

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 culposa 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 decisional, 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

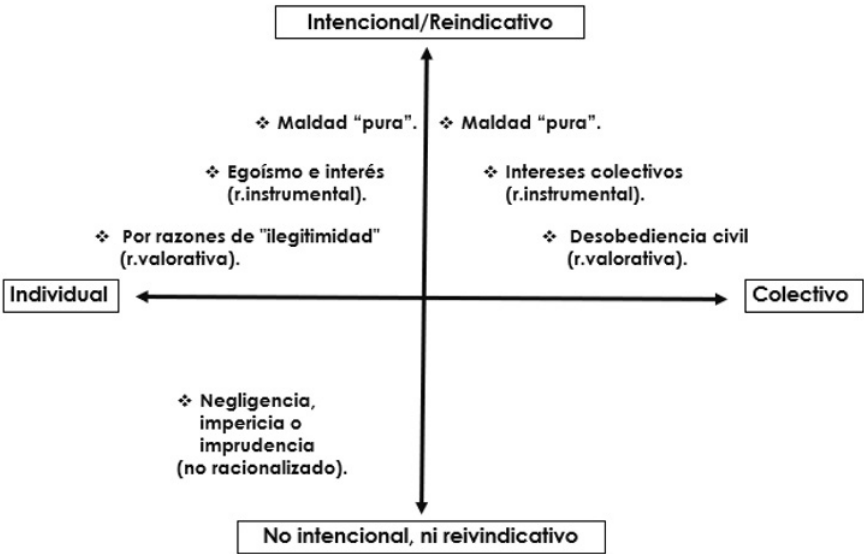
los órdenes normativos no puede ser radicalizada. El incumplimiento nunca es total, y lo más habitual es encontrar pactos entre lo moral, lo acostumbrado y lo jurídico, de suerte que la ley se obedece en alguna medida que se asume riesgosamente aceptable.

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 (SAGRILAFT), 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.

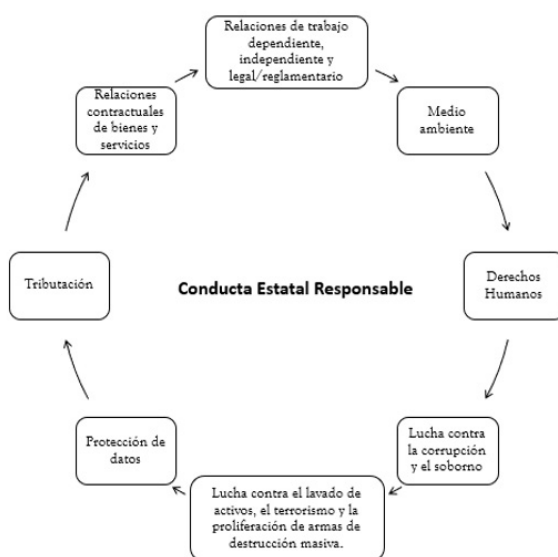
En este orden de ideas, el principal elemento definitorio del modelo de Conducta Estatal Responsable es la adopción y transversalización del concepto de debida diligencia basada en riesgos. Dicho esto, parafraseando la definición de la OCDE (2018), en el ámbito de la CESR, la debida diligencia es un 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.

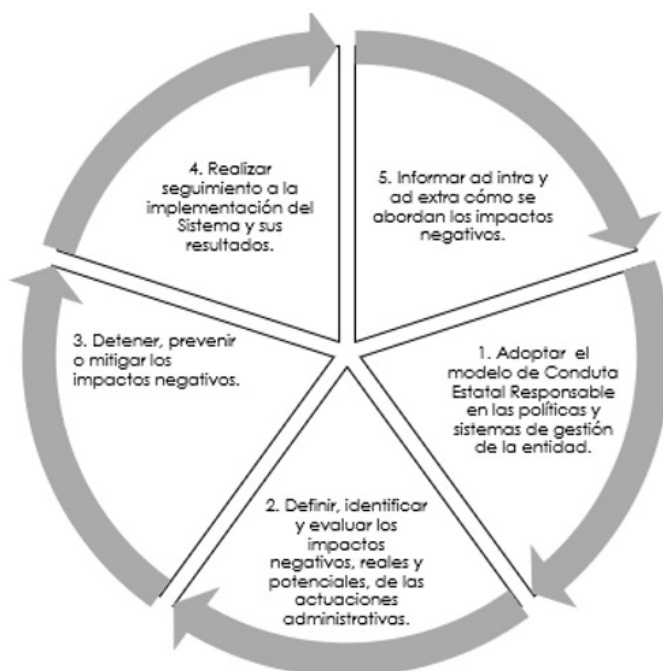
Que sea contextual significa que la debida diligencia debe ser implementada por las entidades públicas atendiendo su tamaño, el entorno en el que actúan, su modelo de planeación y gestión, así como la naturaleza de las funciones que prestan. Los riesgos pueden responder a manuales o matrices estandarizadas, 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.