elaboración propia).

En lo que a la dirección respecta, además de la exacción expresa que consagra el Artículo 269 de la Constitución Política de desarrollar un esquema de control interno por parte de las autoridades respectivas, el Artículo 2.1.4.5. del citado Decreto 124 de 2016 señala con relación a la “Verificación del cumplimiento” de los originarios PAAC, que “La máxima autoridad de la entidad u organismo velará de forma directa porque se implementen debidamente las disposiciones contenidas en los documentos de “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano - Versión 2” y “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción”. Esto significa, ni más ni menos, que sobre dicha autoridad recae un deber de garantía o de gerenciamiento del riesgo criminal.

En lo que a la primera línea de defensa respecta, basta acudir a las diversas disposiciones generales e instructivas internas que regulan el cargo correspondiente, a fin de determinar los deberes y obligaciones que se tienen frente a los procesos que le son delegados al interior de la entidad u organismo público. A tal efecto, recordando el Artículo 6º de la Constitución Política, cabe reseñar que los servidores públicos son responsables ante las autoridades correspondientes no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En definitiva, no hay que hacer mayor esfuerzo argumentativo para afirmar que quien tenga a

50 Con relación a la pertinencia de este modelo en la estructuración de sistemas de *Compliance* penal, Casanovas Ysla, Alain. “*Compliance* penal normalizado: El estándar UNE 19601”, 1ª. Ed. Navarra: Aranzadi, 2017, pp. 151-152, señala: “Siguiendo la teoría de las tres líneas de defensa, de amplia aceptación internacional, corresponde a quienes desarrollan la gestión operativa conocer las exigencias de *Compliance* que afectan a sus actividades y darles cumplimiento (primera línea de defensa). Para brindarles soporte, el órgano de *Compliance* penal se cuida de que existan políticas, procesos y procedimientos que faciliten esta labor, así como controles para contrastar su correcta ejecución (segunda línea de defensa). Una función no vinculada con los cometidos anteriores, y dotada de independencia –normalmente auditoría interna–, se ocupa de brindar aseguramiento al órgano de gobierno y alta dirección conforme el sistema de gestión de *Compliance* penal opera de manera razonable (tercera línea de defensa)”.

su cargo un proceso, función o tarea sujeta a reglas (como los de contratación pública), tiene que respetar el procedimiento establecido para su ejecución, incluidos sus controles.

Con relación a la segunda línea de defensa, resulta de toda pertinencia recordar la citada estrategia RITA liderada por la Secretaría de Transparencia, la cual prevé la figura del “Oficial de Transparencia”, personificado en aquel funcionario de la administración designado por el Director de la entidad respectiva para el cumplimiento, entre otras tareas, “(...) de la correcta gestión de reportes por posibles actos de corrupción y la implementación de la Política de Transparencia, Integridad y Legalidad”⁵¹. La importancia de la figura no es menor, pues de acuerdo con la acción integrada de los PTEP con el MIPG, dicho funcionario tendría como misión apoyar en forma transversal el aseguramiento de las medidas de transparencia, legalidad y anticorrupción de conformidad con los elementos y propósitos de las siete Dimensiones del MIPG⁵².

Y en lo que respecta a la tercera línea de defensa, no cabe margen de duda sobre la obligatoriedad del cargo para las entidades públicas y sobre la misión, roles y funciones específicas que le atribuye el ordenamiento jurídico en torno al control de los riesgos de corrupción. Solo por mencionar algunos de manera genérica, debe reiterarse que el Artículo 209 de la Constitución Política establece que “La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”. Este mandato, como ya se indicó, tuvo su desarrollo en la Ley 87 de 1993, de la cual derivó posteriormente el mencionado Modelo Estándar de Control Interno (MECI).

Sobran, pues, prescripciones sobre el aseguramiento del cumplimiento normativo, la gestión transparente de los recursos y la generación de cultura

51 Secretaría de Transparencia, Red Interinstitucional de Transparencia Anticorrupción (RITA). Disponible en: <https://www.ins.gov.co/Transparencia/SiteAssets/transparencia-y-anticorrupci%C3%B3n/Red%20Interinstitucional%20de%20Transparencia%20y%20Anticorrupci%C3%B3n.pdf>: “El Oficial de Transparencia es un funcionario de la administración a quien le serán asignadas por el Director de la Entidad las tareas anteriormente mencionadas, con permanente comunicación con este, de confianza, comprometido con el impulso y la coordinación adecuada para el funcionamiento de RITA, la correcta gestión de reportes por posibles actos de corrupción y la implementación de la Política de Transparencia, Integridad y Legalidad”.

52 Secretaría de Transparencia, Red Interinstitucional de Transparencia Anticorrupción (RITA). Disponible en: <https://www.ins.gov.co/Transparencia/SiteAssets/transparencia-y-anticorrupci%C3%B3n/Red%20Interinstitucional%20de%20Transparencia%20y%20Anticorrupci%C3%B3n.pdf>: “Por esta razón, el Oficial de Transparencia prestará su colaboración para que en la entidad por el desarrollo de las buenas prácticas y políticas al interior de la administración pública en las cuales se encuentra MIPG, en cual se desarrolla mediante las siete (7) dimensiones operativas: 1) Talento humano; 2) Direccionamiento estratégico y Planeación; 3) Gestión de Valores para el Resultado; 4) Evaluación para el resultado; 5) Control Interno y 6) Información y Comunicación. 7) Gestión del Conocimiento y la Innovación, es TRANSVERSAL a todo el MIPG, las cuales se complementa con las buenas prácticas y políticas de transparencia y anticorrupción de la Secretaría de Transparencia. Es así que el Oficial de Transparencia colaborará para que se cumplan todas estas medidas de transparencia, legalidad y anticorrupción, de forma transversal en toda la entidad”.

del control en las “funciones de los auditores internos” previstas por el Artículo 12 de la mencionada Ley de control interno⁵³, lo que no deja margen de duda de su aplicación al control de riesgos criminales. Lo anterior, sin perjuicio de las múltiples referencias señaladas en otras disposiciones jurídicas sobre su misión, como la prevista por el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) sobre la denuncia de los posibles actos de corrupción e irregularidades que haya encontrado en ejercicio de sus funciones (Artículo 9).

5.2.2. Metodología de gestión del riesgo

La implementación y funcionamiento efectivo de los PTEP dependerá, en buena medida, de la seriedad y responsabilidad con la que se apliquen las metodologías de gestión de riesgos que destacan en el plano internacional: ISO 31000 y COSO⁵⁴. Al respecto, lo primero que cabe recordar es que ambas metodologías forman parte integral del sistema normativo imperativo aplicable al control de riesgos criminales en las entidades administrativas en Colombia. Así, como se anotó, la primera se incardina al Decreto 124 de 2016 que desarrolla el Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, mediante el documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano - Versión 2” y la “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción”, instrumentos que forman parte integral del citado Decreto. La

53 Ley 87 de 1993, Artículo 12: “Artículo 12. Funciones de los auditores internos. Serán funciones del asesor, coordinador, auditor interno o similar las siguientes: a. Planear, dirigir y organizar la verificación y evaluación del Sistema de Control Interno; b. Verificar que el Sistema de Control Interno esté formalmente establecido dentro de la organización y que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos y, en particular, de aquellos que tengan responsabilidad de mando; c. Verificar que los controles definidos para los procesos y actividades de la organización, se cumplan por los responsables de su ejecución y en especial, que las áreas o empleados encargados de la aplicación del régimen disciplinario ejerzan adecuadamente esta función; d. Verificar que los controles asociados con todas y cada una de las actividades de la organización, estén adecuadamente definidos, sean apropiados y se mejoren permanentemente, de acuerdo con la evolución de la entidad; e. Velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios; f. Servir de apoyo a los directivos en el proceso de toma de decisiones, a fin que se obtengan los resultados esperados; g. Verificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad y recomendar los correctivos que sean necesarios; h. Fomentar en toda la organización la formación de una cultura de control que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de la misión institucional; i. Evaluar y verificar la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana, que en desarrollo del mandato constitucional y legal, diseñe la entidad correspondiente; j. Mantener permanentemente informados a los directivos acerca del estado del control interno dentro de la entidad, dando cuenta de las debilidades detectadas y de las fallas en su cumplimiento; k. Verificar que se implanten las medidas respectivas recomendadas; l. Las demás que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con el carácter de sus funciones”. Congreso de la República de Colombia. (noviembre 29 de 1993). Ley 87. Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=300>

54 Así, por ejemplo, véase la “Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas, Versión 5, del Departamento Administrativo de la Función Pública, la cual señala de manera expresa entre sus referencias ambas metodologías.

segunda metodología, como también se indicó, se vincula a la estructura del MECI exigido también a nivel reglamentario⁵⁵.

Lo anterior es imperioso destacarlo, pues si dichas metodologías se aplican cabalmente, el ejercicio de gestión de riesgos vinculado a la formulación e implementación del PTEP incorporaría una matriz de riesgos criminales construida bajo las exigencias que le marcan las normas técnicas respectivas. Así, por ejemplo, la metodología ISO 31000 destaca en su esquema un proceso en el que demanda el conocimiento del contexto externo e interno de la entidad para la comprensión de sus riesgos, el desarrollo de una fase de comunicación y consulta con las partes interesadas para afianzar dicha comprensión (por ejemplo, con los responsables de procesos críticos), el desarrollo de un proceso de apreciación del riesgo que comprende la identificación de potenciales eventos criminales, la medición de su probabilidad de ocurrencia e impacto previsible (análisis), la evaluación de los mismos para determinar su necesidad de tratamiento, la estructuración del respectivo plan de tratamiento (controles) y su posterior seguimiento y revisión⁵⁶.

Por su parte, el modelo COSO 2013 comprende una metodología para la gestión de riesgos que atiente a los objetivos perseguidos con su implementación (asociados a sus operaciones, información y cumplimiento), a los componentes requeridos para su logro (ambiente de control, evaluación del riesgo, actividades de control, información y comunicación y actividades de supervisión) y a la estructura organizativa que puede adoptar la entidad para la implementación efectiva de estos componentes (a nivel de la entidad, de sus divisiones, de sus unidades operativas o de sus funciones). En todo caso, cada objetivo, componente y unidad orgánica de gestión debe atender a los parámetros que el modelo establece para desarrollar una gestión efectiva de los riesgos tratados.

De la conjunción obligada de estas metodologías, por su prescripción normativa, el resultado será una matriz de riesgos (criminales, en este caso)⁵⁷. Su relevancia no es la menor, pues los componentes estructurales de esta herramienta no solo permiten tener una panorámica clara de los riesgos que enfrenta la concreta organización y los procesos en los que podrían concretarse, sino además cómo se tratarían. Eso sí, siempre que se delegue

55 Por ejemplo, véase la "Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas: Riesgos de gestión, corrupción y seguridad digital", Versión 4, del Departamento Administrativo de la Función Pública, la cual desarrolla expresamente dentro de su contenido varios principios, fases y elementos de la norma ISO 31000.

56 Por ejemplo, véase la "Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas: Riesgos de gestión, corrupción y seguridad digital", Versión 4, del Departamento Administrativo de la Función Pública, la cual indica múltiples referencias sobre los modelos COSO 2013 y COSO ERM 2017.

57 La citada "Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas: Riesgos de gestión, corrupción y seguridad digital", Versión 4, del Departamento Administrativo de la Función Pública, es especialmente clara en esta combinación metodológica para el desarrollo de controles de corrupción en el ámbito de la Administración pública, al conjugar en un mismo esquema de gestión de riesgos la metodología ISO 31000, marco COSO y modelo de Las Tres Líneas de Defensa.

en una persona competente (formación, experiencia, etc.), se le asignen los recursos requeridos (financieros, humanos, tecnológicos, etc.) y se le apoye verdaderamente para el cumplimiento de su función (autonomía, autoridad, etc.). He aquí, pues, la relevancia de la figura del Oficial de Transparencia que requiere el PTEP.

Con una matriz de riesgos criminales responsablemente desarrollada, como puede inferirse, no habrá excusa para sustraerse a una debida gestión de estos. Así, la precisa delimitación de las áreas de la entidad, la debida delimitación de los procesos adscritos a cada dependencia, la previsión de sus objetivos, la concreción de sus actividades, la segmentación de sus factores de riesgo, la anticipación o identificación debida de los potenciales eventos delictivos que pueden concretarse, la determinación de sus causas, la estimación de su probabilidad de ocurrencia, la previsión de su impacto, la evaluación de los controles requeridos, la formulación del plan de tratamiento respectivo, el diseño de los controles correspondientes, entre otros elementos estructurales de la matriz, permiten advertir que el control de tales riesgos resulta factible desde el punto de vista técnico.

5.2.3. Elementos estructurales del PTEP

Como se ha sugerido *supra*, con independencia de las directrices que desarrolle la Secretaría de Transparencia sobre el contenido de los PTEP según el mandato establecido por la Ley 2195 de 2022, el ordenamiento jurídico vigente prescribe múltiples componentes de *Compliance* que podrían reconducirse a la implementación de un auténtico programa de transparencia y ética al interior de las entidades públicas. Al menos un número de quince elementos estructurales de un programa de cumplimiento podrían mapearse en la normativa vigente que le otorgarían fundamento al desarrollo efectivo de los PTEP (aun a falta de las directrices especiales que se expidan al respecto):

- **Código de Ética:** Fundamentado en lo prescrito por la Ley 2016 de 2020, "Por la cual se adopta el Código de Integridad del Servicio Público Colombiano y se dictan otras disposiciones". Su importancia es la mayor, en la medida en que prescribe la exigencia de integrar al servicio público los valores de respeto, honestidad, compromiso, justicia y diligencia de los servidores públicos. En línea con la pretensión cultural de los PTEP, resulta determinante lo señalado por el Parágrafo del Artículo 1 de esta Ley, al prescribir que tal Código habrá de entenderse como la realización de tres cometidos: i) la capacitación obligatoria de inducción para cualquier cargo del Estado y en cualquier modalidad contractual; ii) la evaluación y seguimiento, con la respectiva generación de indicadores que permitan verificar su cumplimiento; iii) la inclusión obligatoria del Código en los manuales de funciones y demás métodos, planes y procedimientos que fortalezcan y promuevan la Integridad en el Servicio Público. Como puede notarse, dicho Código promueve un componente estructurante de los PTEP: la integridad.

- **Metodología de gestión de riesgos:** Como se señaló en precedencia, ningún sistema de *Compliance* o programa de cumplimiento se entiende sin una metodología de gestión de riesgos, máxime cuando el mismo Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 incorporó, tras la modificación introducida por el Artículo 31 de la Ley 2195 de 2022, la exacción expresa de "(...) identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misión". Este ciclo de gestión del riesgo, insístase en ello, no se puede emprender de forma distinta que con la previsión de una metodología que finalmente debe verse representada en la correspondiente matriz de riesgos.
- **Políticas:** Ancladas a las "Políticas de Desarrollo Administrativo" originadas en la Ley 489 de 1998 y reformuladas en su marco reglamentario por el Decreto 1081 de 2015, exigiendo el desarrollo de las siguientes políticas al interior de las entidades públicas: 1. Planeación Institucional; 2. Gestión presupuestal y eficiencia del gasto público; 3. Talento humano; 4. Integridad; 5. Transparencia, acceso a la información pública y lucha contra la corrupción; 6. Fortalecimiento organizacional y simplificación de procesos; 7. Servicio al ciudadano; 8. Participación ciudadana en la gestión pública; 9. Racionalización de trámites; 10. Gestión documental; 11. Gobierno Digital (antes Gobierno en Línea); 12. Seguridad Digital; 13. Defensa jurídica; 14. Gestión del conocimiento y la innovación; 15. Control interno; 16. Seguimiento y evaluación del desempeño institucional; 17. Mejora Normativa; 18. Gestión de la Información Estadística; 19. Compras y Contratación Pública. Como puede inferirse de su sola lectura, no hace falta argumentación adicional para advertir la conexión de varias de estas políticas con los objetivos y contenido de un sistema de *Compliance* público.
- **Política Anticorrupción:** Para que no quede margen de duda sobre la orientación especial que deben tener los PTEP, en la formulación del modelo correspondiente se deberá desarrollar una política que atienda de manera específica el control de la corrupción. Como puede verificarse en el ítem precedente, las políticas de integridad y transparencia otorgan la base normativa a una política anticorrupción. Entre otros aspectos a considerar en la misma, se deberá señalar de manera general todas las principales disposiciones normativas de orden constitucional, legal y reglamentario que reconducen al control de la corrupción, los roles y responsabilidades que tienen determinados cargos para asegurar su cumplimiento y la referencia general sobre los mecanismos con que cuenta la entidad respectiva para hacerle frente a tales riesgos. A partir de aquí, se deberán combinar otros mecanismos que garanticen no solo su accesibilidad real por parte de los integrantes de la organización (inducciones, divulgación, formación, etc.), sino además su sujeción general (consideración de incentivos, aplicación del régimen disciplinario, etc.). Esta política, en definitiva,

sería la “carta de presentación” de la entidad u organismo administrativo respectivo de su correspondiente PTEP.

- **Manual de Cumplimiento del PTEP:** Como todo programa de cumplimiento, el PTEP debe poder condensarse en un manual técnico que contenga todos los elementos normativos, metodológicos, políticos, procedimentales y funcionales que requiere el desarrollo del respectivo modelo de cumplimiento. Si bien no se contiene en el Artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 una referencia directa a un instrumento específico como el presente, es de Perogrullo que todo sistema de *Compliance* debe contar con este instrumento esencial, de modo que se pueda tener un documento guía que permita la ejecución de las políticas y procedimientos que demanda la gestión de riesgos de corrupción al interior de la entidad correspondiente. Entonces, definiciones, sustento normativo, metodología de gestión de riesgos (etapas), asignación de roles y responsabilidades, elementos del programa, políticas especiales (gestión de terceros, canal de denuncias, reportes internos y externos, etc.), planes de formación y divulgación, debida diligencia, procedimientos de control de proceso, auditoría interna, entre otros componentes, deberán incluirse como guía para la implementación del PTEP.
- **Procesos y Procedimientos:** Fundamentados en los Sistemas de Gestión de la Calidad previstos por la Ley 872 de 2003, obligatorios para las entidades del sector público, cuya importancia radica no solamente en su enfoque basado en procesos (propio de todo sistema de gestión de riesgos), lo cual exige su debida caracterización (entradas, actividades, salidas, etc.) y su procedimentalización (fases, responsables, controles, etc.), sino también la previsión de los puntos de control sobre los riesgos de mayor probabilidad de ocurrencia. Lo anterior, sin perjuicio de su previsión de complementariedad con los sistemas de control interno y de desarrollo administrativo referenciados por la Ley 489 de 1998.
- **Debida Diligencia Interna:** Fundamentada en lo prescrito por la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública. Entre otros aspectos, resulta relevante lo prescrito por su Artículo 2º, el cual señala que “El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública”. Ciertamente, esos tres elementos sustantivos se compadecen con criterios determinantes de los procesos de debida diligencia de proyección interna atados a estándares en cumplimiento normativo y antisoborno (como la ISO 37001).
- **Formación y Divulgación:** Entre otras múltiples disposiciones, encuentra su fundamento en el mismo MIPG, al requerir el fortalecimiento del liderazgo y el talento humano bajo los principios de integridad

y legalidad, como motores de la generación de resultados de las entidades públicas, según el Artículo 2.2.22.3.3 del Decreto 1081 de 2015 referido a los “Objetivos del Modelo Integrado de Planeación y Gestión MIPG”. Siendo más concretos en dicha exigencia de formación, prevé su Artículo 2.2.22.3.13 con relación a los “Programas de capacitación para la implementación y desarrollo del Modelo Integrado de Planeación y Gestión”, que la Escuela Superior de Administración Pública ESAP diseñará y ofrecerá programas o estrategias de capacitación, formación y desarrollo de competencias laborales dirigidas a los servidores públicos. Por tanto, al formar parte el control interno del MIPG, dichos programas de formación deberán recaer necesariamente sobre los parámetros del MECI y los PTEP.

- **Línea ética o canal de denuncias:** Según se indicó *supra*, el Artículo 76 de la Ley 1474 de 2011 establece expresamente la obligación que tienen las entidades públicas de establecer un canal para el reporte de irregularidades internas (*whistleblowing*). Entre otros aspectos señalados por este precepto, se indica que tales entidades “(...) deberán contar con un espacio en su página web principal para que los ciudadanos presenten quejas y denuncias de los actos de corrupción realizados por funcionarios de la entidad...”. Como puede advertirse, no admite interpretación alguna distinta a que este elemento se compadece con un auténtico mecanismo de gestión de denuncias de irregularidades conforme a los estándares en la materia, por ejemplo, los consagrados por la norma ISO 37002:2022.
- **Investigaciones internas:** Estrictamente conectado al elemento precedente, el protocolo de investigaciones internas que deberá desarrollarse para atender técnica y jurídicamente los reportes de corrupción tramitados a través de la línea ética constituye otro imperativo. Al respecto, señala este mismo precepto la obligación que recae sobre la oficina de quejas, sugerencias y reclamos de la respectiva entidad de asumir dicha responsabilidad, siendo esta dependencia la responsable de “(...) conocer dichas quejas para realizar la investigación correspondiente en coordinación con el operador disciplinario interno, con el fin de iniciar las investigaciones a que hubiere lugar”. En consecuencia, se aconseja que se sigan las mismas directrices establecidas por la citada ISO 37002:2022.
- **Asignación de roles y responsabilidades:** Son múltiples las normas del Estado que pueden reconducirse a la obligatoriedad que tienen las entidades públicas de delimitar responsabilidades y funciones por parte de sus servidores. El manual de funciones es un instrumento idóneo para ello. Así, por ejemplo, la misma Ley 909 de 2004 prevé dentro de la misión de las “Unidades de personal de las entidades” (Artículo 15), entre otras, la obligación que tienen de “Elaborar los proyectos de plantas de personal, así como los manuales de funciones y requisitos...” (1. c). Naturalmente, en estos manuales deben prever

las funciones relativas a los procedimientos de control que demande cada cargo de alta criticidad criminal.

- **Régimen sancionatorio:** La misma Carta Política de Colombia, como se mencionó, prevé dentro de su Artículo 6 que los servidores públicos son responsables no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por la por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Basta recordar la obligación de control interno que recae sobre las autoridades según lo preceptuado por los Artículos 209 y 269 de la norma superior. Pero, además, como también se mencionó, el numeral 32 del Artículo 38 de la Ley 1952 de 2019 (Por medio de la cual se expide el código general disciplinario), señala entre los “deberes de todo servidor público”, “Adoptar el Sistema de Control Interno y la función independiente de Auditoría Interna de que trata la Ley 87 de 1993 y demás normas que la modifiquen o complementen”. Todo ello, para afirmar que el incumplimiento de las obligaciones que dimanar de la Constitución Política y las leyes para el control interno aplicable a la gestión de riesgos de corrupción debe conducir a la sanción disciplinaria de quienes omiten cumplir tal obligación.
- **Gestión de terceros y debida diligencia:** Como ya se indicó, el Artículo 73 de la Ley 2195 de 2022 prevé dentro de las medidas a desarrollar por parte de las entidades públicas bajo el marco de los PTEP, “Medidas de debida diligencia”. Quien conoce el alcance de este mecanismo, no podrá negar la obligación que recae de realizar actividades de conocimiento de toda contraparte, operación, negocio o transacción desarrollada en el marco de actividades de la corporación, tendiente a identificar posibles escenarios de riesgo criminal. Incluso, para no dejar margen de duda sobre este alcance, el mismo precepto señala la obligación que tienen las entidades bajo los mismos programas de realizar consultas en listas restrictivas, lo que claramente se corresponde con el fin de tal componente.
- **Controles de proceso:** Según se desarrolló, si se revisan el documento y guía técnica establecidos por el Decreto 124 de 2016 (en su desarrollo del Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011), no queda margen de duda de que tales instrumentos conducen al control de los procesos especialmente expuestos a riesgos criminales de la organización. Es más, si se atiende al viejo contenido del Artículo 73 del Estatuto Anticorrupción, el “mapa de riesgos de corrupción” necesariamente debía conducir a una matriz de riesgos contentiva de los procesos susceptibles de albergar tales riesgos. Esto para indicar que, al mismo tiempo, dicha matriz contendría los controles de proceso requeridos para mitigar su posibilidad de ocurrencia. Lo anterior, sin perjuicio de que todo el conjunto normativo y metodológico aplicable al control interno reconduce al diseño de controles.
- **Auditoría interna:** Recuperando lo indicado sobre el modelo de “Las Tres Líneas de Defensa”, la revisión del marco normativo que regula

el control interno no deja duda sobre esta función de aseguramiento. Entre otros preceptos que señalan el contenido de la función, el Artículo 12 de la Ley 87 de 1993 relativo a las “funciones de los auditores internos” de la función pública, es absolutamente clara sobre la aplicación de la función de auditoría (interna) al control de actos irregulares o de desviación normativa, por ejemplo, el literal “e” de este precepto, el cual indica la obligación de tal funcionario de “Velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios”. En tal sentido, no cabe duda de que dicha función se aplica al aseguramiento del *Compliance* público.

COMPONENTES DEL PTEP		
1. Código de ética	1. Procesos y procedimientos	11. Roles y responsabilidades
2. Metodología de riesgos	2. Debida diligencia interna	12. Régimen sancionatorio
3. Políticas	3. Formación y divulgación	13. Gestión de terceros
4. Política Anticorrupción	4. Línea ética	14. Controles de proceso
5. Manual del PTEP	5. Investigaciones internas	15. Auditoría interna

Tabla 1: Cuadro resumen de elementos estructurantes que debería contener el proyecto de implementación del PTEP que cuentan con soporte constitucional, legal y reglamentario.

6. Excurso sobre la aplicación de Programas de Transparencia y Ética Pública en la gestión del riesgo penal por delitos contra la Administración pública

Como se ha visto en los ítems precedentes, los PTEP se orientan expresamente a la precaución de riesgos de corrupción en el ámbito de la función administrativa, prescribiéndose en el actual Artículo 73 del Estatuto Anticorrupción y la normativa reglamentaria relacionada todo un conjunto de cautelas de orden técnico y metodológico que no dejan duda sobre los medios que deben desplegar los máximos responsables de las entidades respectivas de librar una batalla frontal frente a dichos riesgos⁵⁸. Súmese a lo anterior,

58 Así, por ejemplo, con relación a la Alta Dirección, señaló el documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano - Versión 2”, p. 10, que: “Es importante la responsabilidad que debe asumir la Alta Dirección de la entidad frente al Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano. En este sentido es la responsable de que sea un instrumento de gestión, le corresponde darle contenido estratégico y articularlo con la gestión y los objetivos de la entidad; ejecutarlo y generar

por supuesto, las demás prescripciones establecidas incluso con anterioridad a la misma Ley 1474 de 2011 a nivel constitucional (artículos 209, 269, etc.) y legal (Ley 87 de 1993, Ley 489 de 1998, etc.) que conjuntamente reconducen al mismo objetivo: reducir los altos índices de corrupción que registran ciertas entidades administrativas.

El principal responsable de orientar la política anticorrupción de una determinada entidad u organismo público es su máximo representante⁵⁹. Al respecto, reitérese que el Artículo 269 de la Constitución Política de Colombia prescribe que “En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley...”. Asimismo, recuérdese que el numeral 32 del Artículo 38 de la Ley 1952 de 2019 (Por medio de la cual se expide el código general disciplinario), señala entre los “deberes de todo servidor público”, “Adoptar el Sistema de Control Interno y la función independiente de Auditoría Interna de que trata la Ley 87 de 1993 y demás normas que la modifiquen o complementen”. Todo lo anterior, como se indicó *supra*, porque el control interno es una pieza cardinal para el control de la corrupción.

Pero no siempre la máxima autoridad de la respectiva entidad u organismo público puede evitar que uno o varios de sus subalternos jerárquicos terminen abusando de su posición para cometer delitos. Naturalmente, factores como el tamaño de la corporación, su complejidad estructural y la especialización de sus distintos procesos, exigen que el cumplimiento del objeto de la entidad respectiva tenga necesariamente que desarrollarse a partir de la delegación⁶⁰. Empero, como resulta común en la práctica, algunos de estos subordinados pueden infringir su deber posicional y terminar cometiendo delitos aprovechándose de las debilidades de los controles establecidos por la entidad. Lo que sí puede ese alto directivo, además porque la Constitución y la ley le obliga, es establecer un sólido sistema de precaución criminal apuntalado en el PTEP y el control interno.

los lineamientos para su promoción y divulgación al interior y al exterior de la entidad, así como el seguimiento a las acciones planteadas”.

59 Para el caso de los alcaldes, por ejemplo, reséñese que los numerales 1º y 3º del Artículo 315 de la Constitución Política de Colombia señalan que son atribuciones del alcalde: “1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo”; “3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; (...)”.

60 Frente a las fuentes normativas del deber de evitación criminal y su relación con el mecanismo de la delegación, Uribe García, Saúl, *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª ed. Medellín: UNAULA, 2014, p. 129, señala que: “La posición de garante para los efectos penales, y de manera concreta con los servidores públicos contra la administración pública, se adquiere desde dos puntos distintos. El primero, cuando la Constitución, la ley, decreto o reglamento, impone obligaciones al jefe de cada entidad o dependencia estatal, acerca de la forma como debe dirigir la actividad administrativa, y de manera especial, el control que debe ejercer en torno a la actividad que desarrollan los subalternos. El segundo, con los fenómenos administrativos de la descentralización, desconcentración y delegación”.

En casos como el anterior, tomando como referencia la misma praxis forense en el ámbito de los delitos contra la Administración pública, nada se opone a que se vincule a la investigación penal correspondiente al máximo director de la entidad bajo la figura de la comisión por omisión (esto es, por no hacer lo jurídicamente exigible para evitar o reducir el riesgo de desviación criminal por parte de sus subalternos)⁶¹. Aclárese que no se está haciendo referencia a aquellos altos funcionarios que en el plano material han tenido una participación directa o han consentido la desviación corrupta de los procesos de su institución, sino a aquellos casos en los que, por desconocimiento, negligencia o, simplemente, por confianza frente a la actividad de sus subalternos, no desarrollan y aplican eficazmente las medidas de control criminal que se han venido señalando⁶².

Es en este plano donde surge la necesidad para dichos funcionarios de plantear una estrategia defensiva positiva en frentes como el fiscal, disciplinario y penal, encaminada normalmente a acreditar que su actividad directiva se acompasó con los criterios de diligencia requeridos para predicar una delegación de funciones apropiada y, con ello, beneficiarse procesalmente de la fuerza eximente que confiere el principio de confianza⁶³. Empero, como también puede verse en las resoluciones de los altos tribunales nacionales, para afirmar dicho principio no basta su mera invocación, sino que se requiere de prueba cierta sobre todas las condiciones que exige la figura de la delegación para que pueda imperar procesalmente dicho principio de confianza como mecanismo eximente.

Aquí es precisamente donde emerge el *Compliance* como mecanismo de descargo individual en procesos de responsabilidad penal en el marco de delitos contra la Administración pública. Para ser concretos, en este tipo de situaciones es donde los PTEP podrían rendir un efecto eximente para esos máximos directivos de la entidad u organismo público, en la medida en que

61 Sobre el instituto de la *comisión por omisión* y su aplicación en los delitos contra la Administración pública, Uribe García, Saúl, *Delitos contra la Administración Pública*. Op. cit., pp. 125-126, señala que: "En los delitos contra la Administración Pública tiene aplicación el artículo 25 del Código Penal, de manera concreta, según lo prescrito por los incisos 1º y 2º...". Agrega el autor frente a los efectos de tal infracción que: "(...) Si de los deberes jurídicos impuestos y exigibles al servidor público se desprende la posibilidad de impedir un resultado, su omisión en impedirlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

62 Con relación a la infracción del deber de vigilancia que recae sobre determinadas personas que cumplen un rol directivo al interior de las corporaciones, Silva Sánchez, Jesús-M., "Deberes de vigilancia y Compliance empresarial", en Kuhlen, Lothar, Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina G., Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 90, señala que: "(...) la infracción del deber de vigilancia da lugar, en caso de producción del resultado lesivo, a una imputación de este al delegante-vigilante a título de autoría en comisión por omisión".

63 Para fundamentar esta afirmación, pueden tomarse algunos de los criterios interpretativos señalados por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recogidos en su Sentencia SP8292-2016 (Radicación 42930) (MP. Eugenio Fernández Carlier, junio 22 de 2016). Esta resolución señala con relación a los representantes legales de entidades estatales que, para que opere el principio de confianza como "criterio excluyente de la imputación objetiva" frente a delitos cometidos en posiciones delegadas, tales gestores deben asegurar: (i) una adecuada selección del personal; (ii) "vigilar" la correcta realización de los restantes roles; (iii) corregir los errores manifiestos de otros.

sus distintos componentes se compadecen con las exigencias, condiciones o requisitos exigidos para predicar una delegación efectiva⁶⁴.

Para advertir este rendimiento del *Compliance* como mecanismo de descargo, lo primero que debe atenderse es la estructura de la figura de la comisión por omisión (omisión impropia). De manera concreta, el Código Penal colombiano regulado por la Ley 599 de 2000 establece en su Artículo 25 que la conducta punible puede ser realizada tanto por acción como por omisión. Como se pasa a describir, la ejecución efectiva de un PTEP impediría que pueda atribuirse omisiones punibles a su promotor. Veamos por qué:

Al respecto, lo primero que cabe señalar es que el mencionado Artículo 25 del Código Penal prescribe que, “Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal”. Como se ha visto, el máximo director de la entidad u organismo público no solo tiene el deber, sino la obligación, de “*impedir*” resultados delictivos en el giro ordinario de actividades (deber de evitabilidad criminal)⁶⁵. Toda la recensión constitucional, legal y reglamentaria desarrollada *supra* no deja margen de duda de tal obligación de precaución criminal⁶⁶.

Lo segundo que debe advertirse, acorde con este mismo segmento normativo, es que ese director, jefe o autoridad superior de la entidad u organismo público se encuentra “*en posibilidad de hacerlo*” (de impedir resultados delictivos)⁶⁷.

64 Con relación a las actividades de vigilancia y control atribuibles a los directores de entidad tendientes a evitar que al interior de la misma se materialicen delitos y la posibilidad de que surjan eventuales imputaciones jurídico-penales, Uribe García, Saúl, *Delitos contra la Administración Pública*, Op. cit., p. 144, indica que: “Se puede concluir, con respecto a la desconcentración, descentralización y delegación administrativa, que incumbe al jefe de la entidad, los controles, vigilancia, instrucciones, orientaciones y, en fin, las actuaciones tendientes a evitar que, por parte de otras personas, se cometan conductas típicas, siempre, eso sí, que sea conocida o cognoscible y que esté al alcance evitarlas”.

65 Así, como se señaló en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal (Radicación 25536) (M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Julio 27 de 2006): “(...) *En principio las posiciones de garante se refieren a los bienes jurídicos consignados en el parágrafo del artículo 25 del Código Penal, empero, por la fórmula utilizada respecto de posiciones de garante fundadas en la protección en concreto de un bien jurídico o de la vigilancia de una fuente de riesgo de conformidad con la Carta Política o la ley, puede extenderse a otros, incluido el de la administración pública*”.

66 Sobre la gestión de riesgos penales a través de programas de Compliance, véase, Amézquita Toro, Jorge A. “Modelos disruptivos de defensa penal de empresas y sus directivos”, en Ramírez Barbosa, Paula A. (Dir.). *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 129 y ss.

67 Con relación a los posibles efectos jurídico-penales asociados a la indebida delegación de funciones cuando se tiene un deber de garantía, Lascaraín Sánchez, Juan A., “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, en *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Op. cit., p. 166, sostiene que: “Desde el punto de vista penal la delegación tiene trascendencia en dos ámbitos. En el de la responsabilidad individual porque hace que se pueda imputar un resultado de lesión o de peligro al delegado competente que no lo ha evitado, que pasaría así a ser autor del correspondiente delito por omisión. La delegación también supone que ese mismo

Insístase en que los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios que le obligan a desplegar un control efectivo de los riesgos de corrupción le señalan incluso los parámetros técnicos y metodológicos que debe adoptar para el cumplimiento efectivo de tal cometido, lo que implica, lógicamente, la aprobación de recursos de orden humano, financiero, técnico y tecnológico. En tal sentido, tampoco queda margen de duda sobre tal posibilidad⁶⁸.

Y lo tercero que debe señalarse es que dicho precepto exige de manera alternativa, que "(...) el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido...", o bien que "(...) se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley". Tratándose de delitos contra la Administración pública, como se ha visto, la Constitución, la ley y el reglamento no admiten duda sobre que los máximos responsables de entidad u organismo público están obligados (posición de garantía) a vigilar aquellas fuentes de riesgo de corrupción que emergen en el marco de sus procesos de mayor criticidad (como, por ejemplo, la contratación). No hay razón para que las consecuencias punitivas de la indebida delegación con resultado criminal se traten en forma distinta al plano empresarial⁶⁹.

Superados los anteriores presupuestos, entonces, puede afirmarse que los directores de entidad u organismo público conviven permanentemente con su propio "riesgo penal"⁷⁰; un tipo de riesgo, por supuesto de carácter individual (que alcanza su libertad, patrimonio y otros bienes de índole personal), que

resultado pueda ser atribuido al delegante, y también a título de autor, aunque lo que debería haber hecho no era impedir directamente el resultado, sino vigilar que lo hiciera el delegado".

68 Frente a "La posición de garante", la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal (Radicación 25536) (M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Julio 27 de 2006), señaló: "*Posición de garante* es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el *deber jurídico concreto* de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable". Agregó la Sala que "(...) Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la *posición de garante*".

69 Entre muchos otros, véase, Montaner Fernández., Raquel. "El *criminal Compliance* desde la perspectiva de delegación de funciones", en Ragués i Vallés, Ramón y Robles Planas, Ricardo (Dirs.). *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018. Lascuraín Sánchez, Juan A. "La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales", en Nieto Martín, Adán (Dir.), Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, Blanco Cordero, Isidoro, Pérez Fernández, Patricia, García Moreno, Beatriz. *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015. Lascuraín Sánchez, Juan A. "La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa", en Nieto Martín, Adán (Dir.), Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, Blanco Cordero, Isidoro, Pérez Fernández, Patricia y García Moreno, Beatriz. *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. Silva Sánchez, Jesús-M. "Deberes de vigilancia y Compliance empresarial", en Kuhlen, Lothar, Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina G., Iñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

70 Con relación a los presupuestos de imputación de la omisión, según indica Lascuraín Sánchez, Juan A. "La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales", en *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Op. cit., p. 167: "En el apartado introductorio se adelantaba que la delegación es una fuente de deberes penales. Esto significa que el incumplimiento de las funciones delegadas (por parte del delegado) o la falta de control del delegado (por parte del delegante) pueden suponer un delito por

no se gestiona o administra de otro modo que a partir de la implementación efectiva de un “*Compliance* penal” de corte público.

En rigor jurídico, no consiste en otra cosa distinta que la implementación efectiva de un PTEP que se ajuste a todas las prescripciones jurídicas, técnicas y metodológicas de implementación e integración que se han señalado *supra* para dichos programas. De este modo, con mejor probabilidad, la estrategia defensiva en el plano procesal (penal) podrá rendir mejores resultados en el propósito de afirmar el citado principio de confianza.

Lo anterior se conecta a lo que en el mundo del *Compliance* se viene desarrollando bajo modelos de derecho penal preventivo ligados a la gestión de riesgos penales de nivel directivo⁷¹. Aproximándonos a dicho escenario procesal, son varios los puntos que la implementación efectiva de un PTEP podría permitir a la defensa técnica de funcionarios encartados. La debida administración de riesgos de corrupción y la apropiada asignación de funciones por la vía de la delegación son tema de prueba vital en el marco de tales procesos judiciales. Lo primero, por cuanto *la vigilancia de una determinada fuente de riesgo* implica acreditar que los riesgos inherentes de la concreta entidad u organismo público se administraron bajo los límites de “riesgo permitido”. Y, lo segundo, en la medida en que una efectiva delegación de funciones implica una apropiada elección, vigilancia (supervisión) y corrección de quienes se encarga bajo tal figura el desarrollo de procesos de especial criticidad criminal (como los procesos de contratación).

La debida administración o gerenciamiento de riesgos de corrupción, acorde con las propias metodologías recomendadas en los citados documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano - Versión 2” y “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción”, implica que se desarrolle una matriz de riesgos en la que el responsable respectivo de este proceso (oficial de transparencia, oficial de cumplimiento, oficial de ética o similar), determine todos los espectros que implica una gestión de riesgos en términos metodológicos (identificación, medición, valoración, control y monitoreo)⁷². La importancia de este instrumento no es menor en el terreno probatorio (judicial), pues es de esta manera que podrá valorarse en retrospectiva (a la luz de una prueba pericial en *Compliance*), si

el resultado que se deja de evitar, y que al incumplidor lo vamos a calificar como autor de ese delito”.

71 Al respecto, véase, Amézquita Toro, Jorge A. “Modelos disruptivos de defensa penal de empresas y sus directivos”, Op. cit.

72 Salvador Lafuente, Albert, “Mapa de riesgos: identificación y análisis de riesgos y controles”, en Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. Op. cit., p. 93: “Por lo tanto, una manera eficaz de identificación de riesgos sería hacer un recorrido por todos los procesos de la organización y verificar qué actividades se pueden dar del catálogo de conductas (ANEXO A).” (...) “Una vez identificada la conducta de riesgo, vamos a asignarla a un proceso (o departamento en caso de no disponer de un mapa de procesos)”.

dicho regente gestionó el concreto riesgo de corrupción materializado (delito) bajo los límites del riesgo permitido o admisibles⁷³.

La debida delegación de funciones, por su parte, implica una visión centrada en la calidad del talento humano en términos no solo técnicos (competencia), sino éticos (integridad), pues la invocación del principio de confianza implica, justamente, acreditar procesalmente las razones que se tuvo para confiar -en origen- en el concreto subalterno que terminó corrompiéndose. En últimas, se trata de acreditar desde el plano técnico las acciones desplegadas para confiar en la rectitud de quienes se encarga el desarrollo de un proceso que, de acuerdo con la misma matriz de riesgos, presenta alta exposición.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que, para afirmar ese postulado de confianza en términos prácticos, debe acreditarse una debida elección (reclutamiento, selección, instrucción, etc.), vigilancia (seguimiento, supervisión, medición del desempeño, etc.) y corrección en caso de advertir las mínimas desviaciones función encargada (llamados de atención, despido, denuncia, etc.). Si no se puede acreditar estas condiciones cuando la matriz de riesgos ha previsto que sobre un determinado proceso existe un riesgo inherente de corrupción elevado, entonces difícilmente podrá afirmarse que el delegante hizo lo debido para vigilar la fuente de riesgo que derivó en delito (al operador del proceso).

Y lo segundo que debe anotarse es que el ordenamiento jurídico en general prescribe múltiples referencias sobre la gestión del talento humano, comenzando por el principio de meritocracia que prescribe la misma Constitución Política (Art. 125), su desarrollo por parte de la Ley 909 de 2004 (Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública) y terminando en el mismo MIPG, cuya dimensión de partida es el "Talento Humano" (Dimensión 1)⁷⁴. Lo anterior, sin mencionar que cualquier estándar anticorrupción o de cumplimiento prescribe la necesidad de atender a la integridad de quienes ocupan una posición especialmente expuesta⁷⁵.

73 Con respecto a función del *Compliance* como mecanismo para la valoración del riesgo permitido, Caro Coria, Dino Carlos. "Imputación objetiva y Compliance penal", en Demetrio Crespo, Eduardo (Dir.). *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 398, señala que: "(...) sobre ello consideramos que la imputación objetiva es el espacio natural que conecta al Compliance penal con la teoría jurídica del delito de la persona jurídica, donde se puede afirmar que, si una empresa cuenta con un Compliance penal adecuado o idóneo, su actividad se mantendrá dentro del riesgo permitido y, por ende, no podrá imputársele objetivamente el delito cometido".

74 Sobre la importancia de los "Recursos Humanos" como política fundamental para el control de la corrupción en la contratación pública, véase Campos Acuña, Ma Concepción. *Aplicación práctica del Compliance en la contratación pública*. Op. cit., p. 127. Relacionado con este aspecto, reseña Casanovas Ysla, Alain. "Compliance penal normalizado...". Op. cit., p. 155, que: "Conocer las actividades de la organización expuestas a riesgo penal también permite concretar las posiciones o cargos próximos a ellas, facilitando así identificar al colectivo de personas especialmente expuestas, sobre las que la Norma UNE exige proyectar procesos reforzados de diligencia debida".

75 De acuerdo con lo reseñado por Nieto Martín, Adán. "De la ética al Public Compliance...", Op. cit., p. 26: "La necesidad de introducir controles específicos en cada administración, además de normas y principios éticos, se deriva también del Convenio de Naciones Unidas

Al final, teniendo en cuenta que esa debida elección de quienes ocupan cargos de especial criticidad criminal o ejecutan procesos de alta exposición delictiva no garantiza que no sucumban a tentaciones de desviarse del marco normativo que regula su función, la vigilancia de fuentes de riesgo criminal que recae sobre personas con posiciones directivas al interior de las entidades públicas se reconduce a una debida aplicación de los mecanismos de control que se han venido señalando (MIPG, MECI, PTEP, etc.), todavía mejor, si se orientan bajo un modelo de prevención de delitos o penal⁷⁶. Insístase en que, la vinculación procesal (penal) bajo la figura de la comisión por omisión, es solo una posibilidad jurídica para anticipar desde la óptica de la gestión de riesgos penales.

Por definición, el riesgo de infracción no podrá reducirse a cero por más efectiva que sea la implementación e integración de tales mecanismos. Sin embargo, en caso de concretarse un evento delictivo en niveles de decisión enmarcados dentro de actividades delegadas, se tendrán mayores argumentos y elementos de convicción (evidencias) para afirmar en el terreno del proceso penal que se actuó bajo los límites de riesgo permitido o bajo la *lex artis* que le era exigible según el marco jurídico que se ha referenciado⁷⁷. La prueba de *Compliance*, por esta razón, tendrá a futuro una importancia capital en la determinación de responsabilidades por delitos contra la Administración pública⁷⁸.

7. Colofón

Como habrá podido advertirse, la gran conclusión a la que puede llegarse en este trabajo es que en la Administración pública colombiana están dadas las condiciones normativas para desarrollar un auténtico *Compliance* que permita incrementar gradual, aunque aceleradamente, mayores niveles de integridad en la función administrativa. La generación de “culturas de legalidad”, tomando esta acertada expresión de la Ley 2195 de 2022 como propósito de la norma, no solo define la ontología del *Compliance* (la ética), sino también el propósito superior establecido por la Constitución Política de Colombia en su Artículo 209, al proponer la moralidad como principio estructural de la función

contra la corrupción. En su artículo 7.2 establece los requisitos que han de cumplir los procedimientos de contratación del personal, necesidad de que exista formación y una selección específica para aquellos funcionarios públicos que trabajen un área de riesgo etc.”.

76 Al respecto, Casanovas Ysla, Alain. “*Compliance* penal normalizado...”. Op. cit., p. 155, señala que: “En el ámbito del *sistema de gestión de Compliance penal*, la identificación del *riesgo penal* consiste en conocer qué conductas potencialmente delictivas podrían entrañar la responsabilidad penal de la persona jurídica o la aplicación del régimen de consecuencias accesorias, atendidas las circunstancias concretas de la *organización*”.

77 Sobre la gestión de riesgos penales a través de programas de *Compliance*, véase: Amézquita Toro, Jorge A. “Modelos disruptivos de defensa penal de empresas y sus directivos”. Op. cit., pp. 129 y ss.

78 Al respecto, véase, Gayá, Bartolomé O. “La pericial en el *Compliance*: Un modelo nuevo versus 15 años de prueba pericial en España”, en Picó i Junoy, J. *Peritaje y prueba pericial*. Barcelona: Bosch, 2015.

administrativa. Los Programas de Transparencia y Ética Pública establecidos por la Ley 2195 de 2022, como se ha proyectado, constituyen una oportunidad invaluable para desarrollar toda la profusión institucional que demanda la movilización de la consciencia social que se requiere para exigir a los regentes públicos el cumplimiento de su deber posicional y, con ello, el respeto de las disposiciones que rigen su función.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, S. (1997). Reflexiones sobre la calificación moral del soborno, en Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvina. *La corrupción política*. Madrid: Alianza editorial.
- Amézquita Toro, J. (2022). Modelos disruptivos de defensa penal de empresas y sus directivos”, en Ramírez Barbosa, P. (Dir.). *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch.
- Campos Acuña, C. (2020). Creación y gestión del mapa de riesgos en el sector público: *Compliance* y procesos de contratación pública, en Simón Castellano, P. y Abadías Selma, A. (Coords.) *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Campos Acuña, M. (2019). *Aplicación práctica del Compliance en la contratación pública*. Madrid: Aranzadi.
- Caro Coria, D. (2020). Imputación objetiva y *Compliance* penal, en Demetrio Crespo, E. (Dir.) *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Casanovas Ysla, A. (2019). *Compliance* penal normalizado: El estándar UNE 19601”, 1ª. Ed. Navarra: Aranzadi.
- Castro Cuenca, C. (2012). La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa, en Zúñiga Rodríguez, L., Gorjón Barranco, M., Fernández García, J. y Díaz Cortés, L. (Coords.). *Poder y delito. Escándalos financieros y políticos*. Salamanca: Ratio Legis.
- Castro Cuenca, C. (2009). *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis.
- Díez-Picazo, L. (2000). *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000.
- Fernández Ríos, L., (1999). *Psicología de la corrupción y los corruptos*. Santiago de Compostela: Grupo Editorial Universitario.
- Gallego, C., Isabel. (2014). La prevención de la corrupción en la contratación pública, en Nieto Martín, A. y Maroto Calatayud, M., *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

- Gayá, Bartolomé O. (2015). La pericial en el *Compliance*: Un modelo nuevo versus 15 años de prueba pericial en España, en Picó I. y Junoy, J. *Peritaje y prueba pericial*. Barcelona: Bosch.
- Green, Stuart P., (2013). *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (Trad. Agustina Sanllehí, J., Amorós Bas, M. y Ortiz de Urbina I.) Barcelona: Marcial Pons.
- Laporta, F. y Álvarez, S. (1997). *La corrupción política*, Madrid: Alianza editorial.
- Lascuraín Sánchez, J. (2015). La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales, en Nieto Martín, A. (Dir.), Lascuraín Sánchez, J., Blanco Cordero, I., Pérez Fernández, P., García Moreno, B. *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Lascuraín Sánchez, J. (2015). La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa, en Nieto Martín, A. (Dir.), Lascuraín Sánchez, J., Blanco Cordero, I., Pérez Fernández, P. y García Moreno, B. *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Malem Seña, J. (2002). *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa.
- Malem Seña, J. (2000). *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa.
- Montaner Fernández, R. (2018). El *criminal Compliance* desde la perspectiva de delegación de funciones, en Ragués I., Vallés, R. y Robles Planas, R. (Dir.). *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico empresarial*. Barcelona: Atelier.
- Nieto Martín, A., (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho penal, en Kuhlen, L., Montiel, J. y Ortiz de Urbina G., Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons.
- Nieto Martín, A. y Maroto Calatayud, M. (2014). *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Ragués I., Vallés, R., (2013). Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa, en Silva Sánchez, J. (Dir.) y Montaner Fernández, R. (Coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier.
- Rose-Ackerman, S. (2001). *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias, y reforma* (Trad. Colodrón Gómez, A.). Madrid: Siglo Veintiuno Editores de España.
- Salvador Lafuente, A., (2020). Mapa de riesgos: identificación y análisis de riesgos y controles, en Simón Castellano, P. y Abadías Selma, A. (Coords.). *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. Madrid: Wolters Kluwer.

- Silva Sánchez, J. (2013). Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial, en Kuhlen, L., Montiel, J. y Ortiz de Urbina G., Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons.
- Uribe García, S., (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª ed. Medellín: UNAULA.
- Villoria Mendieta, M. (2006). *La corrupción política*. Madrid: Síntesis.
- Villoria Mendieta, M. (2002). *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*. Madrid: Tecnos.

Documentos técnicos:

- Instituto de Auditores Internos (IIA), (2013). Declaración de Posición: *Las Tres Líneas de Defensa para una efectiva gestión de riesgos y control*.
- Departamento Administrativo de la Función Pública, "Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas: Riesgos de gestión, corrupción y seguridad digital, Versión 4".
- Departamento Administrativo de la Función Pública, "Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas, Versión 5".
- Departamento Administrativo de la Función Pública, "Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano, Versión 2".

CAPÍTULO 7

El uso de las tecnologías de la información y la comunicación para promover la transparencia y en los *Compliance* públicos

*Andrés Felipe Roncancio Bedoya, Alba Luz Serrano Rubiano
y Kelly Espitia Ortega*

Resumen

El uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) ha sido un tema importante en la promoción de la transparencia y el cumplimiento en la gestión pública. En este contexto, se han implementado diversas iniciativas y herramientas que buscan garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública. En este sentido, el análisis de las iniciativas y herramientas existentes, las mejores prácticas en su implementación, así como los desafíos éticos y de privacidad en su uso, son fundamentales para evaluar su efectividad y mejorar su implementación.

Algunas de las iniciativas y herramientas existentes incluyen portales de transparencia, plataformas de seguimiento y evaluación, y sistemas de gestión de información. Las mejores prácticas en su implementación incluyen la participación ciudadana, la colaboración interinstitucional y la capacitación constante del personal encargado de su implementación. Sin embargo, también existen desafíos éticos y de privacidad en su uso, como el manejo de información confidencial y el acceso equitativo a la información para consolidar los planes de cumplimiento en lo público.

Palabras clave: tecnologías de la información, transparencia, rendición de cuentas, gestión pública, fiscalización.

Introducción

La transparencia y la rendición de cuentas son aspectos fundamentales para garantizar la eficacia y la legitimidad de la gestión pública. En este sentido, el uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha abierto nuevas posibilidades para mejorar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública, así como para mejorar la eficiencia y la eficacia en la administración de los recursos públicos, los cuales son factores de especial revisión en la implementación de los planes de cumplimiento públicos.

En este contexto, el presente análisis se centra en tres aspectos clave: el análisis de las iniciativas y herramientas existentes respecto del cumplimiento a partir de la transparencia y la rendición de cuentas; el análisis de las mejores prácticas en la implementación de iniciativas y herramientas de TIC para mejorar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública; y finalmente, el análisis de los desafíos éticos y de privacidad asociados a la implementación de estas iniciativas y herramientas de TIC.

Es importante destacar que este análisis tiene como objetivo aportar información relevante para la reflexión y la toma de decisiones por parte de los responsables de la gestión pública, así como para la sociedad en general. Se espera que este análisis contribuya a identificar los principales desafíos y oportunidades asociados a la implementación de iniciativas y herramientas de TIC para mejorar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública, y que aporte elementos para mejorar las políticas y prácticas en este ámbito, entiendo su articulación directa con los principios de la administración públicos los que implican una diferenciación estructural con los planes de cumplimiento en lo público a diferencia de lo privado.

1. Análisis de las iniciativas y herramientas existentes.

En la actualidad, existen diversas iniciativas y herramientas para promover el cumplimiento normativo y la transparencia en la gestión pública, las cuales pueden ser analizadas para identificar buenas prácticas y oportunidades de mejora, debido a que el acceso a la información pública y la fiscalización ciudadana son pilares fundamentales para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública (Emmerich, 2004).

Estas herramientas implican determinar que, en cualquier plan de cumplimiento público, es importante entender que existe una diferenciación estructural con los planteamientos que se estructuran entendiendo que el desarrollo de la idea de la transparencia tiene elementos que cambian de lo privado a lo público, en tanto deben tener implícito, el cumplimiento de los fines del Estado.

Una iniciativa comúnmente utilizada para promover la transparencia es la implementación de portales de transparencia, los cuales ofrecen a la ciudadanía información sobre el uso de los recursos públicos, como el presupuesto y la ejecución de obras y proyectos. De acuerdo con el Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo (2020) es sustancial que estos portales o estrategias de apertura de datos y transparencia sean acompañados de mecanismos de capacitación, socialización, seguimiento y reporte, que permitan diagnosticar y potenciar su uso. Además, los portales de transparencia también pueden ser una herramienta para la participación ciudadana y el control social.

Esta idea, del control social, implica la consideración del diálogo permanente que se debe generar con la ciudadanía y con los demás actores, que no solo esperan una respuesta clara por parte de la administración, sino que tienen facultades frente a la misma, en donde es claro, que esto implica

una diferenciación categórica y por tanto un margen que debe generarse en los espacios de interacción, que pasa de cómo se presenta la información y como la misma debe tener escenarios de control, en donde los datos no solo se presentan sino que pueden ser cuestionados por la administración. Este cambio pasa al estar acorde a las transformaciones que se generan entre los cambios de la transparencia 2.0 a la 3.0. datos que no solo son accesibles, sino sobre los que la democracia participativa hace control.

Asimismo, otro instrumento que puede ser utilizada para promover la transparencia es la implementación de sistemas de gestión de documentos, los cuales permiten registrar y almacenar la información generada por la gestión pública de manera ordenada y accesible. Según, CLAD (2009) la transparencia no solo es un principio que debe ir encaminado a fortalecer la relación de la administración para con los ciudadanos en términos de la gestión pública, sino que, es una herramienta que permite cumplir con otros principios como la rendición de cuentas, transparencia en la gestión, toma de decisiones participativa y apertura pública y constante con la información para los ciudadanos.

En concurrencia al primer elemento, la idea de presentar los datos debe estar articulada al depósito de este, en donde la idea de la gestión está ligada a ver como entonces la ciudadanía tiene márgenes de integraciones que están articulados a las dinámicas de discusión de la esfera pública, esta prospectiva implica entonces el reconocimiento de un proceso que reconoce que el dato que presenta debe reposar en disponibilidad a los márgenes de interacción clara que tiene el Estado.

Posteriormente, vale la pena dar cuenta, que en la presentación de los niveles de información, también es preciso garantizar que en los canales de comunicación, existan criterios que posibiliten sobre los datos, análisis de seguimiento y monitoreo de la ejecución presupuestaria, en modo de ejemplo, puede reconocerse este hito desde la adopción de instrumentos como el Sistema de Control y Seguimiento del Gasto Público en México (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 2023), el cual permite a los ciudadanos supervisar y consolidar temarios como la dirección del gasto público ejercido por parte del Gobierno Federal, que fue obtenida a través de los diferentes sistemas institucionales. Este tipo de herramientas pueden ser útiles para identificar posibles desviaciones presupuestarias y promover la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública.

En este sentido, el dato que se entrega debe tener claridad en su trazabilidad, la gestión de este tipo de interacciones, explicita la necesidad que la adopción de los planes de cumplimiento en su esencia, van generando una transformación estructural del principio de transparencia, y con ello, una muestra sobre el viraje estructural de la adopción de este tipo de cambios, que en determinadas circunstancias validan, el proceso de transparencia y por tanto del cumplimiento de los fines de la administración.

Por último, cualquier plan de cumplimiento, debería implementar herramientas de participación ciudadana, como presupuestos participativos o consultas populares, para involucrar a la ciudadanía en la toma de decisiones y en la evaluación de la gestión pública. Todas estas herramientas y esfuerzos que desde la administración se realizan solo tienen valor en la medida en que terminan impactando de manera positiva a los servicios prestados, por ejemplo, en temas de calidad y eficiencia de los servicios del Estado (Presidencia de la República, 2017)

Dando cuenta, que a partir de estos criterios, existe una suerte de automatización o tecnificación del principio de transparencia, que reconoce el proceso del dato en un margen de su presentación, repositorio, interacción y dialogo, en relación no solo de la institución, sino también de los actores, de lo que resulta una complejización de los criterios de la transparencia vista como parte de los planes de cumplimiento, y como uno de los criterios que no solo se presenta, sino que se valida y se proyecta sobre los criterios dentro de los procesos de la administración.

En conclusión, existen diversas iniciativas y herramientas para promover la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública. Estas herramientas pueden ser analizadas para identificar buenas prácticas y oportunidades de mejora, con el objetivo de garantizar un uso eficiente y efectivo de los recursos públicos y fortalecer la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas.

En este sentido, también es importante resaltar que pese que esto desde el criterio de la administración pudiera comprender todo un margen de desarrollo, es importante que dentro del diseño de los planes de cumplimiento, se entren a considerar los factores exógenos que validan los criterios de la estructura de cualquier de cumplimiento, en donde hay que reconocer el papel que pueden jugar las redes sociales y otras herramientas tecnológicas para promover la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública (Lara Martínez, Pina Martínez, y Torres Pradas, 2013). Por ejemplo, la utilización de plataformas digitales para la publicación de información relevante, como informes y estadísticas, puede mejorar la accesibilidad de los datos por parte de la ciudadanía. Asimismo, el uso de redes sociales puede ser una herramienta para la comunicación directa entre los ciudadanos y los representantes del gobierno, lo que puede fomentar un mayor diálogo y participación ciudadana (Aguirre Sala, 2013).

En este sentido, la consideración sobre cómo se trata la información por parte de terceros, no solo está dado como un punto de reconocimiento sobre el criterio que se adopta en el proceso de entrega de información, sino como la misma es tratada e interpretada. Por otro lado, el análisis de las iniciativas y herramientas existentes también debe considerar las barreras que existen para su implementación y efectividad. Uno de los principales desafíos es la falta de capacitación y recursos para los funcionarios públicos encargados de implementar estas iniciativas y herramientas (Ron, 2021). Además, la falta de compromiso político y la resistencia al cambio también pueden ser obstáculos

para la implementación de medidas de transparencia y rendición de cuentas (Meneses, 2014).

Es importante destacar que la implementación de medidas de transparencia en los planes de cumplimiento debe ser un proceso continuo y en constante evolución. Por tanto, se debe evaluar de manera constante la efectividad de las iniciativas y herramientas implementadas, así como estar dispuestos a realizar cambios y mejoras para adaptarse a las nuevas necesidades y desafíos.

Por lo que, el análisis de las iniciativas y herramientas existentes para promover el cumplimiento normativo y la transparencia en la gestión pública es esencial para identificar oportunidades de mejora y buenas prácticas. Las herramientas tecnológicas, como los portales de transparencia, sistemas de gestión de documentos y redes sociales, pueden ser utilizadas para mejorar el acceso a la información y fomentar la participación ciudadana. Sin embargo, es importante considerar las barreras y desafíos que existen para su implementación y efectividad, así como la necesidad de evaluación constante y adaptación a las nuevas necesidades y desafíos (del Rosario, 2021).

En este lineamiento la idea de transparencia debe estar ligada al manejo de la información que debe estar determinada a i) su presentación, ii) su depósito, iii) su validación e interacción iv) su retroalimentación, en donde esto responderá a un criterio exógeno de manejo de esta por sus actores involucrados y por los actores institucionales que deben estar en disposición del manejo de esta.

1.1. Evaluación del impacto de las iniciativas y herramientas

La evaluación del impacto de las iniciativas y herramientas en materia de *Compliance* y transparencia en la gestión pública resulta crucial para determinar si se han alcanzado los objetivos previstos y para identificar posibles mejoras o ajustes que permitan optimizar su efectividad (Accifonte, 2019). En este sentido, existen diversas metodologías y herramientas que pueden utilizarse para evaluar el impacto de estas iniciativas, entre las cuales destaca el análisis costo-beneficio (Schröder, 2006).

El análisis costo-beneficio se basa en la comparación entre los costos de implementar una iniciativa o herramienta y los beneficios que se obtienen de su aplicación. Esta metodología permite identificar si los beneficios superan a los costos y, en caso contrario, si los costos pueden reducirse para que la iniciativa o herramienta sea más rentable. En el contexto de la gestión pública, el análisis costo-beneficio puede utilizarse para evaluar el impacto de herramientas como los portales de transparencia o los sistemas de denuncia de irregularidades (Lara y Franco Carvache, 2017).

Otra herramienta que puede resultar útil para evaluar el impacto de las iniciativas y herramientas en materia de *Compliance* y transparencia es la evaluación de la percepción ciudadana (Mata-Echeverría, 2023). Este tipo de evaluación se basa en la realización de encuestas o consultas a la ciudadanía

para conocer su percepción sobre la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública. De esta forma, se puede identificar si las iniciativas y herramientas implementadas están teniendo un impacto positivo en la percepción ciudadana y si se requieren medidas adicionales para mejorar la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas (Bedoya Barros, 2017).

Finalmente, es importante mencionar que la evaluación del impacto de las iniciativas y herramientas en materia de *Compliance* y transparencia en la gestión pública debe ser constante y sistemática. Esto permitirá no solo identificar los resultados de las iniciativas implementadas, sino también ajustarlas y mejorarlas continuamente para asegurar su efectividad y pertinencia en un entorno cambiante y en constante evolución.

En conclusión, la implementación de iniciativas y herramientas en materia de *Compliance* y transparencia en la gestión pública es fundamental para garantizar la rendición de cuentas y prevenir la corrupción en el sector público. Sin embargo, es necesario evaluar constantemente el impacto de estas medidas, para identificar fortalezas y debilidades y mejorar su efectividad en la lucha contra la corrupción. Además, es fundamental que estas iniciativas y herramientas sean ampliamente difundidas entre la ciudadanía, para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho a fiscalizar la gestión pública y contribuir en la construcción de una sociedad más justa y transparente.

La transparencia y el *Compliance* en la gestión pública no solo son necesarios para cumplir con los requisitos legales, sino para promover la confianza de la ciudadanía en sus instituciones y construir una sociedad más democrática y participativa (Villarreal-Chérrez, Quevedo-Barros, Neira-Neira, y Quevedo-Cuenca, 2021).

1.2. Análisis de las barreras para la implementación de iniciativas y herramientas de TIC

La implementación de iniciativas y herramientas de TIC en el ámbito de la transparencia y el cumplimiento en la gestión pública enfrenta diversas barreras. En primer lugar, se encuentran las barreras legales, ya que en algunos países no existen leyes claras y precisas que regulen la implementación de estas iniciativas y herramientas, lo que genera incertidumbre y dificulta su adopción (Martínez-Bordiú et al., 2020). Además, la falta de recursos financieros y humanos suficientes para llevar a cabo la implementación de estas herramientas también puede ser una barrera importante (Rocio Vega, 2019).

Otra barrera importante es la falta de cultura de transparencia y rendición de cuentas, tanto por parte de las autoridades como de la ciudadanía. En algunos casos, las autoridades pueden sentirse incómodas al tener que hacer pública su gestión y se resisten a implementar herramientas de TIC que les obliguen a hacerlo, aun cuando existe la necesidad de avanzar hacia una sociedad digital sostenible que genere un impacto sistémico en el sistema tradicional (CEPAL,

2022). Por otro lado, en términos del maestro Jesús Martín-Barbero (citado en Checa, 2009) (Sol Arriaza, 2012) la ciudadanía juega un rol importante en cuanto:

(...) a lo propio de la ciudadanía hoy es el hallarse asociada al “reconocimiento recíproco”, esto es al derecho a informar y ser informado, de hablar y ser escuchado, imprescindible para poder participar en las decisiones que conciernen a la colectividad (p. 59)

Asimismo, se pueden presentar barreras tecnológicas, como la falta de infraestructura adecuada para la implementación de herramientas de TIC, así como la falta de capacitación y formación para su uso adecuado por parte de las autoridades y la ciudadanía (Sol Arriaza, 2012). Por lo que, la implementación de iniciativas y herramientas de TIC para promover la transparencia y el cumplimiento en la gestión pública se enfrenta a diversas barreras, que van desde las legales y financieras hasta las culturales y tecnológicas. Es necesario abordar estas barreras de manera integral para lograr una implementación efectiva y exitosa de estas herramientas y mejorar la calidad de la gestión pública.

Además de las barreras técnicas y financieras, también existen barreras culturales y políticas para la implementación de iniciativas de cumplimiento y transparencia (Valderrama y Jiménez, 2005). En algunos casos, los funcionarios públicos pueden resistirse a la adopción de herramientas y medidas de transparencia y cumplimiento porque temen que expongan errores o deficiencias en la gestión. En otros casos, puede haber resistencia política a la implementación de medidas de transparencia y rendición de cuentas porque los funcionarios temen que puedan ser utilizadas para fines políticos o partidistas.

En resumen, la implementación de iniciativas y herramientas de TIC para el cumplimiento y la transparencia en la gestión pública puede enfrentar una serie de barreras técnicas, financieras, culturales y políticas. Para superar estas barreras, es necesario un compromiso fuerte y sostenido por parte de los líderes políticos y los funcionarios públicos, junto con una inversión significativa en recursos financieros, tecnológicos y humanos. Además, se deben abordar las barreras culturales y políticas a través de campañas de sensibilización y capacitación, así como mediante la implementación de medidas de seguridad y protección de datos para garantizar la confianza y la privacidad de los ciudadanos.

2. Análisis de las mejores prácticas en la implementación de iniciativas y herramientas de TIC

En cuanto a las mejores prácticas en la implementación de iniciativas y herramientas de TIC para el cumplimiento y la transparencia en los *Compliance*, es importante destacar la experiencia de países, que en medidas de planes de cumplimiento han venido permitiendo validar buenas prácticas, como Estonia, considerado uno de los líderes en este ámbito. El gobierno de Estonia

ha desarrollado el sistema X-Road, una plataforma en línea que permite a diferentes organismos públicos compartir datos de manera segura y eficiente. Además, han implementado la firma digital y la identificación electrónica como medios para la autenticación y el acceso a servicios públicos en línea (Ontiveros, Vizcaíno, y López Sabater, 2016).

Otro ejemplo para destacar es el caso de Chile, que ha implementado el Portal de Transparencia, un sitio web que permite a los ciudadanos acceder a información pública de manera sencilla y transparente. El portal cuenta con una sección específica para la publicación de los informes de cumplimiento de los organismos públicos, lo que permite una mayor rendición de cuentas por parte de estos entes (Abeleida Díaz, Carvajal González, Finol Romero, y Manzano Chávez, 2019).

Asimismo, la experiencia de Uruguay en la implementación de la iniciativa "Gobierno Electrónico" es un ejemplo de buenas prácticas en la incorporación de TIC para el cumplimiento y la transparencia. El gobierno uruguayo ha desarrollado una plataforma en línea que permite a los ciudadanos realizar trámites y acceder a servicios públicos de manera rápida y eficiente, lo que se traduce en una mayor transparencia en la gestión pública y una mayor participación ciudadana (Riascos, Martínez Giordano, y Solano, 2008).

En definitiva, la implementación de iniciativas y herramientas de TIC para el cumplimiento y la transparencia en la gestión pública se convierte en una necesidad para mejorar la calidad de los servicios que se ofrecen y la rendición de cuentas de los organismos públicos. La experiencia de países como Estonia, Chile y Uruguay evidencia que el uso de tecnologías como la firma digital, la identificación electrónica y los portales de transparencia pueden ser herramientas efectivas para lograr estos objetivos.

Otra práctica exitosa en la implementación de herramientas de TIC para el cumplimiento y la transparencia en la gestión pública es la colaboración entre diferentes organismos y sectores de la sociedad. En este sentido, es importante involucrar tanto a la ciudadanía como a empresas, organizaciones y grupos de la sociedad civil en el diseño e implementación de estas herramientas, fomentando la participación de todos los actores involucrados en la mejora de la gestión pública (Montecinos y Contreras, 2019).

Por último, es fundamental que las iniciativas y herramientas de TIC para el cumplimiento y la transparencia en la gestión pública sean sostenibles a largo plazo, no solo desde un punto de vista financiero, sino también en términos de continuidad y adaptabilidad. La tecnología evoluciona constantemente y, por tanto, es necesario que estas iniciativas estén en constante actualización y mejora para que sigan siendo efectivas y relevantes para la ciudadanía.

En ese orden de ideas, la implementación de iniciativas y herramientas de TIC para el cumplimiento y la transparencia en la gestión pública es clave para fortalecer la democracia y garantizar el acceso a información y la rendición de cuentas por parte de las autoridades (Guillermo Ríos y Heredia Loayza, 2018).

Para ello, es necesario superar las barreras que impiden su implementación efectiva y fomentar las mejores prácticas que han demostrado ser exitosas en otros contextos.

Existen varios ejemplos de iniciativas exitosas a nivel global que utilizan tecnologías eficientes e idóneas para promover la transparencia y el cumplimiento en el sector público. Uno de ellos es el portal de transparencia de la Ciudad de México, el cual se ha convertido en un referente a nivel internacional por su eficacia y eficiencia en la difusión de información pública. A través de este portal, los ciudadanos pueden acceder a información detallada sobre el presupuesto de la ciudad, las obras públicas, la contratación de servicios, entre otros aspectos relevantes de la gestión pública (Vázquez Hernández, 2023).

En Europa, la iniciativa "Open Government Partnership" es un ejemplo de la importancia que se le está dando a la transparencia y el cumplimiento en el sector público. Esta iniciativa busca promover la apertura y la transparencia de los gobiernos en todo el mundo, a través de la colaboración entre los gobiernos y la sociedad civil. Entre los países que han participado en esta iniciativa se encuentran España, Reino Unido, Canadá, entre otros (España, 2012).

En América Latina, el portal de transparencia de la ciudad de São Paulo en Brasil es otro ejemplo destacable de la implementación de tecnologías eficientes e idóneas para promover la transparencia y el cumplimiento en el sector público. A través de este portal, los ciudadanos pueden acceder a información detallada sobre el presupuesto de la ciudad, las obras públicas, la contratación de servicios, entre otros aspectos relevantes de la gestión pública (Moreira Corrêa y Claussen Spinelli, 2011).

Estos ejemplos muestran la importancia de la implementación de tecnologías eficientes e idóneas para garantizar la transparencia y el cumplimiento en el sector público, así como el impacto positivo que estas iniciativas pueden tener en la participación ciudadana y la rendición de cuentas.

En conclusión, el análisis de las mejores prácticas en la implementación de iniciativas y herramientas de TIC para el cumplimiento y la transparencia en la gestión pública ha demostrado la importancia de contar con soluciones tecnológicas adecuadas para el manejo de información pública y para el fortalecimiento de la participación ciudadana en la fiscalización de la gestión pública.

Se destaca la necesidad de contar con iniciativas que permitan la colaboración y la participación ciudadana en la gestión pública, así como la implementación de tecnologías accesibles y amigables para los usuarios, que permitan la visualización de información clara y precisa, y que sean capaces de generar un impacto real en la transparencia y rendición de cuentas.

Se ha demostrado que la utilización de herramientas tecnológicas como portales de transparencia, aplicaciones móviles, sistemas de gestión de la información, entre otras, pueden mejorar la eficacia en la gestión pública, la detección y prevención de fraudes, y la promoción de la transparencia y la rendición de cuentas, en otras palabras:

El otro gran objetivo de este tipo de acciones digitales debería ser la de “llevar la administración pública hacia donde está el ciudadano”, de este modo se debe montar un dispositivo que permite al ciudadano gestionar el cumplimiento de sus obligaciones con el estado desde donde este se encuentre sin necesidad de hacer acto de presencia física en recinto alguno. Dicho procedimiento deberá contar con la misma validez de un procedimiento efectuado en sede administrativa. (Carabajal, 2022, pág. 109)

Sin embargo, también se destaca la importancia de superar las barreras culturales, políticas y económicas que limitan la implementación de estas iniciativas y herramientas en algunos contextos, y se recomienda la importancia de contar con un enfoque de colaboración y coordinación entre los diferentes actores involucrados en la gestión pública y la sociedad civil.

3. Análisis de los desafíos éticos y de privacidad

En el ámbito de la gestión pública, el uso de tecnologías de la información y la comunicación para promover la transparencia y el cumplimiento (*Compliance*) se enfrenta a una serie de desafíos éticos y de privacidad (Olivera, 2022). Uno de estos desafíos es el acceso a la información personal de los ciudadanos, que puede ser recopilada y utilizada para fines no previstos o incluso malintencionados. Por lo tanto, es necesario establecer regulaciones claras y precisas sobre la recopilación, uso y almacenamiento de la información personal de los ciudadanos, así como garantizar su protección mediante medidas de seguridad adecuadas.

Otro desafío ético es la necesidad de garantizar que los ciudadanos tengan el derecho a la privacidad y la protección de sus datos personales. Es fundamental que las iniciativas y herramientas implementadas para promover la transparencia y el cumplimiento no infrinjan los derechos de los ciudadanos a la privacidad, y que se establezcan mecanismos claros para garantizar la protección de los datos personales de los ciudadanos (Ferré Olivé, 2023).

Por otro lado, también existe el desafío ético de garantizar la transparencia en el uso de la información recopilada. Es fundamental que las iniciativas y herramientas implementadas para promover la transparencia y el cumplimiento no solo sean eficaces en su función, sino que también sean transparentes en su funcionamiento y en la forma en que se recopila, utiliza y almacena la información. Los ciudadanos tienen derecho a saber qué información se está recopilando, cómo se está utilizando y con quién se está compartiendo (Arguelles Toache y Amaro Rosales, 2023).

Otro desafío ético es el riesgo de la discriminación en el uso de tecnologías de *Compliance* y transparencia. Es importante garantizar que el uso de tecnologías no discrimine a ningún grupo de ciudadanos y que todos tengan acceso a la información y la posibilidad de fiscalizar la gestión pública. Es fundamental que las iniciativas y herramientas implementadas sean inclusivas y no perjudiquen a los ciudadanos más vulnerables (Pintos, 2021).

En conclusión, el uso de tecnologías de la información y la comunicación para promover la transparencia y el cumplimiento en la gestión pública presenta una serie de desafíos éticos y de privacidad que deben ser abordados de manera efectiva. Es necesario establecer regulaciones claras y precisas sobre la recopilación, uso y almacenamiento de la información personal de los ciudadanos, garantizar la protección de sus datos personales y garantizar la transparencia en el uso de la información recopilada. Además, es importante que las iniciativas y herramientas implementadas sean inclusivas y no perjudiquen a los ciudadanos más vulnerables. Solo así se podrá lograr una gestión pública más transparente y efectiva, en beneficio de toda la sociedad.

Además, es importante tener en cuenta el principio del buen gobierno en la implementación de herramientas de TIC para la gestión pública no puede ser una solución única para todos los desafíos de cumplimiento normativo. Cada país y cada contexto tienen necesidades y desafíos únicos que deben abordarse de manera específica. Es por ello que es fundamental que los gobiernos trabajen en conjunto con expertos en TIC, abogados, organizaciones de la sociedad civil y otros actores relevantes para diseñar soluciones de cumplimiento normativo adaptadas a su contexto (Roncancio Bedoya, A. F, Vélez Jaramillo, E. A, y Agudelo Taborda, S., 2022).

Por ello, es necesario asegurar que el acceso a la información pública no comprometa los derechos fundamentales de los ciudadanos, y se deben establecer medidas claras y efectivas de protección de la privacidad. Las iniciativas y herramientas de TIC deben ser diseñadas de manera que garanticen la privacidad y seguridad de los datos, así como la transparencia en el uso de la información. Es importante tener en cuenta que la privacidad no debe ser vista como un obstáculo para la transparencia, sino como una condición para su ejercicio efectivo.

En conclusión, el uso de tecnologías de la información y comunicación para promover el *Compliance* a partir de la transparencia y rendición de cuentas en la gestión pública, presenta grandes oportunidades y desafíos que deben ser abordados de manera ética y responsable. Es necesario establecer un equilibrio adecuado entre la transparencia y la privacidad, y trabajar en conjunto para desarrollar iniciativas y herramientas de TIC que garanticen la protección de los derechos humanos y la privacidad de los ciudadanos.

Conclusiones

Así, el análisis de las iniciativas y herramientas existentes en cuanto al *Compliance* a partir de la transparencia y la rendición de cuentas ha demostrado que existen diversas iniciativas y herramientas que buscan garantizar la

transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública, pero aún hay retos por superar en cuanto a su eficacia y su impacto real en la sociedad.

En cuanto al estudio de las mejores prácticas en la implementación de iniciativas y herramientas de TIC, se ha demostrado que existen casos exitosos a nivel internacional que pueden servir como modelo para el desarrollo de iniciativas y herramientas de TIC que busquen garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública. Sin embargo, es importante tener en cuenta que cada contexto nacional tiene sus particularidades y, por tanto, no todas las mejores prácticas son aplicables en todos los países.

Por último, en cuanto al análisis de los desafíos éticos y de privacidad, se ha evidenciado que la implementación de iniciativas y herramientas de TIC para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública puede presentar retos éticos y de privacidad que deben ser abordados con cuidado para garantizar que se respeten los derechos de las personas y se evite cualquier tipo de abuso o discriminación.

Por lo que, el éxito en la implementación de iniciativas y herramientas de TIC para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública dependerá en gran medida de la capacidad de las instituciones públicas y de la sociedad civil para colaborar en su desarrollo y aplicación, y de la capacidad de abordar los desafíos éticos y de privacidad que se presenten en el camino.

En conclusión, es evidente que la implementación de iniciativas y herramientas de TIC es esencial para promover la transparencia y el cumplimiento en la gestión pública. Sin embargo, también es importante reconocer los desafíos éticos y de privacidad que pueden surgir, especialmente cuando se trata de la recopilación y el uso de datos personales. Por lo tanto, se requiere una evaluación cuidadosa y una consideración de las mejores prácticas para garantizar que se utilicen tecnologías de manera ética y responsable.

Bibliografía

- Abeleida Díaz, C., Carvajal González, J., Finol Romero, L., y Manzano Chávez, L. (2019). Avances de la transparencia activa y datos abiertos en gobiernos locales: el caso de Coquimbo y La Serena en Chile. *RIEM*(20), 149-176. <http://dx.doi.org/10.4067/S0719-17902019000200149>
- Accifonte, L. G. (2019). *Compliance* en América Latina. *Repositorio Unipiloto*, 23-39. <http://repository.unipiloto.edu.co/handle/20.500.12277/9106>
- Aguirre Sala, J. (2013). Nuevos alcances de la participación ciudadana a través de las redes sociales. *Culturales*, 1(2), 119-150. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-11912013000200004&lng=es&tlng=es

- Arguelles Toache, E., y Amaro Rosales, M. (2023). Preocupaciones éticas en el uso de inteligencia artificial, transparencia y derecho de acceso a la información. El caso de los chatbots en el Gobierno de México, en el contexto de la COVID-19. *Revista Estudios en Derecho a la Información*(15), 85-111. doi:<https://doi.org/10.22201/ijj.25940082e.2023.15.17472>
- Bedoya Barros, P. E. (2017). Datos masivos y transparencia fiscal: midiendo la percepción ciudadana. *Universidad del Norte*, 01-33. <http://manglar.uninorte.edu.co/handle/10584/10914#page=1>
- Carabajal, J. D. (2022). *La participación ciudadana en la era digital: Del gobierno electrónico a los dispositivos móviles* (Primera edición). Ciudadanías y Procesos Subnacionales en América Latina. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.researchgate.net/profile/Marcel-Theza/publication/363157172_Ciudadanias_y_Procesos_Subnacionales_en_America_Latina/links/630f9a9a1ddd447021235ba3/Ciudadanias-y-Procesos-Subnacionales-en-Ameri
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (25 de junio de 2009). Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública. *CLAD*, 15. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Participacion-06-2009.pdf>
- CEPAL. (2022). Tecnologías digitales para un nuevo futuro. *CEPAL*, 92. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46816/1/S2000961_es.pdf
- del Rosario, B. F. (2021). Brechas tecnológicas, desafíos para los gobiernos abiertos y la participación democrática. *Gobiernos abiertos y participación ciudadana*(57), 01-110. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/<https://elciudadanojalisco.mx/wp-content/uploads/2022/02/PARTICIPACION-CIUDADANA-GOBIERNOS-ABIERTOS.pdf>
- Emmerich, G. E. (2004). Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana. *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, 2(4), 67-90. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72620404>
- España, I. P. (2012). Open Government Partnership. 31. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/<https://www.apmadrid.es/wp-content/uploads/2014/05/IIPlandeAccionOpenGovernmentPartnershipv1consultapublica.pdf>
- Ferré Olivé, J. C. (2023). *Compliance* anticorrupción. *Revista Penal México*, 12(22), 65-78. <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/641>
- Guillermo Ríos, V. H., y Heredia Loayza, W. E. (2018). Comunicación y Democracia Digital: alternativas que emergen con las TIC para el fortalecimiento de la participación en la gestión pública del cantón Cuenca. *Universidad del Azuay*, 01-49. <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/8602>

- Lara Martínez, M. A., Pina Martínez, V., y Torres Pradas, L. (2013). El gobierno electrónico y la rendición de cuentas en la administración regional y estatal. *Gestión y Política Pública*, 105-135. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13331692004>
- Lara, I. J., y Franco Carvache, O. (2017). Análisis del costo-beneficio, una herramienta de gestión. *CE Contribuciones a la Economía*, 01-14. <http://eumed.net/ce/2017/2/costo-beneficio.html>
- Mata-Echeverría, M. K. (2023). Delimitar cómo se ejecuta la figura de *Compliance* en materia de participación ciudadana. *Revista Científica FIP-CAEC (Fomento de la investigación y publicación científico-técnica multidisciplinaria)*, 8(1), 72-97. <https://www.fipcaec.com/index.php/fip-caec/article/view/759>
- Meneses, M. E. (2014). Tecnologías para la transparencia y rendición de cuentas. *Revista Técnica*(8), 1-8. chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcgclclefindmkaj/https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/33668680/ASF_Articulo_-libre.pdf?1399751726=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DTecnologias_para_la_transparencia_y_la_r.pdf&Expires=1684249182&Signat
- Montecinos, E., y Contreras, P. (2019). Participación ciudadana en la gestión pública: Una revisión sobre el estado actual. *Revista Venezolana de Gerencia*, 24(86), 341-356. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29059356004>
- Moreira Corrêa, I., y Claussen Spinelli, M. V. (2011). Políticas de transparencia en la administración pública brasileña. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*(51), 129-152. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533683005>
- Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América Latina y el Caribe. (05 de febrero de 2020). Gobierno Abierto: Avances locales para una gestión pública transparente y participativa. *Observatorio Regional de Planificación Para el Desarrollo de América Latina y el Caribe*, 8. <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/nota/gobierno-abierto-avances-locales-para-una-gestion-publica-transparente-y-participativa>
- Olivera, R. d. (2022). *Compliance* y tecnología. *Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, 181, 221-238. <https://dspace.palermo.edu/ojs/index.php/cdc/article/download/9246/15485>
- Ontiveros, E., Vizcaíno, D., y López Sabater, V. (2016). *Las ciudades del futuro: inteligentes, digitales y sostenibles* (Primera edición). España: Editorial Ariel, S. A. y Fundación Telefónica. chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcgclclefindmkaj/http://www.observatorioabaco.es/biblioteca/docs/805_FT_CIUDADESINTELIGENTES_2017.pdf
- Pintos, J. S. (2021). *Compliance* en contratación pública: integridad, principios, estándares de conducta e identidades en la ley de contratos del sector público. *CIjur - Centro de información Jurídica*, 01-15. <http://hdl.handle.net/20.500.12226/1030>

- Presidencia de la República . (13 de 10 de 2017). Manual Operativo: Sistema de Gestión. *Función Pública*, 99. https://www.funcionpublica.gov.co/documents/28587410/0/1508252644_ace62198c2ac686891d-7127d86f84937.pdf/2933fa15-c259-b5b0-86a8-17fb4ce59a08
- Riascos, S., Martínez Giordano, G., y Solano, O. (2008). El Gobierno Electrónico como estrategia de participación ciudadana en la Administración pública a nivel de Suramérica -Casos Colombia y Uruguay. *COLLECTeR Iberoamérica*, 1-10. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://gyepro.univalle.edu.co/documentos/linc1.pdf>
- Rocio Vega, C. (2019). Barreras de las pymes en Colombia para la implementación de estrategias y herramientas de marketing digital. *Fundación Universitaria Empresarial de la Cámara de Comercio de Bogotá*, 38. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/23891/Catalina%20Vega.pdf?isAllowed=y&sequence=1>
- Ron, M. (2021). El Uso de las Tics en la Administración de Justicia del Siglo XXI. *CARÁCTER* & *Revista Científica de la Universidad del Pacífico*, 7(1). <https://doi.org/10.35936/up.v7i1.29>
- Roncancio Bedoya, A. F, Vélez Jaramillo, E. A, y Agudelo Taborda, S. (2022). Dinámicas sobre el buen gobierno alrededor de la regulación del acceso a las TICS en Colombia: El Internet como mediador de derechos sociales. *Verba Iuris*(47), 107-117. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.1.9146>
- Schröder, P. (2006). Nueva Gestión Pública: aportes para el buen gobierno. *Fundación Friedrich Naumann*, 01-47. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w23904w/S6/1_Schroder,%20P.%20\(sf\)_Nueva%20gesti%-C3%B3n%20p%C3%BAblica%20aportes%20para%20el%20buen%20gobierno\(p%C3%A1g.%207-32\).pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w23904w/S6/1_Schroder,%20P.%20(sf)_Nueva%20gesti%-C3%B3n%20p%C3%BAblica%20aportes%20para%20el%20buen%20gobierno(p%C3%A1g.%207-32).pdf)
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (2023). Subdirección de Control y Seguimiento del Gasto. *Secretaría de Hacienda y Crédito Público*, 8. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/758401/976_411_Subdireccion_de_Control_y_Seguimiento_del_Gasto.pdf
- Sol Arriaza, R. (2012). El desafío de la participación ciudadana en el Estado democrático de derecho. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 119. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31001.pdf>
- Valderrama, A., y Jiménez, J. (2005). Tecnología, Cultura y Resistencia. *Revista de Estudios Sociales*(22), 99-103. <https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/res/article/view/5407/5215>
- Vázquez Hernández, M. (2023). Transparencia y rendición de cuentas municipal: el caso de los municipios de Michoacán, México. *Revista Estudios en Derecho a la Información*(15), 55-84. doi:<https://doi.org/10.22201/ij.25940082e.2023.15.17471>

Villarreal-Chérrez, T., Quevedo-Barros, M., Neira-Neira, L., y Quevedo-Cuenca, J. (2021). Corrupción pública, el camino hacia la cultura *Compliance* como herramienta de prevención de riesgos. *Domino de las Ciencias*, 7(2), 1479-1489. doi:<http://dx.doi.org/10.23857/dc.v7i2.1958>

CAPÍTULO 8

Democracia y Compliance público una ponderación necesaria. El caso de la idoneidad de los funcionarios de elección popular

Jackson Rene Valbuena Cure

Compliance público

A pesar de ser una de las ramas más antiguas de la ciencia jurídica, el derecho penal, ha resultado ser un área de estudio de difícil acercamiento. Lo anterior, debido a que a pesar del paso del tiempo y los esfuerzos de innumerables pensadores y estudiosos de la materia ha sido imposible llegar a acuerdos frente a las bases de este saber (Agudelo 1987).

Un ejemplo claro de la falta de consenso en el derecho penal es la mera denominación de este, la cual varía desde derecho criminal, hasta derecho protector del reo (Velásquez, 2018). Esta dificultad se presenta debido a que la acepción comúnmente utilizada (derecho penal) hace referencia a un derecho propio de penas, dejando por fuera muchos otros conceptos claves para dicha ciencia.

Uno de los conceptos fundamentales para el estudio del derecho penal, además de la pena, es el delito, como fenómeno jurídico, otro concepto que sigue debatiéndose, reconstruyéndose y actualizándose. En ese orden de ideas el incesante debate académico ha generado apreciaciones que terminan por impactar en la jurisprudencia y la forma en que los delitos y las penas son manejados por el Estado, responsable a través de su soberanía del *ius puniendi*, su derecho a castigar a los transgresores de la normativa penal (Velásquez, 2018).

El *ius puniendi* ha llevado al Estado a reaccionar a las distintas conductas, las cuales a través de su actuar quebrantan el pacto social y resultan en la lesión de bienes jurídicos que buscan ser protegidos por la política criminal (Roxin, 1997). Así, de forma mayoritaria el derecho penal se había entendido como

un mecanismo de reacción en el cual una vez se lesionaba un bien jurídico el Estado debía protegerlo a través de una pena.

La lógica reactiva del derecho penal empieza a ser reevaluada a finales del siglo pasado desde una perspectiva criminológica, y entonces, se desarrollan teorías acerca de la prevención del delito (Fernández, 2017). Dicha reevaluación se yergue como uno de los retos propios de la constante actualización del fenómeno criminal y *per se* del derecho propio de estos actos, el derecho penal. Si bien, el carácter complejo de dicha reevaluación se extiende a toda la norma penal, existen delitos cuyas características esenciales otorgan mayor dificultad de estudio, prevención y combate.

Así las cosas, podría decirse que hay un verdadero reto para el Estado a la hora de combatir fenómenos como el homicidio, sin embargo, la toma de decisiones en materia de política criminal requiere un manejo menos especializado que en conductas como los delitos financieros. A raíz del florecimiento empresarial y de la creación de estructuras empresariales criminales en EEUU en los años 70's se ideó una herramienta de prevención propia para conductas de este corte, el *Compliance* penal (Bottoms, 2013).

La corrupción corporativa, el lavado de activos y otros fenómenos criminales relacionados al mundo empresarial se decantaron por la creación de programas de cumplimiento, los cuales son de obligatoria creación para ciertas industrias y poco a poco se han ido extendiendo a otros sectores. Dichos programas pretenden actuar de manera preventiva a la comisión de dichas situaciones facilitando no solo la investigación de conductas en el futuro, sino dificultando su comisión en el presente (Rotsch, 2012).

Los departamentos de cumplimiento de una corporación deben señalar distintas alertas y riesgos, los cuales pueden terminar por concretarse en incumplimientos normativos si no se manejan adecuadamente (Gamboa Martín, 2022). Si bien, resulta imposible implementar un programa de cumplimiento infalible los departamentos encargados de dicha actividad deben minimizar el riesgo a través de acciones que diluyan la posibilidad de concreción del mismo (Walsh, 1994).

La norma, que indica quienes, cuando y como deben implementar dichos programas de cumplimiento enmarca un número de acciones a tomar, sin embargo, es deber del oficial de cumplimiento fortalecer dichos filtros a través de la ampliación de su rango de acción (Méan, 2012). Constantemente se crean nuevos riesgos y nuevas formas de hacerles frente para permitir a la empresa seguir el giro normal de su negocio evitando futuros problemas legales, por ello, los respectivos departamentos de cumplimiento deben adelantarse a los riesgos e ir más allá de los mínimos requeridos por la ley para así generar la mayor protección posible para su empresa.

Con el tiempo, el *Compliance* penal, se ha convertido en el área preventiva de un derecho que históricamente ha sido reactivo, lo que ha evitado la escalada de riesgos al punto de no poder revertir sus consecuencias. En ese orden de

ideas los departamentos de riesgo se han convertido en sabuesos que a través de acciones como: identificar los riesgos, generar políticas empresariales para prevenir conductas riesgosas y prestar asesorías de cara a los riesgos detectados, han logrado prevenir incendios en lugar de esperar a que lleguen para apagarlos.

Desde entonces, los departamentos de cumplimiento se han convertido en una piedra angular en el desarrollo empresarial moderno, pasando de convertirse en una herramienta obligatoria para determinadas empresas en determinados países, a ser un aliado común de todo tipo de comercios a lo largo y ancho del globo terráqueo (Stucke, 2013). Esa expansión que gradualmente ha vivido la figura del departamento de cumplimiento no se limita a las empresas de capital privado, el cumplimiento no tardó en llegar al sector público, y mucho menos en volverse de especial atención a la hora de reevaluar esta nueva herramienta preventiva del derecho penal.

Las empresas públicas y privadas no solo son distintas de cara a la consecución de sus recursos, también difieren en fenómenos organizativos, laborales y administrativos. Por supuesto, dicha diferencia no escapa del halo de influencia de los departamentos de cumplimiento en los cuales podemos dibujar distinciones claras entre dichas empresas (Rodríguez Olave, 2015).

En primer lugar, es claro que hay delitos propios de la empresa pública, ejemplo de ello es lo consignado en el título XV de nuestro *Código Penal*, que agrupa las conductas contra la administración pública, suscribiendo delitos propios de la función pública y que, si bien, pueden ser cometidos por empresas privadas a través de las distintas formas de coautoría y participación, no todas las empresas privadas realizan actividades que generen este tipo de riesgos siempre presentes en los entes del Estado. En segundo lugar, existen los agravantes para funcionarios públicos consignados a lo largo y ancho del código penal. Finalmente, resulta necesario señalar las interventorías adicionales a las cuales se encuentran sujetas las empresas públicas, tales como la revisión de contraloría y procuraduría, todo esto, sin tener en cuenta el control político del cual suelen ser objeto dichas entidades (Castro, 2009).

Democracia e idoneidad

Los sistemas democráticos buscan el asentamiento del poder político en la ciudadanía. En este tipo de forma de organización social y política el Estado, a través de distintos mecanismos de participación popular, busca adoptar decisiones colectivas tomadas por el pueblo, otorgando así legitimidad a dichas decisiones (Bobbio, 2010). Existen distintos tipos de democracia, como la directa, la indirecta, participativa, líquida, entre otras; esto cambia de cara al tipo de mecanismo de participación utilizado en cada sistema, otorgando mayor o menor participación al pueblo en el modelo democrático específico.

En las democracias indirectas el pueblo elige a uno o varios representantes designados para tomar distintas decisiones, mientras que en la democracia directa las decisiones son tomadas directamente por el pueblo mismo

(Rodríguez, 2015). Hoy día es difícil encuadrar un Estado de forma sólida en uno u otro sistema, ya que hay pluralidad de mecanismos que terminan por mezclar los diversos modelos democráticos en un mismo Estado (Weffort, 1994).

Parte de las premisas democráticas es la igualdad de quienes en ella participan, esto puede verse reflejado en los votos directos, ya que un ciudadano, sin importar su raza, credo, clase social u otra característica distintiva de los demás posee el mismo poder político que los demás al ejercer su derecho al voto, el cual no se ve afectado por ninguna condición personal (Gaxie, 2004). Por otro lado, surge incertidumbre de cara a la cuestión de quienes se encuentran habilitados para ejercer dicho derecho (Arango, 2008). En el pasado había una distinción en materia de derechos políticos por criterios raciales, sexuales, financieros, educativos y demás, hoy en día dichos derechos se limitan cada vez menos. Por ejemplo, en Colombia, cualquier ciudadano mayor de edad está facultado para ejercer su derecho al voto.

Entonces resulta la primera pugna de derechos, ya que por un lado existe la necesidad de participación amplia e igualitaria para un verdadero sistema democrático, mientras que la facultad de participar en la vida política y en decisiones de alta importancia para el Estado exige criterios que propendan por el bien común (Knight y Johnson, 2005). Tal es el caso de la mayoría de edad, que busca que la vida política se ejerza de manera concienzuda y madura, ya que esta clase de decisiones no pueden ser tomadas a la ligera (Gallier, 2020). Sin embargo, llevar esta clase de consideraciones a un extremo tal en que no se permita participar en las elecciones a personas sin ciertos criterios como un rango de educación mínima pone en riesgo la premisa principal de la democracia (Salvat, 2014).

Han sido múltiples los debates respecto a la limitación democrática en pro de evitar la conversión de esta en una demagogia. Pues es claro que a lo largo de la historia este sistema haya sido objeto de diversas críticas acerca de la idoneidad de quienes, sobre todo en sistemas representativos, son elegidos funcionarios públicos en cargos con responsabilidades tan sensible como la creación de leyes o la administración del erario público (Arcaya, 1984).

Entonces, si en una empresa privada existen criterios de selección rigurosos para los funcionarios de alto perfil que toman decisiones de alto impacto para la empresa, resulta importante cuestionarse que criterios existen en Colombia para la participación en los estadios más altos de la función pública, esto tanto en materia de elección directa como indirecta. En ese orden de ideas, a continuación, yacen los requisitos propios de algunos de los funcionarios más relevantes en la nómina pública nacional:

Presidencia de la República: ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años. (art. 191 Const.).

Ministerios: ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años (art 207 Const.).

Senado: ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años. (art. 172 Const.).

Cámara de representantes: ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años (art 178 Const.).

Según lo señalado anteriormente, el ordenamiento nacional, a través de la Constituyente del año 1991 ha señalado requisitos mínimos para acceder a dichos cargos, los cuales se relacionan con la edad y la nacionalidad. Esto es ampliamente participativo ya que no excluye a nadie por su credo, raza, o sexo, lo cual sería terrible para una democracia. Sin embargo, también carece de criterios de experiencia, formación y demás. Es decir, es el equivalente en el mundo privado a que una empresa multinacional otorgue el puesto de gerente sin tener en cuenta experiencia en administración de empresas o formación en la materia a los candidatos a dicho menester (Dai, 2006).

La cuestión de la idoneidad y los riesgos de cumplimiento

El debate que suscita la idoneidad y la democracia toca muchas áreas del conocimiento y de las ciencias sociales, desde la filosofía ética hasta los test de ponderación jurídica. El cumplimiento en materia penal no escapa a dichos cuestionamientos, mucho menos a las posibles consecuencias de la existencia o falta de requisitos para ocupar cargos públicos.

Ya es claro que el cumplimiento tiene una función preventiva en materia legal, así como la existencia de riesgos propios del aparato estatal que deben ser analizados y tenidos en cuenta en la creación de estos programas. Así las cosas, resulta imprescindible la necesidad de analizar la importancia de la idoneidad de los participantes en los procesos empresariales para la concreción de un sistema efectivo de prevención de riesgos (Tomillo, 2016).

La idoneidad, en muchos casos, se encuentra en disposiciones de corte legal, lo que hace de obligatorio cumplimiento la exigencia de ciertos mínimos a la hora de ejercer ciertas funciones en una compañía. El cumplimiento mismo, desarrollado por un oficial en esta materia requiere un mínimo de formación para quien ejerce dichas funciones en una empresa, tal como lo establece la ley nacional. Y no es único de los departamentos de *Compliance*, los límites al ejercicio de funciones también se pueden ver en profesiones como el ejercicio jurídico o la contabilidad, casos en los cuales se requiere una licencia estatal o tarjeta profesional para poder ejercer funciones específicas en ciertos estadios (Manotas, 2014).

Una vez se establece la necesidad de ciertos requisitos formativos para el ejercicio de ciertas profesiones resulta importante establecer la razón de ser de dicha limitación, así como su relación con los programas de cumplimiento. Para ello el ejemplo del ejercicio jurídico es ideal ya que, como muchas otras profesiones, esta decisión resulta de una ponderación. El ejercicio profesional del derecho, mayormente en materia judicial, cuenta con la puesta en peligro de derechos fundamentales, este riesgo hace presencia en los pleitos

judiciales a la hora de pugnar la situación jurídica de un ciudadano, que de no ser manejada de forma apropiada puede terminar por lesionar los derechos de los involucrados (Rexach, 1995).

Desde esta perspectiva profesiones como la contabilidad, la medicina y, como se vio antes, el derecho, ponen en un peligro lícito derechos fundamentales de los involucrados en los procedimientos relacionados con su actuar. Así, el Estado, de forma preventiva exige a quienes desarrollen dicha actividad de riesgo una pericia, cuya prueba reside muchas veces en un examen o prueba, acompañado de unos mínimos formativos. De esta forma el Estado hace una suerte de programa de cumplimiento otorgando licencias de ejercicios a dichas profesiones y poniéndolas bajo especial vigilancia, previniendo así riesgos jurídicos contra sus ciudadanos.

Del mismo modo, los departamentos de cumplimiento de las empresas deben solicitar las licencias propias de dichos oficios a sus funcionarios, reduciendo el riesgo existente en las posibles faltas formativas de dichas personas. Entonces, si en ese orden de ideas para un departamento de cumplimiento de una empresa prestadora de servicios de salud resulta impensable permitir al hospital contratar a un médico sin licencia profesional, dicho cuestionamiento trasladado al sector público resulta igualmente válido.

En este punto la discusión se agudiza, ya que no es fácil realizar este tipo de análisis en el sector público. Empezarían a surgir cuestionamientos como: ¿qué clase de licencia válida a un funcionario público para el ejercicio propio de su profesión? ¿cuándo y cómo se debe exigir dicha licencia? De ser imposible exigir una licencia ¿cómo puede un programa preventivo de cumplimiento diluir el riesgo a la hora de garantizar el efectivo ejercicio de la función pública?

Lo primero a tener en cuenta en este debate es la legitimidad de dicha función, que en el caso de los funcionarios de elección popular reside en el pueblo mismo. Es decir, aquello que los válida para ocupar sus cargos es la democracia misma, en la cual la ciudadanía a través de sus mecanismos de participación ha depositado su confianza en el gobernante respectivo. En ese entendido son las elecciones y el cumplimiento de su transparencia la clave para otorgar una licencia de ejercicio a este funcionario y otorgarle la capacidad de cumplir las funciones que la democracia le otorga según su cargo en cuestión (Uehlein y Wilderman, 2001).

Democracia e idoneidad, una pugna imponderable

Una vez revisada la relación entre idoneidad, cumplimiento y democracia, parece imprescindible una toma de decisión, de cara a la pugna permanente que parece haber en dicha situación. Para iniciar este recorrido es necesario clasificar las distintas posibilidades que se pueden presentar en esta materia, y así otorgar soluciones precisas y óptimas para resolver la ya descrita dificultad.

Son incontables las posibilidades de casos específicos que pueden presentarse en materia jurídica, e incluso, ejemplos de manuales de derecho que parecen improbables –tal como ocurre con el caso del cazador y el amigo disfrazado de ciervo– terminan por ocurrir de forma más habitual de lo que a simple vista se observa (Bott y Parra, 2011). En ese entendido, en la presente investigación se propondrá un listado de casos marco en los cuales el análisis estará ligado de forma directa a la relación del funcionario objeto de análisis en cumplimiento e idoneidad y su relación con la democracia de cara a la forma de su elección.

Para poder hacer una tarea precisa los tres casos a tomar en consideración serán analizados de cara a los requisitos propios del mismo y una vez dicho análisis termine se observará qué nivel contenido democrático/popular tiene cada uno de los nombramientos y así poder llegar a conclusiones sólidas acerca de la ponderación entre el cargo, los requisitos de idoneidad necesarios en materia de cumplimiento para ocupar el mismo y los derechos democráticos y representativos afectados en cada caso.

El primer caso para revisar es el de los funcionarios que si bien no son electos por el pueblo directamente son elegidos por los representantes de la ciudadanía. Un ejemplo de ello, son los magistrados de las altas cortes, así como el fiscal general de la nación, el Procurador o Contralor. Para dicho análisis se puede tomar el ejemplo del fiscal general, cuyo proceso de elección se lleva a cabo de la siguiente forma: el presidente de la República, quien fuese elegido directamente por el pueblo, propone una terna de la cual será elegido el próximo fiscal general. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia elige de esa terna al nuevo fiscal general.

En este ejemplo el claro que, si bien la decisión definitiva no depende del presidente, este es parte fundamental del proceso de elección. Entonces, a pesar de no ser un funcionario de elección popular el fiscal general de la Nación cuenta con un respaldo popular y democrático transferido del presidente electo a la terna propuesta por él. Una vez aclarada la relación entre dichas funciones y la democracia es menester revisar los requisitos para poder ser ternado por el presidente. Dichos requisitos son los mismos que se requieren para ser magistrado de una alta corte (art. 249 Const.), los cuales exigen ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio, ser abogado, no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad excepto por delitos culposos o políticos y haber desempeñado durante diez años cargos en la rama judicial o el ministerio público o haber ejercido la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas (art. 232 Const.).

En este caso, la edad es un requisito solo presente de forma indirecta, es decir, a través de la ciudadanía en ejercicio planteando la exigencia de la mayoría de edad. Del mismo modo, se encuentran tres requisitos más, el primero de cara a la nacionalidad, dejando los primeros dos requisitos en circunstancias similares a las ya revisadas anteriormente. Por otra parte, tanto el requisito profesional de la abogacía, así como la experiencia en el área jurídica demostrable de distintas maneras, generan un cambio de paradigma de cara a los casos ya analizados.

Profundizando en la cuestión de la idoneidad, es claro que se es o no idóneo para llevar a cabo una tarea dependiendo de lo que dicha tarea implique. Es decir, que para ser carpintero se debe ser idóneo para trabajar con madera, lo que implica un conjunto de habilidades específicas relacionadas con dicha actividad. Desde esta perspectiva se debe revisar lo establecido como labor del fiscal general de la Nación para determinar las habilidades necesarias para esta tarea.

Según la constitución son funciones del Fiscal: primero, investigar y acusar a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución; segundo, nombrar y remover de conformidad con la ley a los empleados bajo su dependencia; tercero, asumir las investigaciones y proceso así como asignar y desplazar a sus servidores en investigaciones y procesos; cuarto, participar en el diseño de la política criminal del Estado; quinto, otorgar atribuciones de policía judicial a las entidades que la ley le permita bajo su responsabilidad y dependencia; sexto, informar al gobierno sobre las investigaciones adelantadas cuando dicha información sea necesaria para la preservación del orden público (art. 251 Const.).

Una vez revisadas sus seis grandes funciones se debe revisar la clase de funciones que son y sus respectivos requisitos para una buena ejecución. Así, las funciones correspondientes a los incisos 2, 3, 5 y 6 se pueden clasificar como funciones de corte administrativo, relacionadas con la operación de una entidad, tales como manejo de personal, información y recursos. Del mismo modo las funciones 1 y 4 poseen un mayor contenido jurídico y criminológico, relacionando su labor con la esencia de la fiscalía.

La necesidad de dicha clasificación es evidente, una vez se observa la mayor necesidad de experiencia y conocimiento administrativo que judicial empiezan a surgir cuestionamientos de cara a los requisitos exigidos por la Constitución. Del mismo modo, a pesar de exigir experiencia y conocimiento en materia judicial no resulta necesaria la experiencia específica en materia penal y criminológica para la designación aquí analizada.

Entonces, a la hora de revisar los requisitos y el cumplimiento en materia de idoneidad a la hora de nombrar al fiscal general resulta necesario cuestionarse si es necesario replantear los mismos. Lo anterior en búsqueda de una mejora sustancial en el manejo de uno de los cargos más importantes de la nación. Ahora, la cuestión radica en posibilidad de aumentar dichos requerimientos desde la perspectiva democrática (Canto Camacho, 2021). Claro está, que dicha designación no se hace a espaldas de la forma democrática del Estado nacional, por otra parte, al no ser un funcionario de elección directa el ejercicio democrático sufre poco a la hora de establecer requisitos más estrictos en dicho nombramiento.

Otro caso de esencial análisis son los ministros, encargados de carteras y áreas específicas del poder ejecutivo nacional. Cuyos requisitos fueron analizados de manera previa, limitándose únicamente con la edad y la nacionalidad. Dichos funcionarios son nombrados directamente por el presidente de la

república, quien es electo por voto popular. Mientras que sus funciones radican en la formulación de políticas relacionadas a su despacho, así como dirigir la actividad administrativa y ejecutiva relacionada a su cartera (art. 208 Const.).

Naturalmente, la descripción anterior es un mero resumen de un entramado político y jurídico mucho más complejo. Sin embargo, vislumbra bastante bien la función, mayormente administrativa de los ministros, que en principio no cuentan con ningún requisito distinto a su edad o nacionalidad para ejercer.

Al igual que en el caso anterior, es clara la necesidad de dos grandes habilidades, la primera relacionada con la administración mismo, que va desde el manejo de personal hasta la ejecución apropiada de recursos. Del mismo modo, se evidencia la necesidad de un área de conocimiento específica, ya que la vigilancia de la agenda legislativa del ministerio de salud requiere conocimientos del estado de cosas nacional en esa materia, y así sucesivamente en cada una de las áreas propias de cada ministerio (Palacio Jaramillo, 2020).

Entonces, en ambos casos el resultado del ejercicio es similar, ya que los requisitos parecen quedarse cortos, lo que resulta preocupante a la hora de otorgar tal responsabilidad a un funcionario. Por otro lado, de nuevo, al no ser funcionarios de elección popular el voto del pueblo no se ve opacado al restringir, en pro de una apropiada ejecución de la cartera ministerial, a través de requisitos de experiencia, conocimiento o formación la capacidad para ejercer en cargos como el aquí descrito (Mejía Guinand, 2021).

Finalmente, la revisión de cargos de elección directa, como la presidencia de la república resulta ineludible, ya que la democracia presidencialista nacional debe ser objeto de análisis en un estudio de este corte para así, poder otorgar conclusiones que aporten al fortalecimiento de la democracia y de los programas de cumplimiento que se lleven a cabo con el método aquí propuesto.

Por su parte, el presidente de la república es electo democráticamente, de forma directa, por los ciudadanos colombianos. Los requisitos para ocupar tal cargo se limitan nuevamente a su edad y nacionalidad. Y corresponden a él las funciones de jefe de Estado, jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa; lo anterior comprende una diversa lista de obligaciones, que van desde el nombramiento de los ministros y directores de departamentos administrativos, pasando por la dirección de la fuerza pública y las relaciones internacionales, como la sanción y promulgación de las leyes (art. 189 Const.).

En ese orden de ideas, se puede entender cómo muchas de estas funciones resultan en la delegación, supervisión y ejecución de tareas de alto nivel para la nación. Así requiriéndose un abanico de habilidades y conocimientos mucho más amplio que el aparente, pero sobre todo en la capacidad de toma de decisiones, un verdadero reto de medir en materia de cumplimiento. Trasladando nuevamente el ejemplo a la empresa privada, pueden analizarse casos de inversionistas como Warren Buffet o CEO como Steve Jobs, los cuales

no poseían conocimiento de detalle sobre cada proceso de las empresas que dirigían o adquirirían, pero sí una capacidad de entendimiento y administración que permitía un impacto positivo sobre las mismas.

Así el presidente, a pesar de ser el comandante en jefe de las fuerzas armadas, no requiere experiencia táctica, ya que cuenta con aliados y asesores en cada materia. Por otra parte, debe contar con habilidades de toma de decisiones y selección de personal para poder consolidar un ambiente favorable para la administración y *per se* el país. Estas habilidades son mucho más fáciles de detectar para cazatalentos que para oficiales de cumplimiento, del mismo modo, como revisamos anteriormente la validez que requiere un cargo como la presidencia son otorgados a través de sus votantes cuando con su voto depositan su confianza en un candidato que luego queda electo (Salas, 2022).

En ese orden de ideas, las figuras como la presidencia son de alta complejidad a la hora de emitir un juicio en materia de *Compliance* e idoneidad. Sin embargo, es claro que dicha exigencia no yace solo en la presidencia misma, sino en los ministerios, departamentos administrativos y demás dependencias que orbitan alrededor de una de las entidades claves para el funcionamiento del país. Así las cosas, siguiendo el ejemplo del cofundador y exdirector de *Apple*, Steve Jobs, no es imprescindible que el CEO de una empresa de tecnología conozca cada minucia en materia contable, sin embargo, debe estar capacitado para comprender reportes y tomar decisiones de cara a la información brindada por un departamento contable capaz, dirigido por un contador certificado y experimentado, con cuyo *curriculum* la empresa se vea beneficiada y no en riesgo.

Toma de postura y conclusión

La democracia provee de poder al pueblo, otorgando respaldo popular al gobierno y un alto sentido de valor al ciudadano común, que con su voto aporta a la concreción de un sistema participativo e igualitario. Sin embargo, se ha podido observar que cada decisión tiene consecuencias, y éstas suelen verse reflejadas en todas las opciones que se dejan de lado una vez la decisión se lleva a cabo. En ese entendido, el dilema democrático termina por encausar la discusión en una pugna entre la posibilidad de otorgar cada vez más poder a la participación democrática o limitarla a través de exigencias que, como parte de un programa de cumplimiento, permitan prevenir la lesión del erario por falta de experiencia o pericia en un área determinada.

En países como los Estados Unidos de América, la participación se extiende a entidades como la fiscalía y los juzgados, opuesto a lo ocurrido en el territorio nacional. Así como se observa en el caso del fiscal general de la Nación, además de su rol administrativo, tareas como llevar a cabo procesos judiciales o participar en la política criminal requieren no solo experiencia jurídica general, sino también haber transitado los caminos del derecho penal.

Del mismo modo, los ministerios, escogidos directamente por el presidente demuestran la inminente necesidad de los dos componentes ya señalados. Por

un lado, la capacidad de administrar que la experiencia puede llegar a suplir; por otra parte, el conocimiento de área específico. Dicho reto podría sortearse de la mano de la figura del viceministerio, dividiendo así las experiencias y requisitos entre ambos roles, generando un complemento idóneo para el desarrollo de una entidad de alto impacto a nivel nacional como el ministerio.

En ambos ejemplos, si bien no hay una elección popular directa, el presidente de la república, depositario de la confianza del pueblo soberano transfiere parte de esta confianza a estos cargos, sin embargo, no transmite a ellos el voto directo que si ha requerido este para llegar a ocupar su posición. Si fuera de otra forma sería necesario hacer constantes procesos electorales para casi cada nombramiento o idea que el mandatario desee llevar a cabo, lo cual implicaría un gran desgaste, por ello una vez ha sido elegido el presidente se hace de esa confianza pública y es esa única elección la que valida *a posteriori* los nombramientos y otras acciones que toma dicho funcionario.

Así las cosas, es clara la transgresión democrática que representaría la limitación a través de requisitos para la postulación de candidatos a cargos de elección popular, sin embargo, y en aras de proteger otros valores democráticos resulta necesario exigir al mandatario rodearse de asesores y ejecutivos que posean un *curriculum* adecuado para el cumplimiento de su labor. Del mismo modo, y tal como ocurre en los programas de cumplimiento, resulta necesario implementar herramientas formativas que, a través de espacios de discusión, diálogo y educación consoliden las habilidades de funcionarios que a pesar de no contar con una hoja de vida específica ha sido elegido democráticamente y cuenta con el respaldo popular para llevar a cabo una tarea tan valiosa como la ejecución de las leyes y presupuestos que la nación a consensuado en el pacto social (Perez, 2015).

Referencias

- Agudelo, N. (1987). Esquemas del delito. *Medellín, Nuevo Foro*.
- Arango, R. (2008). Derechos humanos como límite a la democracia. *Universidad de los Andes-Facultad de Ciencias Sociales*.
- Arcaya, O. (1984). Aristóteles y la teoría democrática. *Revista de Ciencia Política*, 6(2), p. 7-42.
- Artaza Varela, O. (2016). La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho. *Política criminal*, 11(21), p. 307-339.
- Bobbio, N., et al. (2010). Democracia. *Diccionario de política*. Vol. 11, p. 319-329.
- Bottoms, A. (2013). Morality, crime, *Compliance* and public policy. En *Ideology, crime and criminal justice*. Willan, p. 20-51.
- Bott, I.; Parra, A. (2011). Errores de tipo en Alemania y en Colombia: comparación de Derecho Penal. *Criterio jurídico*. no 7.

- Castro, C. (2009). Corrupción y delitos contra la administración pública especial referencia a los delitos cometidos en la contratación. *Colección Textos de Jurisprudencia*.
- Canto Camacho, E. (2021). *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre el delito contra la administración pública–corrupción de funcionarios en la modalidad de cohecho pasivo propio, en el expediente N° 02652-2014-0-1501-JR-PE-01, del distrito judicial de Junín-Lima*.
- Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991 (Colombia). [Const.]
- Dai, X. (2006). The conditional nature of democratic *Compliance*. *Journal of Conflict Resolution*, 50(5), p. 690-713.
- Fernández, E. (2017). El control y la prevención del delito como objeto de la criminología. *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 75, no 146, p. 171-194.
- Gallier, C. (2020). Democracy and *Compliance* in public goods games. *European Economic Review*, vol. 121, p. 103346.
- Gamboa-Martin, I. (2022). *La eficacia e idoneidad de los programas de cumplimiento normativo como objeto de prueba en el proceso penal*. [Tesis de Maestría].
- Gaxie, D. (2004). La democracia representativa. *Política*, vol. 43, p. 342-344.
- Knight, J. y Johnson, J. (2005). Evaluación de los límites de la democracia radical. *Gestión y Política Pública*. 14(3), 497-526.
- Manotas, J. (2014). La reparación de los derechos fundamentales en el ejercicio del derecho privado desde la práctica médica. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 4. p. 11-37.
- Méan, J. (2010). The Implementation of *Compliance* Programmes in Multinational Organizations. *The Role of Large Enterprises in Democracy and Society*, 119-137.
- Mejía Guinand, L., Barinas Forero, A. y Mora Oviedo, M. (2021). ¿Es hora de un cambio de ministro? La supervivencia del gabinete en Colombia 1958-2018. *Desafíos*, 33(2) 72-104.
- Palacio Jaramillo, M., et al. (2020). Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción. En *Análisis de 25 años de aplicación de la Ley 80 de 1993: XVI Jornadas de Contratación estatal V Congreso de Compra Pública*. Universidad de los Andes.
- Perez, E. Los *Compliance programs* como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015. *Revista General de Derecho Penal*, 24(7).
- Rodríguez Burgos, K. (2015). *Democracia y tipos de democracia*.

- Rodríguez Olave, G. (2015). El concepto de funcionario público en el derecho penal y la problemática del "funcionario de hecho" en los delitos contra la administración pública.
- Rojas Rueda, J, et al. (2019). *Idoneidad de la adopción de pliegos de condiciones tipo para evitar que se configuren los elementos de los acuerdos anticompetitivos en los procesos de selección objetiva de contratistas de la administración pública.*
- Rexach, Á. (1995). Necesidad de proyecto técnico para la obtención de licencia y competencias profesionales: el estado de la cuestión en la jurisprudencia. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica.*
- Rotsch, T. (2012). *Criminal Compliance. InDret.*
- Roxin, C., et al. (1997). *Derecho penal.* Madrid: Civitas.
- Salas, R., et al. (2022). Mérito, representatividad, y asimetrías en nombramientos de altos funcionarios públicos en Colombia 1991-2021.
- Tomillo, M. (2016). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento. *Diario La Ley.* No 8861, p. 1.
- Uehlein, J. y Wilderman, D. (2001). Why Merit Selection Is Inconsistent with Democracy. *Dick. L. Rev.*, vol. 106, p. 769.
- Salvat, P. (2014). Habermas: la democracia deliberativa como democracia radical. *Poder y ciudadanía. Estudios sobre Hobbes, Foucault, Habermas y Arendt.* p. 93-122.
- Stucke, M. (2013). In search of effective ethics & Compliance programs. *J. Corp. L.* vol. 39, p. 769.
- Velásquez, F. (2018). *Fundamentos de Derecho Penal: parte general.* Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Walsh, Ch. y Pyrich, A. (1994). Corporate Compliance programs as a defense to criminal liability: Can a corporation save its soul. *Rutgers L. Rev.* vol. 47, p. 605.

CAPÍTULO 9

Integración del modelo de marco lógico y el cumplimiento (*Compliance*): optimizando la planificación y ejecución de programas

Yeison Muñoz Londoño

Introducción

En un entorno cada vez más complejo y regulado, la eficaz planificación, implementación y seguimiento de programas se ha vuelto crucial para organizaciones y entidades. Este artículo se sumerge en la convergencia estratégica del modelo de marco lógico y el cumplimiento (*Compliance*), explorando cómo su integración puede potenciar significativamente la gestión de programas. Analizaremos cómo esta sinergia no solo fortalece la base conceptual de los programas, sino que también agrega capas de robustez a través del cumplimiento normativo.

El análisis del marco lógico tiene sus raíces en las disciplinas de ingeniería y gestión empresarial, y fue utilizado por primera vez en el desarrollo internacional por USAID en la década de 1970 (McEvoy et al., 2016). La Metodología de Marco Lógico (MML) es una herramienta analítica y de planificación que se ha convertido en un pilar fundamental para la gestión de proyectos y programas en diversos ámbitos, desde el desarrollo internacional hasta la ejecución de proyectos locales. Concebida en la década de 1960 por expertos en evaluación de proyectos, esta metodología ha evolucionado y ganado reconocimiento mundial debido a su eficacia en mejorar la eficiencia, la transparencia y la efectividad de las intervenciones.

El propósito fundamental del Marco Lógico es estructurar y facilitar la toma de decisiones en cada etapa del ciclo de vida de un proyecto. Desde su concepción hasta su implementación y posterior evaluación, esta metodología ofrece una estructura lógica y coherente que guía a los actores involucrados en el proceso.

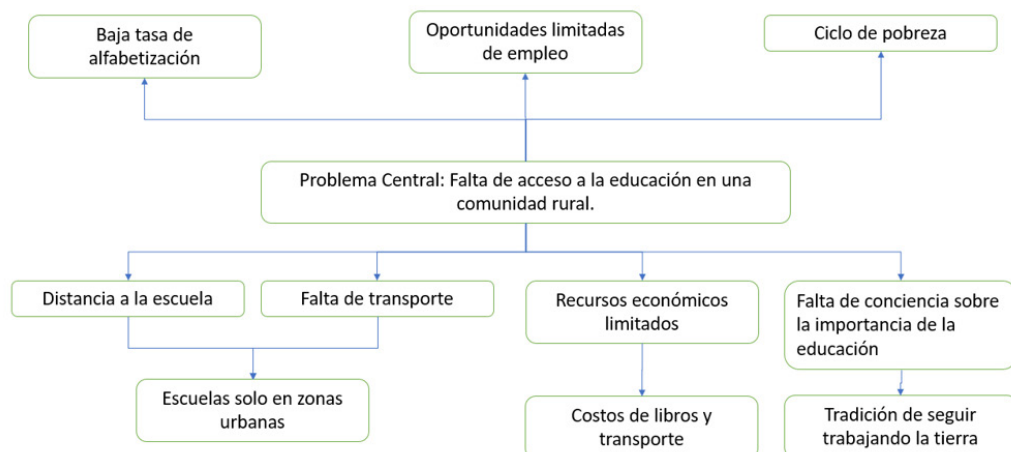
Uno de los elementos clave de la Metodología de Marco Lógico es el uso de un enfoque participativo, que involucra a todas las partes interesadas desde las primeras etapas de diseño del proyecto. Esto garantiza una comprensión

común de los objetivos, actividades, resultados esperados y supuestos subyacentes que rodean la intervención propuesta. A través de un proceso inclusivo, se identifican los problemas, las causas raíz y las soluciones, lo que conduce a la formulación de una cadena de resultados lógicos y jerárquicos.

“Es útil hacer una distinción entre lo que se conoce como el Enfoque del Marco Lógico (LFA) y la Matriz del Marco Lógico (LFM). El enfoque implica el análisis de problemas, el análisis de las partes interesadas, el desarrollo de una jerarquía de objetivos y la selección de una estrategia de implementación preferida. El producto de este enfoque analítico es la MATRIZ (el Marco Lógico), que resume lo que el proyecto intenta hacer y cómo, cuáles son los supuestos clave y cómo se monitorearán y evaluarán los productos y resultados.” (MEA, 2020)

Un componente esencial de la Metodología de Marco Lógico es el Árbol de Problemas, que permite visualizar las relaciones causales entre los problemas y sus causas subyacentes. Mediante este análisis estructurado, se pueden identificar las áreas clave de intervención y se elaboran estrategias para abordarlas de manera efectiva. La metodología del marco lógico, en particular los árboles de problemas y los árboles de objetivos, se utiliza comúnmente en la planificación y evaluación de proyectos. Estos árboles son herramientas visuales que ayudan a identificar y organizar los elementos clave de un problema u objetivo.

El siguiente ejemplo presenta un árbol de problemas de acuerdo con lo establecido en la metodología de marco lógico:



Problema central: Falta de acceso a la educación en una comunidad rural.

Causas principales:

Distancia a la escuela: la escuela más cercana se encuentra a una distancia considerable de la comunidad pues las escuelas se encuentran en zonas urbanas.

Falta de transporte: no hay un medio de transporte seguro y confiable para que los estudiantes lleguen a la escuela.

Recursos económicos limitados: muchas familias en la comunidad no pueden pagar los costos asociados con la educación, como uniformes y materiales escolares, así como el transporte para llegar a las aulas.

Falta de conciencia sobre la importancia de la educación: En la comunidad, no existe una comprensión sólida de los beneficios de la educación.

Efectos principales:

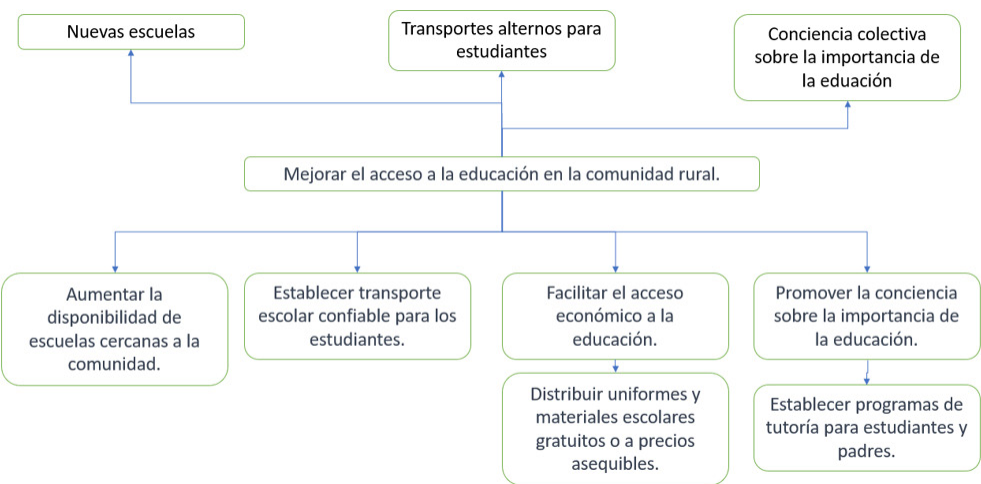
Baja tasa de alfabetización: debido a la falta de acceso a la educación, la tasa de alfabetización en la comunidad es muy baja.

Oportunidades limitadas de empleo: la falta de educación reduce las oportunidades laborales y el potencial de ingresos de los residentes de la comunidad.

Ciclo de pobreza: la falta de acceso a la educación perpetúa el ciclo de pobreza en la comunidad, ya que las futuras generaciones enfrentan las mismas barreras educativas.

Este árbol de problemas simplificado destaca el problema central (falta de acceso a la educación) y desglosa las causas principales que contribuyen a ese problema, así como los efectos que resultan de él. Este análisis ayuda a identificar las áreas clave en las que un proyecto podría intervenir para abordar el problema y sus causas subyacentes. En este caso, un proyecto podría centrarse en mejorar el acceso a la educación, abordando las causas identificadas, como la distancia a la escuela, la falta de transporte y los recursos económicos limitados.

Ahora veamos cómo sería un árbol de objetivos para poder tratar la problemática:



Este “Árbol de Objetivos” presenta el objetivo central de mejorar el acceso a la educación en la comunidad rural y desglosa los objetivos específicos y los resultados esperados (indicadores) que ayudarán a alcanzar ese objetivo central. Cada objetivo específico se acompaña de acciones concretas que pueden implementarse como parte de un proyecto o programa destinado a abordar la problemática de la falta de acceso a la educación en la comunidad. Estos objetivos y resultados esperados proporcionan una estructura lógica y planificada para la intervención en esta problemática.

Compliance público

El “*Compliance público*» se refiere a la gestión y el cumplimiento de normas, regulaciones y leyes en el ámbito del sector público. Implica asegurarse de que las entidades gubernamentales, las organizaciones gubernamentales y los funcionarios públicos cumplan con las leyes y regulaciones aplicables en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades.

Los planes de cumplimiento normativo se basan en la gestión de riesgo para su elaboración. “Son los gestores los que, en base al conocimiento de la organización y la información de que disponen de las distintas fuentes a su alcance, deben apreciar los distintos factores de riesgo y la identificación y valoración de estos. La evaluación de riesgos compete por lo tanto a las propias organizaciones públicas”. (Campos, 2020), es importante presentar modelos que sean más preventivos que correctivos, pero para lograrlo se requiere del apoyo de todos los stakeholders.

Jefrey K. Liker en su libro los 14 principios gerenciales del mayor fabricante mundial, haciendo alusión a Toyota, expone que las entidades deben estar orientados a la calidad desde el principio. “Construya una cultura orientada a «dejar de arreglar problemas». Cree una cultura orientada a conseguir calidad desde el origen”. Y en términos prácticos es lo que buscan los modelos de *Compliance* prevenir, involucrando a los equipos de trabajo en la resolución de problemas asociados al cumplimiento normativo.

Marco lógico Vs Compliance público

¿Ahora, como cobra importancia el MML en el momento de hablar de *Compliance*? Si evaluamos el MML y lo comparamos con la gestión de riesgos y el cumplimiento normativo encontramos una estrecha relación, entonces podemos hablar de una serie de pasos que permitan su integración de forma sencilla y permita a los actores poder facilitar el proceso de análisis de los riesgos y su impacto en cada una de las áreas de la entidad.

Para entender mejor la correlación entre el MML y el *Compliance*, se presenta un cuadro comparativo entre las dos metodologías para poder determinar cómo pueden interactuar y generar sinergia para trabajar sobre los problemas y riesgos en las entidades públicas.

Metodología de Marco Lógico	Matrices de Riesgo en <i>Compliance</i>
Enfoque en la planificación y evaluación de proyectos.	Enfoque en la identificación y gestión de riesgos de cumplimiento normativo.
Utiliza árboles de problemas y árboles de objetivos para analizar y establecer los elementos clave de un problema u objetivo.	Utiliza matrices de riesgo para identificar y evaluar los riesgos de cumplimiento normativo.
Ayuda a comprender las causas subyacentes de un problema y establecer objetivos específicos para abordarlo.	Ayuda a identificar y evaluar los riesgos inherentes asociados con el cumplimiento normativo.
Se enfoca en la evaluación de la severidad del problema en términos de sus efectos negativos potenciales sobre los objetivos del proyecto u organización.	Se enfoca en la evaluación del impacto negativo potencial del incumplimiento normativo en la organización, incluyendo consecuencias legales, financieras y reputacionales.
Diseña actividades para alcanzar los objetivos establecidos y abordar las causas subyacentes del problema.	Diseña actividades y controles para mitigar los riesgos de cumplimiento normativo identificados, reduciendo así el riesgo inherente.
Permite evaluar el impacto positivo resultante de la implementación de actividades en términos de la reducción del riesgo residual.	Permite evaluar la eficacia de los controles y actividades implementadas para gestionar los riesgos de cumplimiento y lograr un riesgo residual aceptable.

Este cuadro comparativo destaca cómo ambas metodologías se complementan entre sí. El marco lógico proporciona una estructura para comprender los problemas y establecer objetivos, mientras que las matrices de riesgo en *Compliance* ayudan a identificar y evaluar los riesgos específicos asociados con el cumplimiento normativo. Al integrar estos enfoques, es posible diseñar actividades y controles efectivos para mitigar los riesgos identificados y lograr un riesgo residual aceptable en el contexto del cumplimiento normativo.

Del anterior análisis se establece una integración de estos para poder crear un nuevo modelo con los siguientes pasos:

Pasos:

1. Identificación del problema o riesgo inherente: Utilizar el árbol de problemas para analizar y comprender el problema o riesgo que desea abordar en términos claros y específicos. Identificar las causas subyacentes del problema y organízalas en el árbol de problemas.
2. Evaluación de la severidad: La severidad del problema se puede considerar como el impacto negativo potencial que puede tener sobre los objetivos del

proyecto o la organización. Se asigna una medida de severidad a cada uno de los efectos identificados en el árbol de problemas. Entonces se incluyen componentes adicionales al árbol de problemas para poder cuantificar la magnitud del problema en términos de riesgo.

3. Definición de los objetivos: Utilizar un árbol de objetivos para establecer los objetivos ideales que deseas lograr en relación con el problema o riesgo identificado. Los objetivos deben ser específicos, medibles, alcanzables, relevantes y limitados en el tiempo (SMART, por sus siglas en inglés).

4. Diseño de las actividades: Definir las actividades necesarias para alcanzar los objetivos establecidos. Estas actividades deben estar diseñadas de manera que reduzcan o mitiguen el riesgo inherente identificado en el árbol de problemas. Considerar cómo cada actividad contribuirá a la reducción del riesgo y cómo se relaciona con los objetivos.

5. Evaluación del impacto positivo: Una vez se hayan implementado las actividades para gestionar el riesgo, evaluar el impacto positivo resultante en términos de la reducción del riesgo residual. El riesgo residual se refiere al riesgo que aún existe después de aplicar las actividades de mitigación.

Es importante que se vea la gestión de riesgo no solamente como un control sino como un impulso para premiar las buenas prácticas.

Ahora a la identificación del problema o riesgo podemos incluir la metodología de los cinco porque para poder establecer a la causa raíz del problema. Retomando el caso de éxito de Toyota, se expone que para poder entender la causa del problema es necesario realizar preguntas poderosas como son los cinco por qué. Principio 12: Vaya a verla por sí mismo para comprender a fondo la situación (genchi genbutsu). Lo que el modelo Toyota requiere es que los empleados y directivos entiendan profundamente los procesos de flujo, trabajo estandarizado, etc., así como la habilidad de valorarlos críticamente y analizar lo que está sucediendo. Además, han de saber cómo encontrar las causas originales de los problemas que observan y comunicárselas efectivamente a otros. Llevemos esto al tema del plan de cumplimiento normativo. Se deben entender bien las causas originales del problema con la técnica de los cinco porque y estas causas deben ser comunicadas objetivamente y con claridad.

Hemos expuesto que el problema es el riesgo inherente, pero debemos llegar a la causa del problema para no aplicar soluciones que no resuelvan el problema en su totalidad, así que si hablamos de corrupción debemos encontrar la fuente de la misma y una vez clara la fuente poder comunicarla de manera eficiente a través del árbol de problemas que posteriormente se convertirá en un árbol de objetivos.

Para entender la relación entre el Marco Lógico (MML) y el *Compliance*, y cómo se pueden utilizar en conjunto, se toma como ejemplo el proceso de gestión de riesgos y cumplimiento normativo en una entidad pública. Aquí hay un escenario hipotético que ilustra esta relación:

Supongamos que una entidad gubernamental está preocupada por el riesgo de corrupción en sus operaciones y desea implementar un plan de cumplimiento normativo sólido para abordar este problema. En este contexto, podemos ver cómo el MML y el *Compliance* pueden interactuar de la siguiente manera:

1. Identificación del problema o riesgo inherente:

- Utilizando el enfoque del Marco Lógico, se realiza un análisis estructurado de los problemas relacionados con la corrupción en la entidad.
- Se utiliza el Árbol de Problemas para visualizar las relaciones causales entre la corrupción y sus causas subyacentes. Esto ayuda a comprender las dimensiones del problema y sus raíces.

2. Evaluación de la severidad:

- En este paso, se evalúa la severidad del problema de corrupción en términos de su impacto negativo potencial en la entidad.
- Se asigna una medida de severidad a cada uno de los efectos identificados en el Árbol de Problemas. Esta severidad será la base para poder desarrollar indicadores que permitan medir el impacto de las soluciones que se promuevan.

3. Definición de los objetivos:

- Utilizando el Árbol de Objetivos, se establecen objetivos específicos relacionados con la reducción de la corrupción en la entidad.
- Estos objetivos son SMART: específicos, medibles, alcanzables, relevantes y limitados en el tiempo.

4. Diseño de las actividades:

- Se diseñan actividades concretas que contribuyen a la reducción de la corrupción. Estas actividades pueden incluir capacitación en ética, implementación de controles internos y procesos de denuncia de irregularidades. Las actividades deben llevar a que se mejoren los indicadores propuestos en la severidad.
- El diseño de estas actividades se basa en el análisis realizado en los pasos anteriores y busca abordar las causas subyacentes de la corrupción.

5. Evaluación del impacto positivo:

- Una vez que se han implementado las actividades de cumplimiento, se evalúa el impacto positivo resultante en términos de la reducción del riesgo residual de corrupción.

- El riesgo residual es el riesgo que todavía existe después de aplicar las actividades de mitigación.
- Se pueden promover acciones para premiar las buenas prácticas con eso se pasan a formar ciclos virtuosos alrededor del *Compliance*.

En este ejemplo, vemos cómo el MML proporciona una estructura lógica y coherente para comprender y abordar el problema de la corrupción en la entidad pública. Ayuda a identificar las causas subyacentes, establecer objetivos claros y diseñar actividades efectivas. Por otro lado, el cumplimiento normativo se enfoca en identificar y gestionar los riesgos específicos relacionados con la corrupción y en asegurar el cumplimiento de las normativas y regulaciones pertinentes.

La integración de ambas metodologías permite a la entidad pública trabajar de manera sistemática en la prevención y mitigación de la corrupción, alineando sus esfuerzos con sus objetivos estratégicos y reduciendo los riesgos asociados con el incumplimiento normativo. Esta sinergia entre el MML y el *Compliance* ayuda a promover la transparencia, la eficiencia y la efectividad en la gestión pública. Es importante que se promuevan este tipo de herramientas visuales para poder promover la cultura de riesgo al interior de las organizaciones, que las matrices de riesgo no se archiven, sino que pasen a formar parte del ADN de cada una de las entidades públicas.

Conclusiones

Al explorar la integración del modelo de marco lógico y el cumplimiento (*Compliance*) como estrategia para optimizar la planificación, implementación y seguimiento de programas, se han revelado perspectivas cruciales que merecen consideración. Estas conclusiones destacan el valor agregado y la sinergia generada al combinar estos enfoques estratégicos:

1. Fortalecimiento conceptual:

La integración del modelo de marco lógico con el cumplimiento refuerza la base conceptual de los programas. Al unir la estructura lógica del modelo con las prácticas normativas del *Compliance*, se establece una plataforma sólida que orienta cada fase del programa, desde la planificación hasta la ejecución y el monitoreo.

2. Efectividad operativa mejorada:

La combinación de estos enfoques no solo aporta una comprensión más profunda y estructurada a la gestión de programas, sino que también mejora la eficacia operativa. La rigurosidad del modelo de marco lógico, al alinearse con las normativas de *Compliance*, permite una ejecución más eficiente y minimiza los riesgos operativos.

3. Adaptabilidad a entornos cambiantes:

La integración propuesta no solo mejora la eficiencia en condiciones estables, sino que también fortalece la adaptabilidad frente a entornos dinámicos y cambiantes. La flexibilidad inherente al modelo de marco lógico, reforzada por las directrices de *Compliance*, permite ajustes estratégicos en tiempo real para enfrentar desafíos emergentes.

4. Cumplimiento normativo como garante de calidad:

La incorporación del cumplimiento como parte integral del modelo de marco lógico actúa como un garante de calidad en la ejecución del programa. La adhesión a las regulaciones y estándares éticos no solo mitiga riesgos legales, sino que también construye la confianza de los *stakeholders* al demostrar un compromiso firme con la responsabilidad y la transparencia.

5. Sinergia entre objetivos y resultados medibles:

La sinergia creada por la fusión del modelo de marco lógico y el cumplimiento permite una alineación más estrecha entre los objetivos del programa y los resultados medibles. La claridad conceptual proporcionada por el modelo se combina con la orientación normativa del *Compliance*, facilitando la evaluación y medición efectiva del éxito del programa.

Así las cosas, la integración del modelo de marco lógico y el cumplimiento no solo representa una convergencia estratégica, sino una evolución en la gestión de programas. Este enfoque no solo optimiza las operaciones actuales, sino que también prepara a las organizaciones para enfrentar futuros desafíos con resiliencia y responsabilidad. Al adoptar esta sinergia, las entidades pueden construir programas más efectivos, éticos y adaptables en un panorama dinámico y regulado.

Referencias

- Campos Acuña, C. (Dir.). (2020). *Guía práctica de Compliance en el sector público*. Wolters Kluwer España. <https://elibro-net.bibliotecavirtual.unad.edu.co/es/ereader/unad/129214?page=90>
- Cárdenas Torrado, L., Cruz Casallas, N. E. y Álvarez Cardona, N. (2022). Revisión del Marco Lógico: Conceptualización, Metodología, variaciones y aplicabilidad en la Gerencia de Proyectos y programas. *Inquietud Empresarial*, 22(1), 117-133. <https://doi.org/10.19053/01211048.13408>
- Doig, A. (s.f.). Cumplimiento y el Sector Público: una evaluación crítica del entorno regulatorio internacional y nacional.
- Flaherty, D. B. (s.f.). Marco de Cumplimiento del Sector Público: Guía para Profesionales". (s.d.).

- Levin, L. S., y Matlis, D. R. (s.f.). Cumplimiento regulatorio: estrategias y mejores prácticas para el éxito". (s.d.).
- Liker, J. K. (2021). *The Toyota way: 14 management principles from the world's greatest manufacturer*. McGraw Hill Education.
- Marling, R. L. (s.f.). *Gestión del Cumplimiento para Organizaciones del Sector Público, Privado o sin Fines de Lucro*. (s.d.).
- McEvoy, P., Brady, M., y Munck, R. (2016). Capacity Development Through International Projects: A Complex Adaptive Systems Perspective. *International Journal of Managing Projects in Business*, 9(3), 528-545.
- Ministry of Economic Affairs, Malaysia. (2020). *Handbook for Logical Framework Analysis*. <https://www.ekonomi.gov.my/sites/default/files/2020-02/Handbook%20For%20Logical%20Framework%20Analysis.pdf>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (s.f.). Handbook on Planning, Monitoring and Evaluating for Development Results.

CAPÍTULO 10

Riesgos legales y conducta estatal responsable

Enan Arieta Burgos y Andrés Felipe Duque Pedroza

Introducción

El concepto de Estado de Derecho y el principio de legalidad fundamentan toda política de “tolerancia cero” frente a las infracciones que materializan riesgos jurídicos. En este sentido, el deber a cargo de las entidades y de los servidores públicos de ajustar su comportamiento a lo expresamente autorizado u ordenado en el ordenamiento jurídico es incompatible con la posibilidad de asumir, dentro del ámbito de apetito de riesgo, la realización de actuaciones contrarias a derecho o potencialmente riesgosas. En otras palabras, a diferencia de lo que podría ocurrir en el ámbito empresarial en donde algunos riesgos legales se asumen o se transfieren, parece claro que en el sector público las únicas alternativas legalmente admisibles frente a la gestión de los riesgos legales es su prevención en términos absolutos. En consecuencia, el sector público no solo es especialmente repulsivo al riesgo, sino que, en adición, los ámbitos de autorregulación son mínimos.

Ahora bien, pensar que un régimen de deberes, prohibiciones y sanciones garantiza adecuadamente la no ocurrencia o evitación de riesgos legales en el sector público es, por decir lo menos, una falacia normativista (Ferrajoli, 1995). En una idea simple, no es válido inferir lógicamente conclusiones descriptivas o fácticas de premisas prescriptivas o jurídicas (Solano, H., Duque, A., Díez, M, Arrieta, E., García-Baylles, S., Monsalve, J, 2019). Argumentos de este tipo dan cuenta de cierto fetichismo jurídico socialmente nocivo. De allí que sea necesario contar con un marco de referencia particularmente orientado hacia la gestión integral de los riesgos legales en el sector público. El denominado “*public Compliance*”, categoría aún poco explorada en nuestro contexto colombiano, puede ofrecer rendimientos interesantes de cara a la identificación, prevención, evaluación y tratamiento de los riesgos legales a los que se ven enfrentadas las entidades públicas.

De allí que el concepto de Estado de Derecho y el principio de legalidad no anulan las profundas discusiones jurídicas en torno al alcance y contenido de los programas de cumplimiento en el ámbito estatal. Que las entidades públicas deban cumplir la Ley y nada más que la Ley no borra de un plumazo el hecho de que, en los casos concretos, con intención o sin intención, algunas actuaciones administrativas generan impactos negativos *ad intra* y *ad extra* de las instituciones públicas.

Con estas premisas, este capítulo analiza y propone algunos parámetros para que las entidades públicas adopten un modelo de conducta estatal responsable frente a la gestión integral de los riesgos legales. En este orden de ideas, para desarrollar esta propuesta de trabajo, en primer lugar, desde la teoría del derecho, la sociología jurídica y el análisis económico del derecho, se realiza una aproximación al entendimiento del derecho como un complejo sistema de normas (reglas, principios y directrices) y de riesgos gestionables. La segunda sección interrelaciona los elementos básicos de un programa de cumplimiento normativo con las políticas de prevención del daño antijurídico, explorando, en concreto, los desarrollos normativos que existen en Colombia a nivel estatal y empresarial (que resulten aplicables). En un tercer momento, se sintetiza una propuesta que, inspirada en el modelo de Conducta Empresarial responsable (CER) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), esboza los estándares relacionados con una Conducta Estatal Responsable aplicable a título de buenas prácticas en las entidades públicas. Este modelo pretende que, desde un punto de vista holístico, las instituciones públicas gestionen integralmente los riesgos legales, los cuales, hay que decirlo desde ya, no se reducen a impactos exclusivamente patrimoniales.

Si los riesgos no son una opción, lo decisivo es cómo las entidades públicas los asumen responsablemente.

1. El derecho como sistema de normas y de riesgos gestionables: una aproximación desde la teoría del derecho, la sociología jurídica y el análisis económico

Desde una perspectiva objetiva, el derecho puede definirse como un sistema de normas dotadas de coercibilidad que definen qué se encuentra prescrito, bajo qué circunstancias y qué consecuencias se derivan de su observancia e inobservancia (Guastini, 2011; Solano y otros, 2019). La objetividad del derecho al estilo del *more geometrico* coincide con la idea de que las entidades públicas no asumen ni pueden asumir ningún tipo de riesgo legal. La certeza en las decisiones, y no los riesgos, parece ser una exigencia que se deriva del principio de legalidad y del concepto de Estado de Derecho.

Ahora bien, desde la perspectiva de la economía conductual, el derecho representa para los actores sociales un marco regulatorio cuyo conocimiento, aplicación y fiscalización debe ser tenido en cuenta para la toma de decisiones más o menos riesgosas, esto es, más o menos cautelosas de lo prescrito en la norma. Los aportes de la economía conductual al entendimiento del

derecho pueden producir rendimientos teóricos notables (Jolls y otros, 1998; Korobkin, 2011), más aún de cara a entender las razones y mentalidades por las que las personas cumplen e incumplen las normas. Así, las disposiciones normativas operan a manera de incentivos y desincentivos de determinados comportamientos que socialmente se valoran como deseables, indeseables y riesgosos (Posner, 1979; 2010). Incluso en el sector público y hablando en términos jurídicos, podríamos tomar prestadas las palabras de Luhmann (1993): “No existe ninguna conducta libre de riesgo” (p. 28). En esta línea argumentativa, para hacer de una vez a un lado la ilusión de certeza geométrica con la que se espera —riesgosamente— actuar en el sector público, basta con recordar, siguiendo a Luhmann (1993) que el riesgo más peligroso es rechazar todo tipo de riesgos: “Negarse a aceptar los riesgos o exigir su rechazo es, en sí mismo, algo riesgoso” (p. 10).

El riesgo es una aproximación conceptual frente a los problemas del futuro y el tiempo (Luhmann, 1996), frente a los cuales el derecho no es indiferente. Se trata de una manera de apropiarse de una realidad que es la incertidumbre frente al futuro (Luhmann, 1993). A lo conocido como pasado, intelectualmente, lo podemos denominar experiencia, error, certezas, aprendizajes, pero a la realidad del porvenir no la podemos llamar así. El riesgo, entonces, es una forma de trabajar con un aspecto del tiempo, exactamente con aquel que comprende lo que no ha ocurrido y todo aquello que no se sabe que puede o no ocurrir (Galindo, 2015).

Algunas actividades estatales, productos o servicios que la Administración ofrece a los asociados son intrínsecamente riesgosos porque podrían causar, contribuir o estar directamente vinculados con impactos negativos (Kuran y Sunstein, 1999). En otros contextos, las actividades del Estado puede que no sean intrínsecamente riesgosas, pero las circunstancias, por ejemplo, de asuntos relacionados con la corrupción, la ignorancia de las normas, su falta de cumplimiento de las normas y el comportamiento de los actores sociales podrían generar impactos negativos.

En este orden de ideas, la producción de actos administrativos es indisociable de la producción de riesgos legales. La Administración adopta decisiones que implican riesgos técnicos, económicos, sociales y, a la postre, legales. Parafraseando la definición estandarizada del concepto general de riesgo (ISO 31000:2018), los riesgos legales podrían definirse como los efectos jurídicos de la incertidumbre sobre los objetivos que se propone el Estado o un particular a la hora de adoptar una decisión. Se trata de efectos jurídicos que ocurren como resultados no esperados que sitúan al actor social en un escenario potencial de reproche jurídico de su comportamiento, bien sea a través de escenarios formales de justiciabilidad o no.

Con estas premisas, a nuestro juicio, conviene caracterizar conceptualmente el derecho como un sistema de normas y de riesgos gestionables. Integrando esta dimensión dual, la perspectiva psicológica y subjetivista del derecho depende del alcance que se les dé a las normas jurídicas en sentido objetivo. Podría decirse, en consecuencia, que la gestión de los riesgos legales es

funcionalmente dependiente de, al menos, dos factores: (i.) un factor relacionado con la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que trazan la frontera entre las conductas conformes a derecho, no conformes a derecho y las conductas potencialmente riesgosas (qué es lo autorizado, prohibido y ordenado por el derecho y bajo qué circunstancias) y; (ii.) otro factor relacionado con la probabilidad de imposición efectiva de las consecuencias jurídicas que se desprenden de cada alternativa comportamental.

El primer factor se circunscribe a la clasificación de las normas jurídicas. No todos los tipos de normas jurídicas toleran o promueven ámbitos decisionales con los mismos niveles de riesgo. Dicho esto, en el sistema de normas jurídicas es posible diferenciar tres tipos: reglas, principios y directrices (Atienza, 2013). Mientras que la subsunción que opera para la aplicación de las reglas ubica a los operadores jurídicos en un escenario esencialmente poco riesgoso, en la ponderación que concreta la aplicación y directrices el servidor público actúa en el marco de una gran zona de riesgo. Esta taxonomía es importante para determinar los niveles de riesgo jurídicamente permitidos de aquellos que son rechazables.

La distinción más aceptada entre normas-reglas y normas-principios es la sostenida por Alexy (2007):

Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones (...). Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que, si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario (Alexy, *La fórmula del peso*. En: *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 349-374, 2007, pág. 349)

En primer lugar, la mayoría de las veces las decisiones que adopta el Estado se fundamentan en la aplicación de reglas a través de un silogismo subsuntivo. De acuerdo con este esquema, el margen de discrecionalidad y de riesgo decisional para el operador administrativo es considerablemente menor cuando se le compara frente aquellas decisiones que se basan en principios y directrices. Y ello es así por cuanto la operación intelectual que guía el pensamiento del servidor público es la siguiente:

(...) «si se dan las circunstancias o condiciones de aplicación X (un caso genérico), entonces alguien puede, debe o tiene prohibido realizar una determinada acción Y». A partir de aquí, todo lo que se necesita es clasificar o subsumir cierta realidad fáctica en el supuesto de hecho de esa norma. Puede haber problemas interpretativos o problemas de tipo fáctico, pero una vez que se resuelven (realizada la justificación externa), lo que queda es ese esquema clasificatorio (Atienza, 2013, p. 183).

En este orden de ideas, las decisiones administrativas basadas en reglas se enfrentan a un margen de discrecionalidad reducido, por lo que el efecto de la incertidumbre es menor. En otras palabras, en aquellos eventos en que la decisión se debe tomar con fundamento en reglas, el riesgo de incumplir lo que expresamente señala la regla sitúa al actor ante una infracción culpable o dolosa del derecho vigente. Una vez se activa el hecho que hace operativa la consecuencia jurídica, el principal y casi que el único riesgo —adicional a las incertidumbres hermenéuticas y fácticas— es no ajustar la conducta conforme a derecho. El riesgo legal se traduce, simplemente, en un incumplimiento normativo exigible y sancionable.

En segundo lugar, de acuerdo con la propuesta de Alexy (2011), para la interpretación y aplicación de los principios se tiene que el juicio de proporcionalidad es la metodología más aceptada para determinar en qué eventos las restricciones sobre un derecho fundamental o sus infraprotecciones pueden considerarse permitidas o, por el contrario, deben ser rechazadas (Barak, 2017). Ello implica evaluar, en cada caso concreto y con un altísimo gradiente de riesgo, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de un principio, el cual, por su propia naturaleza normativa, se encuentra en disputa con otro u otros principios que definen sus “posibilidades jurídicas”. Bajo este horizonte, el estudio de la ponderación, como instrumento que concreta la implementación del juicio de proporcionalidad en la tarea de interpretar y argumentar los principios —a diferencia de la subsunción que se utiliza para la adjudicación de las reglas—, termina por plantear, de cara a las decisiones administrativas basadas en principios, un margen de discrecionalidad y por ende de riesgo aún mayor (Arrieta-Burgos, 2019).

En tercer lugar, volviendo sobre el planteamiento de Atienza (2013), las directrices o, más bien, los principios que asumen la forma de directrices exigen que el operador jurídico lleve a cabo una ponderación orientada a determinar cómo se concretan los objetivos que se derivan de un determinado valor jurídico. Esta tarea es especialmente importante para el caso de los hacedores de políticas públicas, quienes en su diseño e implementación toman decisiones extraordinariamente riesgosas. Los resultados de las políticas públicas con frecuencia no son los esperados, se quedan cortos o se desvían de las finalidades propuestas. En este campo decisonal, el ámbito de riesgo es extraordinariamente alto en tanto que corresponde a las entidades públicas realizar un juicio de adecuación a efectos de elegir y disponer apropiadamente los recursos para la consecución de los objetivos planteados.

Lo hasta aquí explicado a propósito de las reglas, principios y directrices debe ser leído en consonancia con la dogmática de los derechos fundamentales. El derecho al Estado, como el más radical de todos los derechos, (García-Villegas y Espinosa, 2013), del que dependen los demás derechos, coloca a las autoridades administrativas ante escenarios inciertos en la toma de decisiones que pueden repercutir sobre los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos. Desde esta óptica, es claro que los actos administrativos potencialmente riesgosos pueden desembocar en afectaciones a derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos.

En este sentido, incluso cuando hablamos de derechos humanos y fundamentales, los escenarios de riesgo que rodean una decisión estatal no son uniformes. De todo derecho humano y fundamental se siguen tanto obligaciones negativas (abstención) como positivas (realización o satisfacción). Por esta razón, se diferencian cuatro niveles de exigibilidad de las obligaciones que se desprenden de los derechos humanos y fundamentales, tanto en su dimensión positiva como negativa, así: (i.) reglas de respeto de los derechos humanos, (ii.) reglas de protección de las transgresiones que provengan de terceros, (iii.) principios y directrices para asegurar que el titular del derecho pueda acceder por sí mismo a este y; (iv.) principios y directrices para promover condiciones materiales de cara a su satisfacción efectiva (Shue, 1980; Van-Hoof, 1984). En las dos primeras facetas prestacionales, relacionadas con las obligaciones de respeto y garantía, el margen de discrecionalidad para la adopción de comportamientos riesgosos a nivel legal es mínimo en tanto estas facetas se expresan a través de reglas claras que les fijan a las entidades públicas mandatos sobre qué hacer y qué no hacer, al igual que las consecuencias que se siguen de su inobservancia. Por el contrario, en los ámbitos de exigibilidad progresiva relativos al aseguramiento y promoción de los derechos, el repertorio de acciones estatales es más amplio, por lo que se toleran ejercicios de ponderación de principios y directrices en los que el riesgo inherente es más elevado.

El segundo factor ya no depende del alcance y naturaleza de las estructuras normativas, sino de la probabilidad, cierta o baja, de que la consecuencia jurídica que se sigue de un comportamiento infractor se haga valer a través de los distintos mecanismos judiciales, administrativos, penales, disciplinarios y fiscales de exigibilidad, entre otros. El punto de partida es el siguiente: aunque ya es un lugar común afirmar que el mayor incumplidor del derecho es el Estado, lo cierto es que ni todas las entidades públicas cumplen las normas jurídicas, ni todas las incumplen. Por lo anterior, es necesario identificar con precisión los tipos y razones de incumplimiento de las normas jurídicas. El enfoque del incumplimiento, aunque inusual para aproximarse a los programas de cumplimiento normativo, es indispensable para el diseño e implementación de un sistema de gestión integral de los riesgos legales.

Para desarrollar este enfoque de aproximación al *public Compliance* a partir de la cultura del incumplimiento en América Latina seguimos de cerca la propuesta conceptual expuesta por autores como Nino (1992) y García-

Villegas (2010; 2011; 2014) y García-Villegas y Lejeune (2015) a propósito de las *non-Compliance mentalities* (mentalidades incumplidoras).

En esta dirección, además del crimen y la ignorancia de la Ley, es posible tipificar diversas formas del incumplimiento del derecho: el incumplimiento estratégico (vivo-interés), el incumplimiento cultural (arrogante-valores) y el incumplimiento político (rebelde-defensa).

El incumplimiento estratégico presupone que la gente incumple luego de calcular los costos y beneficios de la desobediencia (García-Villegas, 2010). El incumplimiento estratégico es el más frecuente y da cuenta de una acción social basada en fines, esto es, de una racionalidad típicamente instrumental (Weber, 1964). Los personajes que elogian la viveza son egoístas, calculadores y buscan satisfacer su interés personal, acomodando, con esta finalidad, los medios a los fines, de tal manera que le sirvan de la mejor manera posible, sin importar lo prescrito por el derecho (García-Villegas, 2014). La idea de que el fin justifica los medios va acompasada de la existencia de incentivos y desincentivos a nivel normativo para cumplir y no cumplir las leyes. El incentivo determinante se relaciona con la capacidad o incapacidad de las instituciones para sancionar los impactos negativos que materializan comportamientos antijurídicos que previamente se catalogaron riesgosos (García-Villegas, 2010). A quienes incumplen por razones estratégicas, y esto es fundamental para los programas de cumplimiento normativo, no se le disuade con más sino con mejores sanciones, con consecuencias jurídicas efectivas. Asumir en el ámbito decisional del riesgo aceptable que las consecuencias jurídicas adversas pueden ser evitadas, que no son graves o que no son proporcionales con el provecho personal que se obtiene de incumplir las normas, es una de las principales características de esta mentalidad incumplidora.

El incumplimiento cultural presupone que la razón por la cual no se acatan las reglas estriba en que los valores que estas transmiten son considerados menos importantes que otros (García-Villegas, 2014). Las directrices complicadas en las normas jurídicas se juzgan por parte del actor social como de inferior jerarquía cuando se las compara con valores religiosos, sociales o familiares. En el incumplimiento rebelde la acción social basada en valores —para usar las palabras de Weber (1964), o lo que podríamos llamar una racionalidad valorativa, conduce a decidir qué valor, esto es, qué preferencia incondicionada prevalece sobre los valores intrínsecos a la Ley. Y ello ocurre especialmente en América Latina donde, a nivel cultural, no existe una superioridad del derecho sobre otros órdenes normativos como la moral o la costumbre; sino un acomodamiento, una negociación, entre lo jurídico, lo ético y lo habitual (García-Villegas y Lejeune, 2015). Aunque idealmente los órdenes normativos deberían coincidir en los fines y los medios asociados al comportamiento “correcto”, con frecuencia esto no ocurre. Así, es común encontrar que las personas incumplen las leyes cuando estas entran en conflicto con normas culturales y morales que consideran más importantes. En cierta medida, vivimos en sociedades premodernas y posmodernas con instituciones jurídicas esencialmente modernas. Ahora bien, la distancia entre

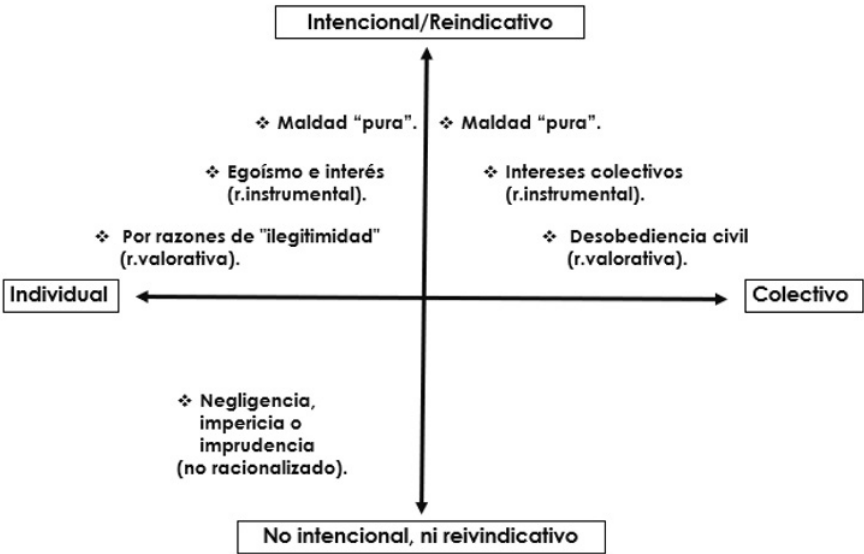
los órdenes normativos no puede ser radicalizada. El incumplimiento nunca es total, y lo más habitual es encontrar pactos entre lo moral, lo acostumbrado y lo jurídico, de suerte que la ley se obedece en alguna medida que se asume riesgosamente aceptable.

El tercer tipo de incumplimiento es el más político de todos y parte de la base de que algunas personas incumplen las reglas como un acto de resistencia contra la autoridad (García-Villegas, 2014). El rebelde se encuentra a medio camino entre las posiciones políticas y criminales que se eligen para enfrentar el poder del Estado y cuestionar la legitimidad de las formas jurídicas. En estos casos estimamos que subyace, también, una racionalidad valorativa, de modo que los valores que representa la autoridad se contraponen con los valores promovidos en la lucha política. No es que los valores religiosos, familiares o culturales primen sobre los valores que representan las normas jurídicas; sino, más bien, que los valores políticos inherentes a las normas jurídicas se juzgan incompatibles con los valores políticos que representa una determinada ideología.

Es necesario añadir algunas claridades. Desde luego, casi ningún incumplimiento responde, en la práctica, a solo un tipo de mentalidad incumplidora. Con frecuencia es posible encontrar que quien no respeta la norma y posee un apetito voraz al riesgo se encuentra a nivel decisonal movido por el hecho de que tiene derecho a incumplir el derecho en nombre de un valor o situación que así se lo "exige", así como por la conciencia de que probablemente no será descubierto. Además, entre los incumplimientos estratégico, cultural y político pueden existir hibridaciones, dando lugar a personajes como el taimado, el déspota y el restaurador, entre otros (García-Villegas, 2014). El taimado es una mezcla de vivo y rebelde. En el déspota confluyen personalidades vivas y arrogantes. Los restauradores tienen algo de arrogante y rebelde. Finalmente, conviene agregar que los incumplimientos pueden caracterizarse a nivel individual y colectivo.

En consecuencia, si no fuese demasiado fácil, las principales coordenadas del campo en el que se producen los incumplimientos normativos o las mentalidades incumplidoras podrían graficarse a partir de los ejes que se exponen en la figura 1. En el eje vertical se identifican los incumplimientos que responden a acciones intencionales o, que, si bien no son intencionales al momento de la infracción de la norma jurídica, con posterioridad a ello se reivindicán o defienden como válidos. En el eje horizontal se clasifican los incumplimientos a nivel individual y colectivo. Sin moralismo alguno, llamamos "maldad" pura, por usar una expresión metafórica y en ausencia de un mejor vocablo, a aquellos incumplimientos que responden a comportamientos dañinos e intencionales que no se dejan encasillar en motivos estratégicos, culturales o políticos, y que, habitualmente, poseen una base patológica.

Figura 1. Coordenadas del incumplimiento normativo (*non-Compliance mentalities*)



Fuente: elaboración propia.

Evidentemente, se trata de una sobresimplificación. Existen muchos más ejes de discusión posicional y es posible esbozar el sistema de coordenadas de forma mucho más rica y compleja que a través de un plano cartesiano. Pero la sencillez es un acto de cortesía lingüística y, para lo que nos interesa, por lo pronto, este sistema de coordenadas es útil para intentar situar las principales mentalidades incumplidoras del derecho. En este sistema de coordenadas es posible ubicar las distintas concepciones de las prácticas sociales que ven en el derecho un factor a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones. Las acciones sociales generan más o menos efectos inciertos de cara al cumplimiento e incumplimiento de las normas jurídicas. Y estas acciones se encuentran movidas por distintos tipos de mentalidades incumplidoras voraces y proclives a los riesgos jurídicos.

Para cerrar esta sección, hay que decir que lo atípico, en realidad, es encontrar incumplimientos del derecho en los que el actor social tenga la doble certeza de que está actuando contrario a las reglas, principios y directrices jurídicas y de que será indefectiblemente objeto de una sanción justa.

2. Políticas de prevención del daño antijurídico y programas de cumplimiento

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Según se dispone en la Sentencia C-286 de 2017:

Para la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado consagrada en el artículo 90 constitucional es necesaria la comprobación de (a) un daño antijurídico, (b) que le sea imputable al Estado (causalidad jurídica), y que sea (c) producido por una acción u omisión de una entidad pública o de alguno de sus agentes (causalidad material).

En este sentido, en concordancia con el principio de legalidad en el ámbito de lo público, toda actuación, ilícita o lícita, que implique para los asociados una carga que no estén obligados a soportar, debe ser reparada patrimonialmente por el Estado (Zapata, 2019).

Así las cosas, materialmente desde la vigencia de la Constitución de 1991, las entidades del Estado han tratado de construir políticas de prevención del daño que impliquen la evaluación de sus propios procesos y procedimientos, con miras determinar el cumplimiento estricto de la ley y la identificación de todos los posibles factores de riesgo que puedan generar acciones u omisiones causantes de responsabilidad patrimonial. Es allí donde nace y se desarrolla el concepto de política de prevención del daño antijurídico. Se trata, pues, de un mecanismo dirigido a identificar y gestionar las fuentes generadoras de riesgos en las entidades públicas.

En la actualidad, y con un mayor grado de formalidad en la regulación, se le ha encargado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) la supervisión de las políticas de prevención del daño antijurídico que formulen las entidades públicas. Su diseño e implementación, si bien depende de cada entidad a partir de su propia materialidad, son constantemente supervisados por la Dirección de Políticas y Estrategias de la ANDJE. Los criterios de formulación y puesta en marcha de estos instrumentos se encuentran dispuestos en la Circular 5 del 27 de septiembre de 2019, expedida por la ANDJE. Según esta normativa, les corresponde a los comités de conciliación de las entidades públicas la función de analizar los insumos litigiosos existentes o las demás fuentes de riesgos dispuestas para cada entidad de cara al debido cumplimiento de las obligaciones en la formulación de las políticas de prevención del daño.

Si bien la regulación específica de los requisitos de las políticas de prevención del daño antijurídico ha variado en los últimos años, con un mayor grado de formalización y exigencia, lo cierto es que, en general, este insumo normativo tiene muchas semejanzas con los modelos de programas de cumplimiento normativo que se establecen para el sector privado, sobre todo, aquellos que son supervisados y gestionados, para el caso de Colombia, por las superintendencias.

La ANDJE ha establecido que las políticas de prevención del daño antijurídico deben dar cuenta, por lo menos, de las siguientes fases:

- *Fase de formulación:* en esta fase los Comités de Conciliación, a través del conocimiento y participación de las demás áreas responsables, identifican los insumos litigiosos de la entidad o las demás fuentes

generadoras de responsabilidad patrimonial del Estado que han sido previstas en el mapa de riesgos dispuesto por cada entidad. Los insumos litigiosos se corresponden con las actuaciones judiciales o administrativas que haya tenido que afrontar la entidad y que permitan identificar fallas en el servicio a través de acciones u omisiones que les sean imputables. Por su parte, además de este requisito, es necesario valorar otras posibles fuentes de riesgo que, si bien no hayan generado litigios previos o condenas judiciales, se estimen como posibles fuentes generadoras de responsabilidad patrimonial del Estado.

Como es apenas evidente, dentro de las fuentes generadoras de riesgos se incluyen múltiples situaciones, las cuales requieren el autoconocimiento íntegro de los procesos de la entidad, así como su relacionamiento con otras entidades públicas, privadas y con ciudadanos.

- *Fase de aprobación:* la fase de la aprobación de las políticas requiere una doble verificación. Por un lado, desde un punto de vista metodológico, la ANDJE determina su aprobación al comprobar el cumplimiento de los aspectos formales dispuestos en los lineamientos expresados en la Circular 5 de 2019. Desde su contenido, el análisis material para su aprobación depende de los Comités de Conciliación de cada entidad, mediante la identificación de las fuentes de riesgo, sus controles y el seguimiento que se realizará a cada proceso.
- *Fase de implementación:* se corresponde con el periodo de ejecución de los mecanismos establecidos por cada entidad pública para hacer un debido tratamiento de la fuente de riesgo. En otras palabras, se trata de la fase donde se establecen controles preventivos orientados a evitar o mitigar la responsabilidad patrimonial del Estado.
- *Seguimiento:* en esta fase se realiza la revisión periódica de los indicadores obtenidos en la fase de implementación, con miras a presentar los informes requeridos por la entidad supervisora (ANDJE) y proponer los correctivos o ajustes para una nueva formulación de la política de prevención del daño antijurídico.

Como se indicó, si bien solo desde el año 2019, a través Circular de la ANDJE número 5 del 27 de septiembre, se consolidó un proceso detallado para la elaborar las políticas de prevención del daño antijurídico a través de lineamientos y formatos específicos; esta función, materialmente, se ha dispuesto como una obligación de las entidades públicas desde hace varios años. Se asignó a los Comités de Conciliación de las entidades públicas desde el Decreto 1214 de 2000, que reglamentó la Ley 446 de 1998. Con posterioridad, se reguló también en el Decreto 1716 de 2009 y de igual forma se reiteró en el Estatuto de Conciliación previsto en la Ley 2220 de 2022.

En todas estas regulaciones se han establecido como función de los comités de conciliación o del representante de la entidad (para aquellos casos de entidades no obligadas a tener Comité de Conciliación): "Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico".

Particularmente, el Estatuto de Conciliación que se introdujo por vía de la Ley 2220 de 2022 prevé en su artículo 122 que la política de prevención del daño antijurídico será considerada como un indicador de gestión y con fundamento en él se asignarán las responsabilidades en el interior de cada entidad.

De todo esto puede inferirse que las políticas de prevención del daño antijurídico para las entidades públicas se constituyen como una obligación transversal a todas las áreas que las componen, pues, en últimas, desde las oficinas de planeación también emanan lineamientos con la finalidad de ejecutar debidamente las funciones de cada entidad y dejar los registros coherentes con ello en los indicadores de gestión que deben reportar.

Para algunas entidades, estos reportes deben hacerse, además, en el Formulario Único Reporte de Avance de la Gestión (FURAG). De acuerdo con lo establecido en el Decreto 2482 de 2012, el FURAG es una herramienta en línea para el monitoreo, evaluación y control de los resultados institucionales y sectoriales. Están obligadas a diligenciarlo, las entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional con excepción de los Fondos sin estructura administrativa ni planta de personal, los Fondos Ganaderos, las Electrificadoras y las entidades en proceso de liquidación, supresión o disolución, aunque continúan con la obligación de aplicar, en lo pertinente las políticas de desarrollo administrativo y reportar su avance en los medios que tengan establecidos. Para todo esto, se acoge la metodología del Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG). Entre otras situaciones, allí se reportan, por ejemplo, los indicadores de denuncias por actos de corrupción.

Si bien la lista de posibles fuentes de riesgo de cada entidad es amplia □ en la terminología de las políticas de prevención del daño antijurídico a esto se denomina causas Ekogui¹³⁴, quisiéramos, solo a título ilustrativo, mencionar las siguientes que vienen preestablecidas por el formato dispuesto por la Agencia Jurídica del Estado: (i). cobro indebido de obligación, (ii). daño ambiental por actividad minera, (iii). daño a bienes por indebida adopción de medidas de protección, (iv). error judicial, (v). omisión en las funciones de inspección, vigilancia y control, (vi). captación ilegal de dinero, (vii). configuración del contrato realidad, (viii). violación al régimen de datos personales y de derechos de autor. Así concebidas, las políticas de prevención del daño antijurídico son, a nivel público, el insumo que más se relaciona con los programas de cumplimiento normativo establecidos para el sector privado. Veamos las razones.

En primer lugar, todos estos instrumentos disponen fases o elementos para su debida configuración, así:

1 Ekogui es el sistema único de gestión e información de la litigiosidad del Estado.

Cuadro 1. Comparativo entre las fases de desarrollo de las políticas de prevención del daño antijurídico y los programas de cumplimiento empresarial

Fases de las políticas de prevención del daño antijurídico	Elementos y etapas de los Programas de cumplimiento empresarial
Formulación	Diseño y aprobación – identificación del riesgo
Aprobación	Asignación de responsabilidades
Implementación	Auditoría y cumplimiento – medición del riesgo
Seguimiento	Control y monitoreo del riesgo

Fuente: elaboración propia.

Todas las fases o etapas de los programas de cumplimiento normativo parten de un supuesto fundamental: el reconocimiento de la transversalidad del riesgo en todos los procesos de la empresa y el conocimiento de su propia operación. Así concebida, la transversalidad del riesgo es un elemento presente en la moderna teoría del *Compliance*, regulado expresamente en la norma ISO 37301, base actual y referente normativo internacional en la certificación del *Compliance program*. Por ello, los programas de cumplimiento regulan, paso a paso, con la respectiva diferenciación funcional, pero desde la relación y colaboración armónica entre todas las áreas, los criterios para identificar, segmentar, controlar, medir y monitorear los riesgos (2020, Henao, L; Castro, C). En últimas, el *Compliance* descansa en la idea del reconocimiento del riesgo como una contingencia insoslayable (Duque-Pedroza, A; Sanín, J. 2020).

En segundo lugar, en todos estos modelos normativos se parte del concepto de materialidad para la formulación de las políticas de prevención/programas de cumplimiento. La materialidad es la gestión y conocimiento de la propia realidad de cada entidad pública/empresa.

En tercer lugar, todos estos mecanismos exigen controles en las fases de implementación o ejecución, con miras a prevenir o mitigar los riesgos que se identifican.

En cuarto lugar, todos reconocen que, aún en el cumplimiento ordinario y lícito de sus funciones, las entidades públicas y privadas se ven relacionadas con distintas situaciones riesgosas, las cuales deben ser autogestionadas en la lógica de la autorregulación (Ramírez y Ferré, J. 2021). Tanto así que, como se indicó, si la entidad pública no tiene procesos judiciales o administrativos pendientes, el mapa de riesgos de la entidad debe actuar como insumo principal para identificar los eventuales hechos generadores de responsabilidad patrimonial para el Estado. Es decir, todos los modelos se

basan en un esquema preventivo, sin desconocer la reacción que debe surgir ante el incumplimiento de obligaciones.

Y, por último, tanto las empresas del sector privado obligadas a implementar modelos de cumplimiento como las del sector público para el caso de las políticas de prevención del daño deben contar con mapas de riesgo elaborados desde su propia realidad.

Ahora, si bien son muchas las semejanzas, también es necesario indicar que los regímenes de autorregulación se han dispuesto con mayor detalle para el sector privado. Esto, a partir de las razones propias del principio de legalidad en el sector público que ya fueron anotadas en la introducción. La delimitación de los elementos y las etapas de los programas de cumplimiento empresarial, así como la medición de su eficacia, son mucho más específicas para el sector privado que para el sector público. En este punto, intentaremos identificar algunas ausencias de reglamentación de las políticas de prevención del daño antijurídico, en comparación con lo establecido en los programas de cumplimiento empresarial.

Es necesario reconocer algunas diferencias entre los múltiples programas de autorregulación que existen para el sector privado (SAGRILAF, SARLAF, SIPLAF y Programas de Transparencia y ética empresarial - PTEE). Estas se deben, en términos generales, a los tipos de riesgos que pretenden regular, a los sectores de aplicación, a la realidad concreta de las empresas, a las entidades supervisoras del cumplimiento y a los niveles o exigencias de segmentación de los riesgos que se exigen en cada uno.

Al margen de lo anterior, se identificarán las variables generales entre todos los programas de autorregulación del sector privado y, desde ellas, se señalarán las ausencias o diferencias con las políticas de prevención del daño antijurídico del sector público.

En primer lugar, los programas de cumplimiento del sector privado exigen de un oficial de cumplimiento encargado de la ejecución, implementación y seguimiento directo de las obligaciones que de ellos emanan. Así, por ejemplo, la Circular 100-000016 de diciembre 2020, expedida por la Superintendencia y Sociedades, aplicable a las empresas del sector real, especifica con claridad las funciones del oficial de cumplimiento, estableciendo diferencias con los otros órganos de la empresa que también guardan relación función con los programas de cumplimiento.

En las políticas de prevención del daño antijurídico la formulación y aprobación depende de los comités de conciliación. Allí no se indica como obligación contar con un oficial de cumplimiento. Desde los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no especifica el detalle de las funciones de los comités de conciliación en la implementación de la política, ni tampoco se plantean diferencias con otras dependencias de la entidad con los que la política de prevención pueda relacionarse. Ello ocurre, por ejemplo, con las funciones asignadas a las oficinas de planeación en el diligenciamiento y

supervisión del FURAG, que en parte se nutre de los indicadores de la política de prevención.

Por lo mencionado aquí, vale la pena preguntarse por la eventual conveniencia de exigir a las entidades constituir oficinas de cumplimiento encargadas no solo de las obligaciones propias emanadas de la política de prevención del daño antijurídico, sino, además, del cumplimiento de las demás políticas y protocolos que en el sector público existen para la mitigación de ciertos riesgos. Esto, pues, los comités de conciliación de las entidades públicas tienen muchas otras funciones distintas a la aquí mencionada, lo que dificultaría la especificidad en la gestión del riesgo público.

En el sector privado, por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre en el sector público, existe claridad en las funciones que se asignan al oficial de cumplimiento en comparación con aquellas que se asignan a otros órganos: de administración o dirección, de auditoría y de revisoría fiscal. Todas estas funciones se entienden independientes pero interrelacionadas, lo que facilita una mayor eficiencia y diligenciamiento debido de las obligaciones que emanan de los programas de cumplimiento empresarial.

En el sector privado, por lo menos desde la Circular 100-000016 del año 2020 que consagró el SAGRILAF, es posible diferenciar, incluso, las funciones de cumplimiento de las funciones de auditoría, pues históricamente se habían presentado problemas hermenéuticos y de diferenciación entre ambas funciones.

En segundo lugar, los programas de cumplimiento del sector privado han establecido insumos concretos para determinar la supervisión y eficacia de estos. Por ejemplo, para el caso de la Superintendencia de Sociedades encontramos los actos administrativos N° 100-000016 de diciembre 2020 y N° 100-000011 de agosto 2021, para los casos del SAGRILAF y PTEE, en los que, respectivamente, se diseña un derrotero que establece indicadores para el diseño e implementación de los programas de cumplimiento, lo que permite la supervisión y medición de los modelos de cumplimiento desde los criterios de materialidad de cada empresa obligada (Superintendencia de Sociedades, 2021).

Desde el sector público no existe un derrotero con el que se pueda valorar la eficacia de las políticas de prevención del daño, pues solo se comparan los indicadores de resultado en las nuevas políticas que se formulan, pero sin indagar por los controles en procesos de implementación realizados.

En tercer lugar, en el sector público, no hay regulación específica para los procesos de segmentación de riesgos, como sí ocurre en el sector privado. Si bien es necesario reconocer que los procesos de segmentación de riesgos para los programas de cumplimiento del sector privado suelen ser más o menos exigentes en los insumos cualitativos y cuantitativos que se tienen en cuenta, la segmentación de riesgos es una obligación que siempre se presenta. En ese sentido, por ejemplo, el SARLAF determina la necesidad de que las empresas

cuenten con sólidos procesos de segmentación, los cuales se deben, sobre todo, a la existencia de datos históricos con los cuales se pueden agrupar sectores, canales de distribución y riesgos. En lo que tiene que ver con el SAGRILAF, en comparación con el SARLAF, si bien en esta regulación no se determina en detalle la forma cómo debe realizarse la segmentación, sí se consagra específicamente como una obligación en los siguientes términos:

Establecer, una vez sean identificados, individualizados, segmentados y clasificados los Factores de Riesgo LA/FT/FPADM, las metodologías para identificar el riesgo específico de LA/FT/FPADM que puede llegar a enfrentar la Empresa Obligada, así como otros posibles riesgos asociados. Con base en esa clasificación y segmentación, se deben señalar, identificar e individualizar los riesgos (Superintendencia de Sociedades, Circular 100-000016 de diciembre 2020).

En el sector público solo se utiliza como insumo la litigiosidad presente y pasada de la entidad reportada en el sistema Ekogui y los mapas de riesgos. Sin embargo, a pesar del Estado tener facilidad y centralidad en la información de las entidades, agrupadas por sector, funciones y población directamente beneficiaria de sus funciones; los procesos de identificación y segmentación de los riesgos no suelen ir más allá de lo requerido para la política de prevención del daño antijurídico, sin realizarse una vinculación o análisis conjuntos que puedan identificar riesgos comunes, tratamientos o controles transversales que permitan una conducta estatal responsable en todos los frentes.

Por ejemplo, si existen tres entidades vinculadas a un determinado departamento administrativo o ente territorial, cada una de ellas construye su propia política de prevención del daño antijurídico a través de sus propios insumos (litigiosidad y mapa de riesgos); pero no hay relación entre todas las entidades del mismo departamento o ente territorial para determinar de qué manera los riesgos conjuntos deben ser tratados y controlados mediante procesos de colaboración armónica de distribución funcional. Este asunto, que sería una ventaja en el sector público y una carencia en el sector privado (por la independencia e intereses distintos de cada empresa), no se ha desarrollado como obligación específica en los criterios de formulación de las políticas de prevención que exige la ANDJE. En este supuesto, por ejemplo, toda la información que reposa en cierto departamento administrativo o ente territorial podría consolidar rigurosos procesos de segmentación de riesgos, lo cual no es posible hacerse en el sector privado, entre otras cosas, por la carencia de información detallada que se tiene de otras empresas del sector. Igual consideración aplicaría para los riesgos sectoriales a cargo de ministerios y otras entidades del orden nacional.

Lo anterior adquiere relevancia superior si se tiene presente que, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, todas las entidades del Estado trabajan con una misma finalidad y todas, directa o indirectamente, encuentran puntos de relación para el cumplimiento de sus funciones. Por ello, este escrito advierte como una necesidad que la entidad supervisora de las políticas de prevención del daño antijurídico determine los baremos de eficacia de cada política a

partir del conocimiento interno y también del relacionamiento externo de la entidad con todo el Estado.

Ahora, si bien en el sector privado, en comparación con el público, hay mejores desarrollos en algunos asuntos en los programas de cumplimiento; hay puntos en los que el sector público ha contemplado mejores y más concretas actividades en asuntos de cumplimiento, que también vale la pena resaltar.

Ello ocurre, por ejemplo, con lo que en los programas de cumplimiento se ha denominado como el “conocimiento de la contraparte” que se corresponde con una de las funciones más importantes que se ha asignado a los *Compliance program*. En el sector privado, esta función se ha concretado cada vez más en los últimos años, no solo con lo dispuesto para las empresas del sector real (SAGRILAF), sino también con la actual regulación de la DIAN para el conocimiento e inscripción de beneficiarios finales.

En el sector público, por su parte, siempre se ha manifestado como una necesidad el conocimiento integral de la contraparte (empleado público o contratista, por ejemplo). Esto, con mucho más detalle, se reguló en la Ley 2195 de 2022, en los supuestos de debida diligencia del beneficiario final, incluyendo, también, lo relativo a Personas Políticamente Expuestas (PEP), de acuerdo con el Decreto 830 de 2021. Así, la vinculación con el sector público, naturalmente, pasa por la verificación de exigencias cada vez mayores a las que se presentan en el sector privado. Por ello, en el ámbito público es común encontrar los siguientes términos, los cuales pasan por la obligación de un conocimiento íntegro de la situación personal, profesional, académica y financiera de las contrapartes con las que el Estado se relaciona: (i). formato único de hoja de vida de personas naturales y jurídicas, (ii): formato único de bienes y rentas, (iii). formulario de inscripción para concursos públicos abiertos para proveer cargos de gerencia pública, (iv). registro único de proponentes, (v). formulario de registro de conflictos de intereses, (vi). declaración de personas expuestas Políticamente (PEP), etc.

Además de lo anterior, en el sector público, desde hace muchos años, toda esta información se encuentra centralizada, lo cual permite realizar análisis y relaciones multidireccionales que identifiquen riesgos con mayor facilidad. Así, por ejemplo, además de las funciones asignadas a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), que también tiene impacto en el sector privado, existen otras fuentes de información pública centralizada. Basta enunciar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP y el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público – SIGEP. Además, existen aplicativos que facilitan la circulación y publicidad de la información, como el aplicativo por la Integridad Pública.

De otra parte, del estudio realizado en esta sección entre las políticas de prevención del daño antijurídico y los programas de cumplimiento, es necesario también reconocer que desde el sector público existen otros modelos de *Compliance* dirigidos al tratamiento y mitigación de riesgos específicos. Para poner solo dos ejemplos, resaltamos lo que existe en materia de soborno

transnacional y corrupción pública y en materia de prevención y atención de acoso sexual y otras formas de discriminación.

En lo que atañe a riesgos de corrupción pública y soborno transnacional, la Ley 2195 de 2022, que modificó la Ley 1474 de 2011, establece como obligación la existencia de programas de transparencia y ética empresarial para las personas jurídicas, así:

Las personas jurídicas sujetas a su inspección, vigilancia o control adoptarán programas de transparencia y ética empresarial que incluyan mecanismos y normas internas de auditoría. Las respectivas superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control determinarán el contenido de los programas de transparencia y ética empresarial teniendo en cuenta criterios tales como el sector, los riesgos del mismo, el monto de los activos, ingresos, el número de empleados y objeto social... En aquellas personas jurídicas en las que se tenga implementado un sistema integral de administración de riesgos, este podrá articularse con el programa de transparencia y ética empresarial de forma tal que incluya los riesgos que mediante el mismo se pretenden mitigar.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con protocolos para la prevención, atención y medidas de protección de todas las formas de violencia contra las mujeres y basadas en género y/o discriminación en el ámbito laboral y contractual del sector público, conviene resaltar lo establecido por la Presidencia de la República en la Directiva Presidencial 001 de marzo 2023, que derogó la Directiva 03 de 2022.

Este protocolo aplica a los servidores públicos, contratistas y demás colaboradores del Gobierno, con el objetivo de promover un ambiente libre de violencias y discriminación en el ámbito laboral mediante la implementación de acciones de prevención, atención y protección frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y basadas en género, así como de los actos de racismo y de discriminación por razón de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación. En sentido estricto, la Directiva consagra un modelo específico de *Compliance* para tratar, mitigar y controlar riesgos basados en violencias de género y otras formas de discriminación.

También, desde una perspectiva más general a los supuestos planteados, el sector público establece como un postulado fundamental el principio de la moralidad administrativa. Según este, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas. Desde allí, se desprenden obligaciones concretas para que las entidades públicas gestionen sus propios riesgos, con énfasis en los actos de corrupción.

Por ejemplo, la Ley 2195 de 2022, en su artículo 62, constituye el Fondo Nacional para la Reparación de las Víctimas de Actos de Corrupción, cuyo propósito es promover la lucha contra la corrupción a través del desarrollo de acciones preventivas. En dicha disposición se le encarga a la Secretaría

de Transparencia del Gobierno Nacional la función de desarrollar planes, programas y políticas encaminadas a promover la cultura de la legalidad, la transparencia y la moralidad administrativa.

Como conclusión de este apartado, podemos indicar que hay identidad material entre la finalidad de los programas de cumplimiento normativo que se exigen para el sector privado y las políticas de prevención del daño antijurídico que se regulan para el sector público. Reconociendo diferencias entre ambos modelos, lo cierto es que la autorregulación en el sector público se ha manifestado también de diversas formas, por lo que no es acertado indicar que, cuando se habla de *Compliance*, solo se hace referencia a las empresas del sector privado.

3. Bases para un modelo de Conducta Estatal Responsable en Colombia

Así como el “*public Compliance*” surgió por aplicación analógica de los mecanismos de autocontrol y gestión de los riesgos existentes en el ámbito empresarial privado (Ramírez y Ferré, 2021), consideramos que, desde el punto de vista del diseño de un modelo general, también es posible adaptar y *adoptar mutatis mutandi*, en lo pertinente, el modelo de Conducta Empresarial Responsable (CER) promovido por la OCDE (2020) para la esquematización de un modelo de buenas prácticas nucleadas en el concepto de Conducta Estatal Responsable (CESR).

Parafraseando la conceptualización de la OCDE (2020) sobre la CER, podríamos decir que la Conducta Estatal Responsable implica que todas las entidades públicas, independientemente de su naturaleza, forma jurídica, nivel territorial, tamaño o sector, evitan y abordan las consecuencias negativas de sus actuaciones administrativas, al tiempo que contribuyen al desarrollo sostenible del país. La CESR integra y considera los problemas ambientales y sociales dentro de la misión institucional de las entidades, incluso a través de las cadenas de suministro y las relaciones contractuales con contratistas y operadores. El elemento clave de la CESR es la debida diligencia basada en los riesgos, esto es, el proceso mediante el cual las entidades públicas identifican, previenen y mitigan sus impactos negativos actuales y potenciales y explican cómo se abordan.

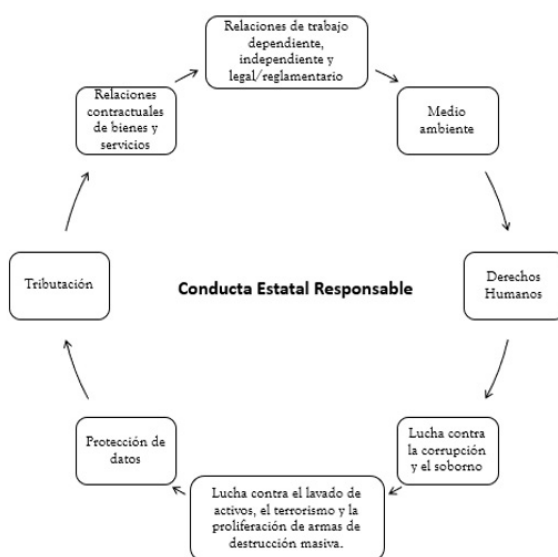
En este orden de ideas, el principal elemento definitorio del modelo de Conducta Estatal Responsable es la adopción y transversalización del concepto de debida diligencia basada en riesgos. Dicho esto, parafraseando la definición de la OCDE (2018), en el ámbito de la CESR, la debida diligencia es un proceso continuo, proactivo y reactivo, a través del cual las entidades estatales identifican, previenen y mitigan los impactos negativos, reales y potenciales, y explican a los actores sociales interesados cómo se abordan estos impactos. Este proceso está presente en toda la cadena de suministro y en las actividades vinculadas a las actuaciones administrativas.

En este orden de ideas, la premisa fundamental se relaciona con el hecho de que el marco de referencia para la construcción de un modelo de Conducta Estatal Responsable debe trascender las políticas de prevención del daño antijurídico y la concepción patrimonial del daño. Los sistemas de autocontrol y gestión deben considerar, cuando menos, los siguientes referentes para la construcción de metodologías que permitan la correcta segmentación, valoración y tratamiento de los distintos tipos de riesgos legales que orbitan las decisiones de las entidades públicas:

(i.) la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad, en especial los estándares en materia de derechos humanos; (ii.) los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS); (iii.) los principios y directrices que guían el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares; (iv.) las regulaciones que definen los ámbitos orgánicos y de procedimiento para la actuación administrativa, con énfasis en contratación estatal y expedición de actos administrativos; (v.) los contenidos normativos transversales al desarrollo operativo de la función pública (protección de datos personales, prevención del delito, etc.), (vi.) las normas en materia de responsabilidad del Estado, particularmente las políticas de prevención del daño antijurídico; (vii.) los regímenes sancionatorios a nivel penal, fiscal, disciplinario y laboral, entre otros; entre otros.

En esta dirección, el Sistema de Gestión Integral de Riesgos Legales debería, cuando menos, ser capaz de identificar, prevenir, evaluar y tratar los riesgos legales a nivel de entidad, sectorial, de servicio, producto, geográfico en las siguientes materias.

Figura 2. Referentes normativos del Sistema de Gestión Integral de Riesgos Legales en el Sector Público



Fuente: elaboración propia.

La debida diligencia debe ser circunstancial, contextual, proporcional y sistémica frente a los distintos tipos de riesgos legales que asumen las entidades públicas. Que sea circunstancia significa que, al diseñar el proceso de debida diligencia, las entidades públicas deben promover una participación significativa en todos los niveles en los que intervienen los distintos servidores públicos, proveedores, contratistas y usuarios, desde la Alta Dirección hasta el nivel técnico y operativo. Es importante que al identificar los riesgos se valore la experiencia y el conocimiento del contexto en el que funciona la entidad pública en los distintos ámbitos del territorio nacional, en términos económicos, políticos, sociales, tecnológicos, culturales, ambientales, legales y organizacionales, debido a que cada entidad opera en diferentes circunstancias. En esta tarea las entidades públicas deben ser conscientes de la paradoja que describe Luhmann (1993): mientras más se sabe, más se constituye una conciencia del riesgo y, por ende, más riesgos existen, es decir, más riesgos se definen e identifican.

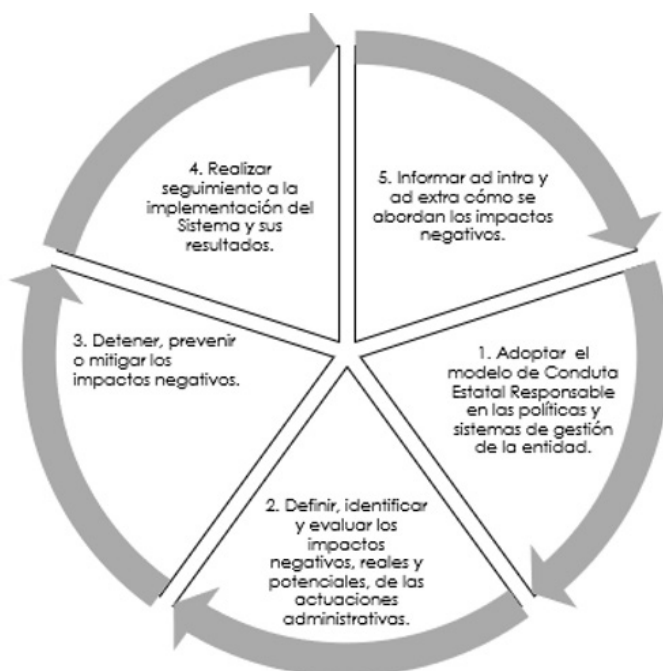
Que sea contextual significa que la debida diligencia debe ser implementada por las entidades públicas atendiendo su tamaño, el entorno en el que actúan, su modelo de planeación y gestión, así como la naturaleza de las funciones que prestan. Los riesgos pueden responder a manuales o matrices estandarizadas, sino que deben identificarse y evaluarse en una entidad pública en concreto. El histórico de eventos de riesgo es útil para implementar metodologías cuantitativas para la segmentación de los riesgos.

La debida diligencia, además, debe ser proporcional al riesgo inherente de cada decisión administrativa. Las entidades públicas deben tomarse en serio la tarea de valorar la gravedad de los impactos *ad intra* y *ad extra* de sus acciones y omisiones (escala, magnitud e irreparabilidad), así como calificar la probabilidad de su ocurrencia. Si la gravedad y la probabilidad de que se materialice un riesgo son altas, entonces los procesos de control y de debida diligencia deben ser más robustos e intensificados.

Finalmente, se requiere que el modelo de Conducta Estatal Responsable implemente de forma sistémica el enfoque de debida diligencia basada en riesgos. Por ende, la debida diligencia no es solo un proceso, sino, también, un conjunto reglas, principios y directrices que apuntan hacia la autorregulación y control de los efectos inciertos que a nivel legal producen las actuaciones administrativas para las entidades públicas, la ciudadanía y las partes interesadas. Desde luego que estas normas de autorregulación complementan las normas de heterorregulación estatal, contribuyendo a la gestión holística e integrada de los riesgos legales en el marco de los programas de cumplimiento normativo.

En este orden de ideas, como quiera que la definición, identificación y calificación de los riesgos y de los controles es ya una decisión riesgosa que las instituciones estatales deben adoptar cuando diseñen sus programas de cumplimiento, y teniendo en cuenta, además, que la evaluación del riesgo varía con el tiempo, resulta indispensable que las entidades públicas adopten un sistema de gestión integral de los riesgos legales.

Figura 3. Paso a paso del Sistema de Gestión Integral de Riesgos Legales en el Sector Público



Fuente: elaborado con base en la adaptación del sistema propuesto por la OCDE (2018).

Como puede advertirse de la representación gráfica, el paso a paso es, en realidad, un ciclo que compromete a todos los actores de la entidad pública, comenzando por los servidores públicos que lideran la operatividad de las actuaciones administrativas y, por ende, son los dueños o propietarios del riesgo. De esta manera, la Conducta Estatal Responsable no solo incumbe a la alta dirección, sino que exige que las entidades públicas sean conscientes de, al menos, tres líneas de defensa para la prevención y mitigación de los riesgos:

Figura 4. Líneas de defensa del Sistema de Gestión Integral de Riesgos Legales en el Sector Público



Fuente: elaboración propia.

El modelo de Conducta Estatal Responsable que se esboza en esta sección es apenas una aproximación que debe ser adaptada de acuerdo con las necesidades e intereses de cada institución pública que apueste por él a título de buena práctica. Consideramos que algunos elementos de este modelo, su diseño, paso a paso, líneas de defensa y referentes normativos contribuyen a la tesis general de este escrito: si los riesgos legales no son una opción, la opción determinante es cómo las entidades públicas los asumen responsablemente.

Conclusiones

En el ámbito científico es necesario promover nuevos marcos de referencia que permitan, desde la teoría del derecho, la sociología jurídica y el análisis económico del derecho, aproximarse al entendimiento de los riesgos legales más allá del fetichismo jurídico y la falacia normativista. Pensar el derecho como un sistema de reglas abundante en prohibiciones, deberes y sanciones que garantizan el pleno cumplimiento de la Ley y la ausencia de riesgos legales no solo es conceptualmente equivocado, sino, además, francamente ingenuo.

El derecho es un sistema de reglas, principios y directrices jurídicas que son tenidas en cuenta por los actores sociales para tomar decisiones legalmente riesgosas. El mayor o menor nivel de riesgo obedecerá al tipo de mentalidad cumplidora o incumplidora de la norma jurídica.

Por ello, la clasificación que se propuso desde la teoría sociológica para comprender el *"public Compliance"* a partir de las *non-Compliance mentalities* busca aportar a la estructuración de marcos de referencia teóricamente enriquecidos. En la aventura de vivir en sociedad, las acciones sociales generan más o menos efectos inciertos de cara al cumplimiento e incumplimiento de las normas jurídicas. Con ello se pone de presente que el incumplimiento no tiene por único efecto el desorden, el caos, el delito, la falta disciplinaria, el daño fiscal, el daño antijurídico de carácter patrimonial o la ruptura entre lo que debe ser normativamente y lo que efectivamente es en la realidad.

Expresiones como "la ley se acata, pero no se cumple", "el papel puede con todo", "hecha la ley, hecha la trampa" y "hay que buscarle la comba al palo" dan cuenta de una complejidad mayor a la simple ignorancia o maldad a la hora de incumplir las normas. Por ende, el incumplimiento es, también, una decisión racional basada en riesgos, un comportamiento "normalizado socialmente", aceptado y funcional a diferentes formas de experiencias sociales. En línea con lo expuesto, el entendimiento del incumplimiento no depende tanto del entendimiento de las normas incumplidas, sino de la incompatibilidad entre estas normas y el interés egoísta, las reglas morales, los valores y las prácticas sociales que inciden en los agentes a la hora de tomar decisiones legalmente riesgosas. Por ello, la corrupción, el descuido y el deseo de causar daño no agotan el repertorio de mentalidades no cumplidoras de las normas.

Desde el sector público se han formulado políticas y lineamientos que se compadecen con los criterios generales de los programas de cumplimiento normativo del sector privado. En todos los casos se reconoce que la debida

gestión del riesgo debe ser un criterio orientador de todos los procesos, tanto en lo público como en lo privado.

Finalmente, a manera de síntesis, se propuso a título de buena práctica la adopción de un modelo de Conducta Estatal Responsable que trascienda las visiones reduccionistas asociadas a las políticas de prevención del daño antijurídico. El modelo de Conducta Estatal Responsable tiene por eje central la debida diligencia basada en riesgos. Así, se expusieron lineamientos generales sobre sus elementos, diseño, paso a paso, líneas de defensa y referentes normativos con el propósito superior de promover en todas las entidades públicas estándares de autorregulación que permitan evitar y abordar responsablemente las consecuencias negativas de sus actuaciones administrativas.

Referencias

- Alexy, R. (2007). La fórmula del peso. En: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 349-374. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11-29.
- Arrieta-Burgos, E. (2019). Derechos sociales y proporcionalidad: aproximaciones conceptuales y metodológicas a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana. En VV.AA., *Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retroceso* (135-162). Sevilla: Punto Rojo.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra.
- Duque-Pedroza, A, Sanín-Gómez, J. (2020). *Compliance societario y tributario. Análisis penal desde el ordenamiento jurídico colombiano: Universidad Santiago de Cali*. Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1995). El derecho penal mínimo. En J. Bustos, *Prevención y teoría de la pena* (págs. 25-48). Santiago de Chile: Conosur.
- Galindo, R. (2015). El concepto de riesgo en las teorías de Ulrich Beck y Niklas Luhmann. *Acta sociológica* (67), 141-164. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/50029>
- García-Villegas, M. (2010). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- García-Villegas, M. (2011). Disobeying the Law: The Culture of Non-Compliance with Rules in Latin America. *Wisconsin International Law Journal*, 263-287.

- García-Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá: Debate.
- García-Villegas, M., y Espinosa, J. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- García-Villegas, M., y Lejeune, A. (2015). La désobéissance au droit: approche sociologique comparée. *Droit et Société*, 565-577.
- Guastini, R. (2011). *Distinguiendo*. (J. Ferrer i Beltrán, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 55(64), 3-25.
- Henao, L, Castro, Carlos. (2020). *Compliance: Prevención de la Corrupción Pública y Privada*. Tirant lo Blanch.
- Jolls, C. et al. (1998). A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, 1471-1550.
- Korobkin, R. (2011). What Comes after Victory for Behavioral Law and Economics? *University of Illinois Law Review*, 1653-1674.
- Kuran, T., y Sunstein, C. (1999). Availability Cascades and Risk Regulation. *Stanford Law Review*, 683-768.
- Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa*(4), 22-46.
- Luhmann, N. (1996c). El futuro como riesgo. En J. Beriaín, *Las consecuencias perversas de la modernidad*. 155-173. Barcelona: Anthropos.
- Luhmann, N. (1993). *Risk: A Sociological Theory*. New York: Walter de Gruyter.
- Nino, C. (1992). *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires: Emecé.
- Núñez, J. (2014). Estado constitucional de derecho y ponderación: hacia la superación de la falsa disyuntiva entre libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales. *Vniversitas*, 153-172.
- OCDE. (2018). *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*. <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>
- OCDE. (2020). *Documento de Recursos elaborado por el Centro de la OCDE para la Conducta Empresarial Responsable*. Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC): http://guiacerempleadores.org/completa/guia/marco-conceptual#_ftn2
- Posner, R. (1979). Some Uses and Abuses of Economics in Law. *University of Chicago Law Review*, 281-306.
- Posner, R. (2010). *Economic Analysis of the Law*. New York: Aspen.
- Ramírez, P., y Ferré, J. (2021). *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial: Tirant lo Blanch*.

- Shue, H. (1980). *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press.
- Solano, H., Duque, A., Díez, M., Arrieta, E., García-Baylles, S. y Monsalve, J. (2019). *Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Superintendencia de Sociedades. (2021). *Supervisión basada en riesgos en materia de lavado de activos, financiación del terrorismo y financiación de proliferación de armas de destrucción masiva: Universidad del Rosario*.
- Van-Hoof, G. (1984). The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal Some Traditional Views. En P. Alston, y K. Tomaveski, *The Right to Food*. 97-110. Dordrecht: Nijhoff.
- Weber, M. (1964). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Zapata, P. (2019). *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado*: Universidad Externado de Colombia.



Sello Editorial

Universidad Nacional
Abierta y a Distancia

Sede Nacional José Celestino Mutis
Calle 14 Sur 14-23
PBX: 344 37 00 - 344 41 20
Bogotá, D.C., Colombia

www.unad.edu.co

Escanear el código para acceder a la versión
online de esta libro