

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 ideo 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 Martin, 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 reversar 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 intervenciones 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, liquida, 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 jurídica, 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 valida 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 re 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 (Ccanto 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 adquirían, 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 estas 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

- Aguadelo, 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 Nº 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 eximiente 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.