

CAPÍTULO 3

LA RELEVANCIA DE COMPLIANCE EN LA DETERMINACION RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS SEGÚN LA LEY 2195 DE 2022

Paula Andrea Ramirez Barbosa y Jorge Andrés Amézquita Toro

PRESENTACIÓN

La corrupción en la Administración pública promovida por la acción de personas que utilizan estructuras empresariales es una realidad que se ha evidenciado con especial impacto en los últimos tiempos. Por ejemplo, el fraude en la contratación es considerado como uno de los principales riesgos de corrupción que afecta a las entidades públicas en su interacción con las empresas¹. En Colombia las entidades públicas tienen la obligación de adoptar Programas de Transparencia y Ética Pública según lo prescrito por el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 (tras la modificación introducida por la Ley 2195 de 2022). En este plano resulta importante analizar los posibles escenarios de responsabilidad empresarial por la comisión de delitos contra la Administración pública. Entre otras razones, dado que en el ordenamiento jurídico colombiano las empresas deben adoptar mecanismos de control criminal para precaver dichos riesgos, su adopción podría promoverse a través de la denuncia de hechos ilícitos advertidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su rol institucional. Además de ello, porque podrían exigir a las empresas la adopción de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial exigidos por la Ley 2195 de 2022 desde las mismas obligaciones que surgen para la Administración pública con sus Programas de Transparencia y Ética Pública.

El papel de la Administración pública frente a la criminalidad empresarial que la afecta requiere prever en su Programa de Transparencia y Ética Pública un conjunto de acciones que inician con la exigencia de programas de cumplimiento a las corporaciones con las que se relacionan, la investigación de

1 Al respecto, véase el documento de Alcaldía Mayor de Bogotá, "Metodología. Identificación de riesgos de corrupción en la gestión contractual pública", Serie Metodologías para el control preventivo, ISBN: 978-958-8488-08-0, 2018.

irregularidades derivadas de la relación particular y tomando acciones concretas de naturaleza jurídica frente a las desviaciones advertidas. Esto tendría un efecto preventivo-general en la delincuencia que afecta a la Administración pública generada desde las empresas, al reforzar la aplicación de las distintas vías que prevé el ordenamiento para su sanción². La importancia de los Programa de Transparencia y Ética Pública es indiscutible no solo desde una función preventiva, sino también desde la perspectiva de control y mitigación de los riesgos que incorpora todo el sistema de *Compliance*. Lo cual, permitirá fortalecer y encauzar eficazmente la investigación interna de todo acto irregular evidenciado mediante cualquiera de los mecanismos adoptados para tal fin (auditoría interna, canal de denuncias, etc.) y posibilitará su eficaz denuncia y judicialización ante las autoridades competentes con las respectivas consecuencias derivadas. En definitiva, supondrá un mayor robustecimiento de la cultura de integridad, ética y buena gobernanza organizacional.

1. ESCENARIOS DE RESPONSABILIDAD LEGAL POR DELITOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La criminalidad de las corporaciones y la responsabilidad legal derivada de su proceder ilícito constituye un tema de primer orden en la agenda político-criminal de organismos internacionales y los Estados por el impacto lesivo que ello genera para el desarrollo de las naciones (social, político, económico, etc.)³. En lo que a Colombia respecta, *prima facie*, podría pensarse que las personas jurídicas no pueden ser responsabilizadas jurídicamente por los delitos cometidos en desarrollo de su objeto. E

n efecto, no existe en el País un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas en sentido formal o estricto, esto es, que se prevea dentro del Código Penal o ley especial un conjunto de disposiciones que permitan la atribución directa de sanciones penales a las corporaciones por la comisión de delitos. Lo anterior no significa que las corporaciones, particularmente las empresariales, no puedan responder jurídicamente por determinados delitos cometidos en el desarrollo de su actividad. Ello permitiría sostener un concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica en sentido material, es decir, en donde cualquiera sea el título de imputación formal o la ley que lo contenga,

2 Con relación a la tesis planteada en la parte introductoria de este trabajo, pensamos que las vías jurídicas en su conjunto que prevé el ordenamiento para el procesamiento de hechos ilícitos cometidos a través de las corporaciones permiten reforzar el fin preventivo general del derecho penal frente a la delincuencia corporativa sustentado la pena en sentido estricto, pues todos esos caminos coinciden en la afectación múltiples intereses y bienes de esas organizaciones.

3 Sobre los efectos lesivos que puede generar la corrupción, Malem Seña, Jorge F. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 177 y ss., señala: "(...) existe una vinculación probada, tanto en un sentido estadístico como económico, de que altos índices de corrupción degradan las posibilidades de crecimiento económico a largo plazo". Sobre los efectos macroeconómicos de la corrupción y su impacto negativo en el desarrollo social, véase también Muriel Patino, María Victoria. "El fenómeno de la corrupción: consideraciones desde la macroeconomía", en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica* (Coords.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, 2008, pp. 35-52.

finalmente recibe las consecuencias jurídicas de la comisión de delitos en su interior.

Con relación a dichos escenarios de responsabilidad, en el ordenamiento jurídico colombiano coexisten al menos cuatro vías de procesamiento de las corporaciones por delitos mediadas por algún criterio de conexión jurídico-penal de orden sustantivo, procedimental o jurisdiccional que no solo permitirían sostener dicho concepto material de punibilidad, sino además advertir el papel que podrían jugar las entidades públicas en la activación procesal de tales vías: (i) cancelación de la personería jurídica (Ley 906 de 2004); (ii) reparación integral de perjuicios (Ley 906 de 2004); (iii) extinción del derecho de dominio (Ley 1708 de 2014); (iv) responsabilidad administrativa sancionatoria (Ley 2195 de 2022).

Más allá de los presupuestos jurídicos de sanción corporativa requeridos por tales disposiciones y el criterio sustantivo, procedimental o jurisdiccional que conectan con un concepto material de responsabilidad penal corporativa, lo más importante será ver cómo pueden propiciar las entidades públicas afectadas por la acción ilícita de las primeras en el marco de sus propios Programas de Transparencia y Ética Pública que dichas vías se activen con el fin de asegurar el efecto preventivo-general del delito pretendido con la aplicación de tales normas.

1.1. Suspensión y cancelación de la personería jurídica

El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal colombiano regulado por la Ley 906 de 2004 establece expresamente que, a petición de la Fiscalía General de la Nación, el juez de control de garantías podrá ordenar a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que "(...) se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas".

Paralelamente, el mismo precepto contempla que las mismas medidas se podrán disponer con "carácter definitivo" en la sentencia condenatoria cuando el órgano judicial se forme un convencimiento sobre las circunstancias que originaron tales actividades delictivas. Esto último significa que un juez penal de conocimiento podría pronunciarse en su sentencia imponiendo a la corporación la más grave de las "penas" que les son inherentes a dichos entes según la legislación comparada: la cancelación de su personería jurídica⁴. Sirva de ejemplo la pena de disolución de la persona jurídica y su pérdida de personería prevista por el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal español con relación a las penas aplicables a las corporaciones por la comisión de delitos.

4 Ramírez Barbosa, Paula A. y Ferré Olivé, Juan Carlos. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y buena gobernanza empresarial*. Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 51 y ss.

Como puede advertirse, desde el punto de vista de las posibilidades jurídicas de aplicación jurisdiccional de tal consecuencia punitiva, no existe ninguna diferencia material con una versión estricta de la pena -corporativa-. El hecho de que este tipo de consecuencia jurídica se prevea dentro del Código de Procedimiento Penal y no dentro del Código Penal o bien que no se le denomine "pena", no excluye que la citada medida sea expresión del *Ius Puniendi* estatal. Paradójicamente, este "fraude de etiquetas" lo que esconde es la potencial vulneración de las garantías procesales que podría sufrir una persona jurídica al no considerársele formalmente "sujeto activo" del delito o parte procesal⁵. Lo anterior, por cuanto se le priva de las garantías que ostenta toda persona objeto de consecuencias de corte punitivo adoptadas en marco del proceso penal (defensa, prueba, etc.)⁶.

Entonces, si la ley procesal penal establece la posibilidad de aplicar la consecuencia punitiva más grave que prevén los sistemas normativos de otros Estados que consagran la responsabilidad penal de las corporaciones (extinción de la personería jurídica), puede afirmarse desde un punto de vista material que las empresas en Colombia sí pueden ser responsables de los "delitos cometidos por ellas". Algún sector de la doctrina nacional ha sostenido esta visión material de la responsabilidad penal empresarial⁷. Lo anterior, entre otras cosas, porque la imposición de sanciones a las personas jurídicas por delitos no encuentra barreras en la Constitución Política según el criterio de la propia Corte Constitucional⁸. En este punto, a propósito del rol llamado a cumplir por parte de las entidades públicas afectadas por el hecho ilícito

5 Con respecto al "fraude de etiquetas" que pueden constituir la responsabilidad administrativa de personas jurídicas por delitos, Caro Coria, Dino Carlos. "Imputación objetiva y Compliance penal", en Demetrio Crespo, Eduardo (Dir.). *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 381, sostiene que: "Si bien con esta norma se regula expresamente una responsabilidad "administrativa" de las personas jurídicas por los delitos anteriormente mencionados, lo cierto es que estamos ante una suerte de "fraude de etiqueta" al denominar "administrativa" a lo que en rigor es una responsabilidad penal corporativa".

6 Para ampliar lo relativo a estos escenarios de responsabilidad de la persona jurídica por delitos, véase Ramírez Barbosa, Paula A y Amézquita Toro, Jorge A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia: aspectos esenciales y perspectivas en Colombia", en Ramírez Barbosa, Paula A. (Dir.). *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 40 y ss.

7 Con relación a dicha tesis de responsabilidad penal de personas jurídicas en sentido material, señala Bernate O., Francisco. "El Compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia". *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Col.) Vol. X. No. 20: 31-49, 2018, ISSN 2145-6054, p. 44: "(...) en nuestro criterio en la actualidad sí es posible afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando se establecen consecuencias sancionatorias para aquellos eventos en que el ente colectivo ha sido destinado, total o parcialmente, para la comisión de delitos o, cuando la sociedad se haya podido beneficiar de un acto de corrupción".*

8

Con relación a la posibilidad de atribuir consecuencias punitivas a las personas jurídicas por los delitos cometidos en el marco de sus actividades, señaló la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-398, lo siguiente: "*La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva*".

respectivo, debe destacarse la atribución procesal en condición de víctima que podría adoptar toda entidad pública, en este caso, con el objeto de promover las medidas cautelares que correspondan dirigidas a defender su interés afectado por el delito⁹.

Pese a lo anterior, debe mencionarse que en Colombia este precepto no ha tenido mayor aplicación, esencialmente, a raíz de la falta de peticiones formales por parte de la Fiscalía General de la Nación (ente titular de la acción penal). Pese a ello, tal desafección institucional, no implica que dicho mecanismo no pueda promoverse por parte del órgano de persecución penal mientras la norma permanezca en vigor, faltando quizá mayor grado de cultura jurídica por parte de sus delegados para aplicarlo, por ejemplo, en aquellos casos en los que la estructura de una determinada corporación se haya utilizado para defraudar la Administración pública.

Lo anterior, si se atiende a los múltiples supuestos que suceden de forma regular, en los que podría considerarse que una estructura corporativa se ha utilizado para la comisión de hechos delictivos (sociedades pantalla e instrumentales, proveedores ficticios, etc.). Por esta razón, resulta clave la participación directa de la entidad afectada por el delito como víctima promoviendo tal medida y en otras instancias del proceso penal.

Entonces, el hecho de que dicho marco de responsabilidad corporativa por delitos se encuentre previsto dentro de la legislación procesal penal, que pueda ser promovido por parte del órgano oficial de persecución penal y que pueda ser aplicado por parte de un juez penal de conocimiento, permite trabajar sobre una noción de “riesgo penal” para las personas jurídicas en la que encuentra cabida no solo las penas estrictas que suelen aplicarse a este tipo de entes por los delitos cometidos en su interior, sino también las consecuencias accesorias que podrían imponerse a raíz de ello¹⁰. Lo mencionado deriva al menos en dos compromisos para la Administración pública y las empresas, respectivamente, en torno al control de los hechos ilícitos que pueden presentarse en el marco de su relacionamiento.

9 De conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-603-16 de 2 de noviembre de 2016 frente a la competencia que tiene la Fiscalía General de la Nación en la petición de las medidas cautelares frente a personas jurídicas que establece el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, el contenido de dicho precepto, particularmente aquél que reza “En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía...”, debe leerse “en el entendido de que las víctimas pueden solicitar directamente las medidas provisionales allí consignadas cuando acrediten ante el juez un interés específico para obrar, después de la formulación de la imputación”.

10 Con relación a la noción de “riesgo penal” y la consideración de las denominadas “consecuencias accesorias” del delito bajo tal categoría, reseña Casanovas Ysla, Alain. “Compliance penal normalizado: El estándar UNE 19601”, 1ª. Ed. Navarra: Aranzadi, 2017 p. 155, que: “En el ámbito del *sistema de gestión de Compliance penal*, la identificación del *riesgo penal* consiste en conocer qué conductas potencialmente delictivas podrían entrañar la responsabilidad penal de la persona jurídica o la aplicación del régimen de consecuencias accesorias, atendidas las circunstancias concretas de la *organización*”.

Con relación a la primera, emerge el deber de estructurar un eficiente mecanismo de investigaciones internas y de denuncia en las fases de formulación e implementación de su Programa de Transparencia y Ética Pública que posibiliten la petición de medidas cautelares frente a las corporaciones que las han defraudado de acuerdo con la vía del artículo 91 del Código de Procedimiento Penal. Y, con respecto a las empresas que se relacionan con la Administración pública, el deber técnico que surge sobre sus oficiales de cumplimiento de considerar dicha posibilidad de intervención cautelar o definitiva en desarrollo de los análisis de riesgos legales efectuados en el marco de sus respectivos Programas de Transparencia y Ética Empresarial, entre otras cosas, porque la misma Ley 2195 de 2022 evoca en expreso en su artículo 2º esta vía de procesamiento penal de la persona jurídica.

1.2. Reparación integral de perjuicios derivada de delito

En Colombia se prevé dentro del marco jurídico penal sustantivo y procesal la posibilidad de responder civilmente por los daños generados a terceros como consecuencia de la comisión de acciones delictivas. Así, en lo que respecta al Código Penal, establece su artículo 96 sobre los obligados a indemnizar que "Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder". A su turno, el artículo 107 de la Ley 906 de 2004 establece frente al "tercero civilmente responsable" que éste "Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado". Naturalmente, la comisión de delitos contra la Administración pública por parte de las personas jurídicas habilita esta vía procedimental.

Entonces, aquí el punto de conexión con el ordenamiento penal es directo, en tanto que la fuente de responsabilidad legal se halla en el Código Penal (el delito cometido en la corporación) y su mecanismo de tramitación en el Código de Procedimiento Penal¹¹. Por lo anterior, el hecho delictivo se convierte en la fuente de responsabilidad jurídica para la corporación. Sobre este punto, el artículo 2341 del Código Civil establece con relación a la "responsabilidad extracontractual", que "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". Si ánimo de profundizar en la base sustantiva de la responsabilidad civil derivada de delito, con el objeto de resaltar la sinergia entre el fin preventivo-general del Derecho penal

11 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, particularmente en la providencia de noviembre 11 de 2020 bajo el radicado 54480, ha señalado con relación al incidente de reparación lo siguiente: La reparación integral no está restringida al ámbito de la concreción del perjuicio, también comprende la resolución definitiva de las consecuencias económicas y patrimoniales derivadas de las medidas cautelares vigentes en la actuación, adoptando las determinaciones necesarias que garanticen a las víctimas la indemnización de los perjuicios y la restitución de los bienes objeto del delito. En el caso de la cancelación definitiva de los registros obtenidos fraudulentamente que el juez debe disponerla en el fallo condenatorio, para materializar el restablecimiento del derecho es pertinente al mismo tiempo ordenar la entrega de los bienes siempre que estos no se encuentren en posesión de terceros de buena fe.

y las otras vías jurídicas que sancionan la criminalidad empresarial, resulta relevante destacar que esta modalidad de riesgo legal de base criminal (que puede ser de carácter indemnizatorio), presenta al menos tres puntos de conexión con el marco normativo jurídico-penal: (i) tiene su origen en un delito; (ii) se vincula con la responsabilidad penal declarada por parte del juez penal de conocimiento; (iii) se tramita por parte del mismo juez bajo las reglas generales que le marca el régimen sustantivo y procesal penal.

Como puede inferirse, son múltiples los hechos delictivos que, cometidos en desarrollo de actividades empresariales, podrían dar lugar a tal declaración de responsabilidad civil (de base criminal), entre ellos, los que afectan la Administración pública como organización y como bien jurídico tutelado por el Derecho penal (tráfico de influencias, cohecho, celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, etc.). En tal caso, esta vía procesal le permite a la respectiva entidad pública afectada con el delito contar con un mecanismo para recuperar de la corporación beneficiada con la actividad ilícita el monto de lo defraudado. El mismo Parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 2195 de 2022 consagra esta exacción para las entidades públicas perjudicadas. De este modo, resulta pertinente que tales entidades consideren dentro del marco de sus políticas insertas al Programa de Transparencia y Ética Pública, un protocolo reactivo que involucre la representación judicial de la entidad con el objeto de procurar el resarcimiento de tales perjuicios. Aunque más allá de este fin resarcitorio, la importancia de esta participación procesal de la entidad radica en que desincentivaría el despliegue criminal de ciertas empresas frente a la Administración pública al contar con otro instrumento de “amenaza” que refuerza el fin preventivo-general del Derecho penal.

Advertida dicha posibilidad de participación activa de la Administración pública en los Incidentes de Reparación Integral, entonces, resulta pertinente que las unidades de cumplimiento de las personas jurídicas establezcan en el marco de sus análisis de riesgos qué tipo de conductas delictivas podrían derivar en este tipo de efectos legales para la corporación respectiva según su tipo de relacionamiento con el Estado, entre otras cosas, porque la noción de “riesgo legal” comprende consecuencias como el pago de indemnizaciones¹². Este análisis obligaría no solo a anticipar cuáles serían los potenciales eventos ilícitos que podrían provocar tales efectos (impacto), sino también a prever qué mecanismos de *Compliance* permitirían desvirtuar ante el juez penal la presunción legal de culpa, bajo el entendido que dicha presunción admitiría eventualmente ser controvertida¹³.

12 Así, por ejemplo, la Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de la Superintendencia de Sociedades sobre el SAGRILAF define “Riesgo Legal” como “(...) la posibilidad de pérdida en que incurre una Empresa al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales. Surge también como consecuencia de fallas en los contratos y transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones”.

13 Sobre la posibilidad de desvirtuar la culpa por el “tercero civilmente responsable”, Saray Botero, Nelson. *Incidente de Reparación integral de perjuicios en el proceso penal*. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Leyer, p. 131, señala que: “(...) gozará de todas las garantías procesales, en especial aportar y controvertir pruebas, para desvirtuar la presunción legal según la

1.3. Extinción del derecho de dominio

La extinción de dominio es una de las medidas que puede resultar más eficaz desde una perspectiva reactiva contra la delincuencia compleja (dentro de esta, la que está mediada por estructuras corporativas), particularmente, por las características que le son propias al procedimiento de investigación estatal y judicial previsto para perseguir los bienes de procedencia ilegal o destinados a facilitar actividades delictivas, constituyéndose en una vía eficaz para atacar los insumos de las organizaciones criminales. De este modo, al hablar de criminalidad organizada, no resulta extraño que dichos bienes se encuentren asociados a activos de personas jurídicas (acciones, inmuebles comerciales, establecimientos de comercio, cuentas bancarias, etc.)¹⁴. Señálese de paso que, en no pocas ocasiones, esos activos de procedencia ilícita se han originado precisamente en la defraudación de relaciones de negocio con la Administración pública por parte de empresas, por ejemplo, en torno a la contratación administrativa. Esto último reviste suma importancia por cuanto la orientación jurídica apropiada del proceso de extinción de dominio desde su misma fase cautelar, permitiría la recuperación por parte del Estado de los bienes apropiados ilícitamente, por ejemplo, mediante la cesión a título gratuito a entidades públicas que permite el artículo 10 de la Ley 2195 de 2022.

Se trata de una acción que tiene su origen en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988¹⁵. La extinción de dominio es una acción definida como la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Se caracteriza por ser una acción autónoma, de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, la cual puede recaer sobre cualquier derecho de carácter real, principal o accesorio, con independencia de quien los tenga en su poder (como las mismas corporaciones), o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos directa o indirectamente.

Además, si bien esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviere origen, puede encontrar también su fundamento en los mismos hechos ilícitos. Mediante esta acción, en definitiva, se otorga al Estado la facultad de perseguir, incautar y disponer de los bienes sospechosos de provenir de actividades ilícitas o cuyo origen esté directamente vinculado a proceder ilegales, buscando además evitar el testaferrato. Por esta razón, se convierte en un instrumento eficaz en la investigación del entorno delictivo

cual los daños que ocasionaron las personas a su cuidado le son imputables por no haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquéllos...".

14 Véase, al respecto, Rivera Ardila, Ricardo. *La extinción de dominio: un análisis al Código de Extinción de Dominio*. Bogotá D.C.: Ed. Leyer, 2015.

15 Ramírez Barbosa, Paula A. "Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en este ámbito", en *Crime Organizado: Tipicidade, Política Criminal, Investigação e processo*. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2008, pp. 63 y ss.

y financiero de la criminalidad organizada y corporativa, a través de la pérdida de derechos patrimoniales respecto de bienes cuya procedencia o utilización legítima no sea debidamente aclarada por su poseedor.

El Código de Extinción de Dominio desarrollado por la Ley 1708 de 2014 y sus normas de modificación, prevé dentro de las causales de extinción establecidas por su artículo 16 varios supuestos que podrían reconducirse a la pérdida de bienes de distinta naturaleza para las personas jurídicas (inmuebles, establecimientos de comercio, productos financieros, créditos, títulos valores, acciones, etc.)¹⁶. En fin, todo bien mueble o inmueble, tangible o intangible, susceptible de ser valorado económicamente, sobre el que pueda eventualmente considerar la Fiscalía General de la Nación que presenta un origen ilícito o que se ha aplicado al desarrollo de actividades ilegales.

Como puede advertirse de la simple lectura del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, varias de las causales de extinción permitirían afectar bienes de distinta naturaleza pertenecientes a personas jurídicas¹⁷. Desde la perspectiva de la empresa, a pesar de que la extinción de dominio comporta medidas reales que recaen sobre el bien en sí mismo con independencia de las consecuencias penales que pudieran derivarse sobre los integrantes de la persona jurídica, reiterando la referida noción de consecuencia punitiva en sentido material, el punto de convergencia de este escenario de riesgo legal con eventos criminales

16 En concreto, prevé el artículo 16 de la Ley 1708 de 2014 que: "Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias: 1. Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita; 2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción; 3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas; 4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas; 5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas; 6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas; 7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes; 8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia; 9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia; 10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa; 11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos".

17 Sobre la realidad de este punto, señala el artículo 105 de la Ley 1708 de 2014 con relación a los "Efectos de la extinción de dominio de persona jurídica, sociedades y/o establecimientos de comercio", que: "Declarada por el operador judicial la extinción del derecho de dominio a favor del Estado del 100% de acciones, cuotas, derechos o partes de interés que representen el capital de una sociedad o persona jurídica, tal declaración comprenderá la extinción del derecho de dominio sobre los bienes que componen el activo societario".

es evidente: son medidas que tienen su fuente en ilícitos penales (aunque no solo en delitos).

Además, se aplica por parte de un juez de naturaleza penal (especializado en la materia), quien deberá incluso tener en cuenta la aplicación subsidiaria de la legislación procesal penal ordinaria en materia probatoria según la cláusula de remisión contemplada en el artículo 26 del mismo Código de Extinción de Dominio. Por tanto, el foco del analista de riesgos debe ponerse en aquellas actividades desarrolladas por la corporación que podrían eventualmente encajar en alguna de las causales indicadas. Por la misma razón, desde dicha perspectiva de gestión de riesgos, la matriz de riesgos penales constituye una herramienta esencial en este plano para representar aquellos ilícitos que podrían configurar, por ejemplo, un uso o destinación ilícita de bienes de la persona jurídica.

El proceso de extinción de dominio adquiere, de ese modo, gran relevancia desde una perspectiva político-criminal de la delincuencia que afecta a la Administración pública, pues a diferencia de la vía jurídica que prevé el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, el despliegue operativo de la Fiscalía General de la Nación en esta materia presenta una mayor intensidad en la práctica, en donde resulta común la afectación real de sociedades comerciales y bienes de variada naturaleza pertenecientes a personas jurídicas (acciones, establecimientos de comercio, locales comerciales, etc.). El papel que podría cumplir la Administración pública en torno a esta vía procesal resulta vital para lograr los propósitos perseguidos en este plano político-criminal, entre ellos, los fines de disuasión anclados al desincentivo que genera para los delincuentes el retiro de los bienes obtenidos por medios fraudulentos.

Por esta razón, es clave que las entidades públicas puedan prever un protocolo de investigaciones internas atado a sus respectivos Programas de Transparencia y Ética Pública y sistema de Control Interno, que permita aportar el insumo de información y las evidencias de soporte que requiere la Fiscalía General de la Nación para fundamentar certeramente las medidas cautelares respectivas que pueden solicitarse en la fase de apertura del proceso de extinción de dominio y realizar las peticiones de prueba dentro de la correspondiente etapa procedimental.

1.4. Responsabilidad administrativa de la persona jurídica por delitos

Sin perjuicio de la ampliación que se desarrollará en un apartado posterior, cabe mencionar que la nueva Ley 2195 de 2022 prevé la posibilidad de aplicar a personas jurídicas de distinta naturaleza consecuencias diversas por la comisión de una amplia gama de delitos cometidos en su beneficio¹⁸. A través

¹⁸ Al respecto, véase el artículo 4 de la Ley 2195 de 2022, que adiciona el numeral 2 al artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, sobre las sanciones administrativas que podrían ser aplicadas a las personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en Colombia, destacando dos con un alto factor disuasivo en delitos contra la Administración pública: (i) Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales

de la modificación introducida al artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, el artículo 2º de la Ley 2195 de 2022 estableció la "Responsabilidad administrativa sancionatoria contra personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras".

Al respecto, señala este precepto que, con independencia de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar y la aplicación de las medidas contempladas en el mencionado artículo 91 de la Ley 906 de 2004, se aplicará un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria a las personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras, a las personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado, a las empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro, domiciliadas en Colombia, cuando se den cumulativamente los siguientes supuestos:

- (i) Exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente. Desde la óptica de gestión de riesgos de corrupción que le compete por ley a las entidades públicas, reséñese desde ya con relación a este primer presupuesto que los prototípicos delitos contra la Administración pública cometidos a través de estructuras empresariales son objeto expreso del presente marco de responsabilidad.
- (ii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus administradores o funcionarios. Como puede advertirse, este segundo presupuesto encaja -como ninguno- en los propósitos que suelen presidir la comisión de delitos contra la Administración pública: intereses de orden económico.
- (iii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo. Aquí, desde el rol que puede cumplir la Administración pública en la sanción de la corrupción vinculada a estructuras empresariales, interesa destacar la actividad probatoria que podría apoyar en la acre-

vigentes, a la que se le sumara el mayor valor entre el beneficio obtenido o pretendido;
 (ii) Inhabilidad para contratar contenida en el literal j) del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y aplicación de lo dispuesto en el parágrafo 1 del Artículo 9 de la misma ley.

ditación de los indicadores de tolerancia o consentimiento de parte de la corporación frente al delito.

Teniendo en cuenta que dicho marco de responsabilidad para las personas jurídicas puede encontrar su base en delitos contra la Administración pública, interesa resaltar el papel que podría cumplir la respectiva entidad afectada en la aplicación de tal marco, a partir de la investigación interna, denuncia y procesamiento del correspondiente hecho punible, potenciando así el señalado efecto preventivo-general frente a la delincuencia corporativa. En concreto, este apoyo resulta relevante en el marco del proceso administrativo sancionatorio, pues según el tercer presupuesto de responsabilidad establecido por el artículo 2º de la Ley 2195 de 2022, la sanción para la persona jurídica se fundamenta en una especie de "acto propio": a su "consentimiento" o "tolerancia" en la realización de la conducta punible de su colaborador. Tal relevancia radicaría en que, como se desarrollará más adelante, en dicho procedimiento sancionatorio se tendría que acreditar (probar) una suerte de "injusto" y "culpabilidad" de la persona jurídica en el delito de su integrante¹⁹, por lo que la evidencia recabada del hecho delictivo por parte de la entidad pública deviene fundamental.

De esto último se deriva, visto ya desde la óptica de las corporaciones respetuosas del ordenamiento, la obligación de sus áreas de cumplimiento de identificar qué conductas delictivas serían susceptibles de materializarse en dicho marco de relacionamiento público con el fin de precaver riesgos legales. En este punto, como también se ampliará luego, consideramos que los Programas de Transparencia y Ética Empresarial expresarían esa "voluntad" propia de la persona jurídica que el tercer presupuesto demanda para examinar el grado en que esta "consintió o toleró la realización de la conducta punible" de su colaborador.

Adicionalmente, también la Administración cumple aquí un papel fundamental, al poder exigir dichos Programas a las empresas dentro del marco de las políticas anticorrupción articuladas a su propio Programa de Transparencia y Ética Pública como forma de reducir la posibilidad de comisión delictiva en el marco de sus negocios. A propósito de esta exigencia, no está por demás recordar que el Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades exige los PTEE a múltiples empresas contratistas del Estado.

19 Conforme a la Sentencia C-320/1998, señaló la Corte Constitucional que: "El reconocimiento de capacidad penal a las personas jurídicas, exige que en su caso por fuerza la culpabilidad esté referida a un esquema objetivo que tome en consideración la forma particular cómo se coordinan los medios puestos por la ley a su disposición en relación con el fin por ellas perseguido, de modo que con base en este examen se deduzca su intención o negligencia".

2. AMPLIACIÓN DEL MARCO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS EMPRESAS POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tras la entrada en vigor del nuevo marco de “responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción” establecido por la citada Ley 2195 de 2022, como se indicó, se ha producido una ampliación no solo de la esfera de riesgo legal derivado de delitos para ciertas corporaciones con operación nacional, sino también del marco de acción de las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia y control en el procesamiento de dichos hechos delictivos, entre estos últimos, los que afectan el bien jurídico de la Administración pública.

En concreto, tras la reforma que dicha norma introdujo al contenido del artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), distintas clases de personas jurídicas podrán ahora ser sancionadas por una cantidad importante de tipos penales cometidos por sus administradores o cualquiera de sus funcionarios en beneficio de la respectiva corporación. Como cabe recordar, el modificado artículo 34 del citado Estatuto Anticorrupción facultaba a la Superintendencia de Sociedades para sancionar con multas de hasta 200.000 SMLMV a aquellas sociedades, cuyo administrador o representante legal (criterio *subjetivo* de vinculación procesal), hubiere sido condenado por el delito de “cohecho por dar u ofrecer” (criterio *objetivo* de vinculación procesal). En ese momento, muchos delitos cometidos contra la Administración pública quedaban por fuera de tal marco en virtud de esta reducción objetiva.

Ahora bien, tras la modificación operada por la Ley 2195 de 2022, lo primero que debe anotarse es que hoy las corporaciones podrán ser objeto de sanción por una amplia gama de tipos penales (criterio *objetivo* del riesgo), entre otros, delitos contra la Administración pública (tráfico de influencias, cohecho, celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, etc.), el orden económico y social (delitos contra el sistema financiero, lavado de activos, contrabando, etc.), el medio ambiente (deforestación, contaminación ambiental, etc.), los consagrados en la propia Ley 1474 de 2011 (corrupción privada, administración desleal, tráfico de influencias de particular, evasión fiscal, enriquecimiento ilícito, etc.), financiación del terrorismo y, en general, cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público.

Esta nueva configuración del presupuesto objetivo de responsabilidad de la persona jurídica es de alta relevancia en torno al control de los delitos contra la Administración pública, pues el ciclo integral de gestión de riesgos a desarrollar por parte de las personas jurídicas sujetas a dicho régimen de responsabilidad deberá extenderse a un marco más amplio de posibles eventos delictivos que comprende no solo el listado taxativo de tipos penales consagrados dentro del Título XV del Código Penal sobre los “Delitos contra la Administración pública”, sino también aquellos que puedan potencialmente afectar el patrimonio público.

Lo segundo a destacar es que la norma generaliza el criterio *subjetivo* de vinculación procesal, pues pasó de exigir la condición de administrador o representante legal en la comisión del delito, a un criterio general que comprende a cualquier “funcionario” (empleado) que forme parte de la organización o colabore con la misma (prestadores de servicios, por ejemplo). Lo anterior posibilita que, en el marco del procesamiento penal de los sujetos implicados en delitos contra la Administración pública, la responsabilidad penal de los directivos no se incline a posiciones jerárquicas inferiores con el fin no solo de eludir las sanciones penales individuales, sino también las que podrían atribuirse a la propia persona jurídica.

Lo anterior podría acontecer, por ejemplo, al predisponer su estructura organizacional a la comisión de delitos o por no desplegar un sistema de cumplimiento que permita un control efectivo de posiciones críticas o cargos especialmente expuestos a riesgos de corrupción. De tal modo, la acreditación de este presupuesto subjetivo de vinculación administrativo-sancionatoria se conecta al marco de implementación de los Programas de Transparencia y Ética Pública desde la óptica de la investigación interna. En efecto, del análisis que despliegue la propia entidad pública afectada por el delito para aportar evidencia a la Fiscalía General de la Nación, dependerá que este órgano sea eficaz en la atribución de la responsabilidad penal individual que exige la Ley 2195 de 2022 como presupuesto de procedibilidad sancionatoria.

En virtud de estos dos presupuestos, el riesgo de sanción que enfrentan ahora las personas jurídicas por los delitos cometidos en el marco de su operativa se amplía diametralmente a lo que había existido en precedencia. Por un lado, porque son múltiples los delitos que, cometidos dentro del giro de actividades de la organización, realizarían el aspecto *objetivo* del primer presupuesto de responsabilidad administrativa de la persona jurídica señalado por la norma. Y, por otro lado, porque dicha realización ilícita no se sujeta a un cargo, nivel u ocupación específica en el autor o partícipe de la conducta punible objeto de sanción (aspecto *subjetivo*). Ante lo descrito, consideramos que este incremento del riesgo legal en términos de sanción derivado de delitos para las personas jurídicas se amplía evidentemente debido a la apertura de ambos criterios (objetivo y subjetivo).

Además de este tipo de consecuencia, debe reiterarse que dicha extensión se produce también a nivel patrimonial porque el Parágrafo 2º del artículo 2º de la misma Ley 2195 de 2022 prevé que, desde la etapa de investigación de los mencionados delitos, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable a las personas jurídicas que presuntivamente hayan participado en la comisión del hecho ilícito objeto de investigación. En este punto la Administración pública ejerce un rol determinante no solo en la recuperación de los activos apropiados ilícitamente por las empresas, sino también en la función disuasoria de la norma.

Teniendo en cuenta que la norma consagra de manera general como presupuesto de responsabilidad de la persona jurídica el amplio abanico de delitos contra

la Administración pública, pensamos que ello constituye una invaluable oportunidad para potenciar el control de las típicas actividades delictivas que afectan a los entes administrativos. Reitérese, a modo de ejemplo, los escandalosos índices de corrupción bidireccional que enfrenta la Administración pública en materia de contratación con las empresas o la defraudación criminal unilateral de estas últimas²⁰. Dicha oportunidad de potenciar el control de parte de la Administración pública y de exigir responsabilidad a las personas jurídicas que se instrumentalizan para la defraudación de los intereses de la primera, curiosamente, podría encontrarse en la apropiada formulación e implementación de los Programas de Transparencia y Ética Pública a que están obligadas las entidades públicas, pues como se ha postulado, si la entidad desarrolla un trabajo apropiado de identificación, medición, evaluación, control y monitoreo de los riesgos a que se expone en su relacionamiento contractual con otras personas jurídicas²¹, las posibilidades de materialización de tales riesgos podrían reducirse.

En la tarea de exigir responsabilidades a las personas jurídicas en el marco del régimen de responsabilidad por delitos establecido por la Ley 2195 de 2022 por parte de la Administración pública tras la materialización de uno de los delitos del Título XV del Código Penal, como también se indicó, el mismo Programa de Transparencia y Ética Pública resulta vital para asegurar el procesamiento efectivo de la corporación. Con relación al presupuesto primero (i), porque un programa debidamente formulado y ejecutado tendrá la capacidad de identificar los elementos materiales probatorios requeridos para la investigación judicial y el procesamiento penal de los responsables del hecho delictivo. Frente al presupuesto segundo (ii), porque una investigación interna cualificada posibilitará determinar certeramente el rédito económico obtenido por el defraudador y el beneficio consecuente para la persona jurídica. Y con respecto al presupuesto tercero (iii), porque todo ese material probatorio será determinante en la acreditación que pueda desarrollar la respectiva superintendencia o autoridad de inspección, vigilancia y control con relación al “consentimiento” o “tolerancia” de parte la persona jurídica sobre la conducta ilícita de su colaborador implicado.

20 Como señala el Documento Conpes 167 frente a esta problemática: “La contratación pública como una de las principales herramientas mediante la cual actúa la administración, se ha convertido en uno de los escenarios más comunes para la ocurrencia de actos corruptos”. Se apunta en el mismo documento que “pese a las reformas introducidas en la materia, (...) las oportunidades para materializar los riesgos de corrupción en la contratación estatal persisten”.

21 Sobre la metodología, véase la “Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas, Versión 5, y la “Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas: Riesgos de gestión, corrupción y seguridad digital”, Versión 4, del Departamento Administrativo de la Función Pública, las cuales desarrollan expresamente dentro de su contenido varios principios, fases y elementos de la norma ISO 31000.

3. LOS PROGRAMAS DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA EMPRESARIAL COMO MECANISMO PARA LA INVESTIGACIÓN DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

La lucha contra la criminalidad empresarial que afecta a las entidades de la Administración pública no debe verse únicamente desde la exigencia de responsabilidades a las personas jurídicas obligadas por el nuevo marco de responsabilidad establecido por la Ley 2195 de 2022, sino también desde la propia exigencia que pueden desplegar las primeras entidades con respecto a las corporaciones con las que se relacionan²². Esto último reviste gran importancia tanto para la entidad pública como para la persona jurídica en torno al control de los típicos actos de corrupción que suelen aparecer en su marco de relacionamiento comercial.

Para las primeras, porque cuando se relaciona con otra organización que tiene implementado un sistema de cumplimiento como el ordenado por la mencionada normativa en su artículo 9º para las personas jurídicas bajo el rótulo de Programas de Transparencia y Ética Empresarial, podrá tener mayor confianza en el ajuste normativo de los procesos de dicha corporación. Y para las segundas, porque ante la eventual materialización de un evento ilícito en el marco del mismo relacionamiento, la implementación de dichos programas podría tener un efecto eximente en su responsabilidad según los mismos presupuestos de la norma.

Con relación al primer aspecto, resulta relevante reiterar la obligación que tienen las entidades públicas en todos sus órdenes territoriales de adoptar un Programa de Transparencia y Ética Pública de conformidad con la nueva orientación y elementos introducidos por el artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 al artículo 73 de la Ley 1474 de 2011. Al exigir este precepto a tales entidades no solo la obligación de identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad, sino también la adopción de mecanismos que posibiliten una gestión apropiada de tales riesgos (como las medidas de debida diligencia en el marco de sus operaciones, contrataciones y transacciones), se estará en mejores condiciones de precaver la materialización de aquellos eventos delictivos que se ven facilitados por la ineficacia u omisión de control de muchas entidades públicas sobre sus contrapartes.

Tras una apropiada gestión de sus contrapartes bajo las metodologías y procedimientos recomendados en materia de debida diligencia, la entidad

22 Lo anterior se deduce la misma exigencia establecida por el artículo 31 de la Ley 2195 de 2022, de aplicar medidas de debida diligencia dentro del marco de ejecución de los Programas de Transparencia y Ética Pública a que están obligadas las entidades públicas. En la aplicación de estas medidas, resulta exigible que dichas entidades desplieguen un proceso de control debidamente estructurado en el que, entre otras actividades, efectúen un conocimiento exhaustivo de sus contrapartes, apliquen consultas en listas sobre los integrantes y beneficiarios finales de las empresas y realicen un juicioso análisis de la concreta operación en cuanto a sus presupuestos normativos y la rigurosa sujeción a los mismos.

pública podrá obtener un mayor grado de confianza con relación al ajuste normativo que pueda alcanzar la respectiva contraparte en el marco de la operación, contrato o transacción correspondiente.

Frente al segundo aspecto, cabe sustentar por qué la adopción de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial que señala el artículo 9 de la Ley 2195 de 2022 para las corporaciones podría servir no solo como plataforma para la investigación interna de conatos de corrupción que afectan el bien jurídico de la Administración pública, sino también como mecanismo de descargo de la corporación en el marco de procesos administrativos en caso de materializarse uno de esos eventos delictivos. Con relación a lo primero, por cuanto contar con un protocolo de investigaciones internas es un elemento estructurante de cualquier programa de cumplimiento anticorrupción. Con respecto a lo segundo, en la medida en que el tercer presupuesto establecido por el artículo 2 de la norma permite ofrecer una respuesta positiva sobre tal posibilidad eximente.

Antes de entrar en el contenido del mencionado presupuesto, para afirmar la fuerza “eximente” de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial, debe recordarse que en Colombia la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria es excepcional²³, máxime si se tiene como fundamento de la sanción de la persona jurídica que ésta hubiere “consentido” o “tolerado” la conducta delictiva de su colaborador (según dicho presupuesto). Ambos aspectos reconducirían, pensamos, a la valoración procesal de una especie de “acto propio” de la persona jurídica.

Para avizorar la calidad eximente de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial, deben destacarse dos condiciones establecidas por el citado precepto. Así, lo primero que debe resaltarse es que este mismo presupuesto establece que, en la valoración procesal de tal “tolerancia” o “consentimiento” por la persona jurídica, se deberá considerar “la aplicación de sus respectivos controles de riesgo”, justamente, en donde cumple un papel determinante el mecanismo de investigaciones internas (de actos corruptos). Este elemento indicaría, sumado a la premisa indicada, que la responsabilidad de la persona jurídica no sería de índole objetiva (transferida), sino que dependería de la efectividad de su sistema de *control del riesgo* (esto es, de su *Compliance*).

Y lo segundo, es que la misma norma prevé como exigencia para las personas jurídicas que los referidos Programas incluyan “mecanismos y normas internas de auditoría”, lo que claramente constituye un poderoso control -de riesgo- de orden detectivo que activa la investigación interna. Este tercer punto, realizando una interpretación teleológica de la norma, permite afirmar que

23 Recientemente, señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-094 de 2021 con relación al alcance del principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria, que: “El principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria, también denominado principio de imputabilidad personal, de personalidad de las penas o sanciones o de responsabilidad por el acto propio, consiste en que un sujeto únicamente puede ser sancionado por actos u omisiones propias. Por lo tanto, al momento de imponer una sanción, no es posible transferir la responsabilidad”.

dichos Programas son homologables a los “controles de riesgo” que allí se indican, susceptibles de ser valorados para examinar si la persona jurídica, en efecto, “consintió” o “toleró” el delito de su colaborador.

Destacamos, en resumen, que el artículo 2º de la Ley 2195 de 2022 establece tres presupuestos para la fijación de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, de los cuales dos presentan un carácter *objetivo* y otro una naturaleza *subjetiva*. Separar esta doble condición es clave para estructurar la eventual estrategia de defensa procesal de la corporación ante la materialización de los delitos que prevé la norma. Con relación al primer presupuesto (i), porque basta la condena ejecutoriada o principio de oportunidad en firme con relación a sus administradores o funcionarios a causa de su participación directa o indirecta en algunos de los delitos antes reseñados. En este punto, por paradójico que parezca, la corporación podría inquirir el procesamiento penal de su administrador o empleado cuando éste ha actuado al margen de las políticas anticorrupción y ha eludido fraudulentamente los “controles de riesgo”.

Frente al segundo presupuesto (ii), el efectivo o potencial beneficio asociado a la conducta punible difícilmente podrá controvertirse por la naturaleza del hecho punible (en su gran mayoría, de naturaleza económica). Sin embargo, con relación al presupuesto tercero (iii), la norma exige determinar en el marco del proceso sancionatorio si la corporación “consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo”. En definitiva, y acorde con esta última exigencia de ponderar la estructura de control, entendemos que el órgano instructor competente deberá valorar los Programas de Transparencia y Ética Empresarial que hubiera adoptado la persona jurídica.

Este argumento no se reduce a una apreciación individual sobre el contenido literal de la norma, sino que debe entenderse en el marco de los principios generales de la responsabilidad personal en materia sancionatoria, en donde el principio de *responsabilidad por el hecho propio* es garantía del debido proceso constitucional²⁴. Ejemplo de ello es la previsión que efectúa el mismo ordenamiento jurídico colombiano de homologar los programas de cumplimiento como mecanismo de atenuación²⁵, lo que, de plano, presupone

24 Sobre el principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria y la responsabilidad subjetiva y objetiva, señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-038 de 2020 que, “(...) en materia administrativa sancionatoria, la responsabilidad únicamente puede establecerse a partir de juicios de reproche personalísimos[8], lo que implica que, en tratándose de sanciones, éstas sólo proceden respecto de quien cometió la infracción por acción o por omisión[9], en tratándose de una persona natural o atribuibles a una persona jurídica y la responsabilidad personal es intransmisible. El principio de imputabilidad personal o responsabilidad personal, de personalidad de las penas o sanciones o responsabilidad por el acto propio implica que sólo se pueda sancionar o reprochar al infractor y, por lo tanto, en materia administrativa sancionatoria, no es posible separar la autoría, de la responsabilidad [10]”.

25 Así, por ejemplo, la Ley 1778 de 2016 prevé con relación a los “Criterios de graduación de las sanciones” por actos de soborno transnacional que “Las sanciones por las infracciones a la presente ley se graduarán atendiendo a los siguientes criterios: (...) 7.

su consideración como mecanismo de atenuación o de exclusión de responsabilidad. En cualquier caso, acorde con los estándares internacionales en *Compliance*, no se advierte una manera distinta de asegurar “controles de riesgo” (de cumplimiento) que no involucre la formulación, implementación y funcionamiento de programas como estos.

Descendiendo en su análisis, el primer aspecto a valorar en dicho ejercicio de apreciación de los controles de riesgo por parte del órgano “judicial” competente, es si la corporación vinculada identificó, midió y evaluó el concreto evento criminal materializado atendiendo al alto número de tipos penales (riesgos) que prevé el presupuesto primero del artículo 2 de la Ley 2195 de 2022. Lo anterior es determinante, pues el respectivo Programa de Transparencia y Ética Empresarial debió prever dentro de su matriz de riesgos penales, entre otros aspectos metodológicos, el evento de riesgo concretado. En caso de no haberlo anticipado, será poco probable que dicho programa pueda ofrecerse como prueba de descargo en el proceso sancionatorio adelantado frente a la corporación (cuando no lo ha identificado, medido y valorado para ejecutar el *control de riesgo* requerido). Lo segundo a considerar son los controles establecidos por la corporación frente a esos riesgos que, tras su medición, arrojaron una probabilidad de materialización mayor que baja. En este punto, si el riesgo materializado (evento) ha sido uno de esos identificados y susceptibles de haber sido controlado, la corporación deberá estar en capacidad de acreditar que sus respectivos “controles de riesgo” eran idóneos para prevenir, detectar o responder de manera efectiva frente al mismo tipo de riesgo²⁶.

En suma, si un presupuesto de responsabilidad administrativa de la persona jurídica por delitos es el haber “consentido” o “tolerado” el hecho ilícito cometido por sus administradores o funcionarios, atendiendo a sus correspondientes “controles de riesgo” (entre estos, los mecanismos de auditoría e investigación internos), entonces, la acreditación de un Programas de Transparencia y Ética Empresarial que previó dentro de sus componentes estructurales una metodología de gestión de riesgos que trató en forma técnicamente apropiada los riesgos susceptibles de materializarse dentro de la organización, tendría que conducir a la desvirtuación procesal de este tercer presupuesto de responsabilidad. Dicho de otro modo, en caso de haber identificado, medido, valorado y establecido los controles razonables tendientes a reducir su nivel de exposición a partir de los elementos determinados para el Programa de Transparencia y Ética Empresarial, pensamos que este tercer presupuesto no podría acreditarse frente a la persona jurídica por parte de la respectiva

La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley”.

26 Con respecto a la fórmula de la prevención, detección y respuesta característica en el mundo del Compliance como objetivos de los respectivos programas, reseña Casanovas Ysla, Alain. “*Compliance* penal normalizado...”. Op. cit., p. 96, sobre el “objetivo del *Compliance* penal” en torno a conductas constitutivas de delito, que tal norma “(...) puede operar en entornos donde existe riesgo de que se produzcan, siempre que disponga de medidas para prevenirlas, detectarlas y gestionarlas (reaccionar) adecuadamente”.

superintendencia o autoridad de inspección, vigilancia y control (esto es, no se cumplirían los presupuestos para su sanción). Por todo lo anterior, más allá de los criterios que se determinen para la delimitación de los “sujetos obligados” a implementar dichos programas, es de sentido común la necesidad de adoptar dichos programas voluntariamente como forma de gestión del riesgo legal.

Lo enunciado conlleva a reflexionar, entre otros aspectos, sobre la metodología a utilizar para realizar una adecuada identificación, medición y valoración de tales riesgos con el objeto de priorizar su tratamiento y ejecutar sus respectivos planes de acción, incluyendo en éstos, como lo manda el citado artículo 9º de la Ley 2195 de 2022, mecanismos de auditoría interna. Siendo rigurosos en la aplicación de la metodología, dicho ejercicio de identificación, medición y valoración de riesgos tendría que considerar los distintos escenarios delictivos que establece la normativa con el objeto de establecer qué procesos de la corporación podrían estar expuestos a una u otra tipología delictiva debido a factores como su objeto, tamaño y actividades²⁷. Acorde con lo enunciado, dicho ejercicio de identificación de riesgos implicará una ardua tarea en la que el analista de riesgos o profesional en cumplimiento comprenda profundamente el contexto externo e interno de la organización, a fin de determinar de manera precisa qué tipos penales tendrían realmente la posibilidad de concretarse atendiendo a la materialidad de la concreta corporación²⁸. Siempre sin perder de vista que, de conformidad con el primer presupuesto de la norma, casi cualquier conducta ilícita cometida en el marco de las actividades corporativas podría derivar en la apertura del proceso sancionatorio.

A partir de aquí, conocida es la tradicional metodología aplicada en otros sectores especiales de riesgo (como, por ejemplo, en los sistemas AML/CFT), en donde cada uno de los posibles eventos de riesgo anticipados suele asociarse a determinados factores de riesgo (contrapartes, productos, jurisdicciones, etc.), departamentos (compras, comercial, contabilidad, etc.), procesos (misionales, de apoyo, etc.), entre otros. De ahí la importancia de la matriz de riesgos (penales) como herramienta de gestión, la cual permite tener una panorámica sobre aspectos como los procesos de mayor exposición criminal a los distintos tipos penales de posible ocurrencia vinculados al objeto de la organización, las actividades que podrían ser susceptibles de albergar tales riesgos, las causas de los hechos ilícitos representados en los eventos de riesgo, los factores con incidencia sobre tales sucesos, la estimación de su probabilidad de ocurrencia, su potencial impacto (legal), los controles previstos para mitigar o reducir dicha probabilidad de ocurrencia, etc. De este

27 Véase Amézquita Toro, Jorge A. “Criminología corporativa: premisa metodológica para el control de la corrupción”, en Ramírez Barbosa, Paula A. *Estrategias globales contra la corrupción y el blanqueo de activos*. Bogotá D.C. Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 395 y ss.

28 Salvador Lafuente, Albert. “Mapa de riesgos: identificación y análisis de riesgos y controles”, en Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.). *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. España: Wolters Kluwer, 2020, p. 93: “Por lo tanto, una manera eficaz de identificación de riesgos sería hacer un recorrido por todos los procesos de la organización y verificar qué actividades se pueden dar del catálogo de conductas (ANEXO A).” (...) “Una vez identificada la conducta de riesgo, vamos a asignarla a un proceso (o departamento en caso de no disponer de un mapa de procesos)”.

modo, desde una lógica probatoria, la organización tendría mayor capacidad de acreditar en el marco del proceso sancionatorio correspondiente qué actividades de control desplegó frente al proceso organizativo afectado por el delito, entre estos últimos, si tenía o no mecanismos de auditoría y de investigación internos.

4. CORRESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS EMPRESAS EN EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN BAJO LA LEY 2195/2022

La Ley 2195 de 2022 puede catalogarse como un instrumento normativo que eleva la importancia de *Compliance* en Colombia y generaliza su aplicación en los ámbitos privado y público. En el primer plano, se destaca la obligación de las distintas superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control de determinar el contenido de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial para sus respectivas vigiladas y exigir su adopción respectiva. Lo afirmado significa, entre otras cosas, una extensión de estos programas a organizaciones de distinta naturaleza jurídica y sectores en forma similar a como sucedió con los sistemas de autocontrol de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo (SARLAFT, SIPLAFT, SAGRILAFT, etc.).

En el segundo plano, por su parte, si bien lo que se produjo para las entidades públicas fue una reformulación de los decenarios Planes Anticorrupción y de Atención al Ciudadano establecidos por el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, el texto de la Ley 2195 de 2022 le otorga a dichos Planes Anticorrupción bajo la nueva nominación de Programas de Transparencia y Ética Pública no solo una orientación ética, sino además nuevos elementos estructurantes. Dado que ambos tipos de programas apuntan a un mismo objetivo (el control de la corrupción), refule el principio de corresponsabilidad entre Estado y empresa en el control de los hechos ilícitos que pueden emerger cuando se cruzan entre sí.

4.1. Programas de Transparencia y Ética Empresarial

El artículo 9 de la Ley 2195 de 2022, como se indicó, introdujo una adición al artículo 34 de Ley 1474 de 2011 contentiva de los citados Programas de Transparencia y Ética Empresarial. De manera literal, señala el reciente numeral 34.7 que “Las personas jurídicas sujetas a su inspección, vigilancia o control adoptaran programas de transparencia y ética empresarial que incluyan mecanismos y normas internas de auditoría”. Según se señaló, serán las respectivas superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control las encargadas de determinar el contenido de dichos programas, teniendo en cuenta criterios tales como el sector en el que opera la corporación, los riesgos propios del ente jurídico, el monto de sus activos, el quantum de ingresos, el número de empleados y el tipo de objeto social.

Puntualiza la norma que, en el caso de las Pymes y MiPymes, dichos organismos deberán establecer “programas de acompañamiento” tendientes a facilitar la implementación de los respectivos programas de transparencia y ética,

cuidando que esta obligación no represente costos o trámites adicionales para dichas corporaciones. La relevancia de este aspecto no es menor, dado que se confirma la generalización del *Compliance* en el sector empresarial.

En la misma dirección con el contenido del artículo 9 de la Ley 2195 de 2022, debe resaltarse que este precepto introduce asimismo una exigencia relativa a la imperatividad de estos modelos para las corporaciones que se cataloguen dentro del grupo de sujetos obligados, previniendo bajo la amenaza de sanciones el incumplimiento de las instrucciones y ordenes que impartan las autoridades de inspección, vigilancia y control con respecto a la adopción de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial.

Este aspecto, como se indicó, resulta valioso para determinar la responsabilidad legal de las corporaciones por los delitos que pudieran llegar a concretarse en torno a su actividad y los descargos que considere plantear en su estrategia de defensa, incluso la de su mismo oficial de cumplimiento o rol encargado de precaver dichas conductas²⁹, pues resultaría complejo sostener que no ha “consentido” o “tolerado” la realización de la conducta punible de sus integrantes cuando no ha previsto la implementación de un modelo de cumplimiento orientado a la precaución de tales ilícitos (teniendo en cuenta que el mismo ordenamiento le ha exigido adoptar el programa).

Respecto al alcance normativo y material de tales programas, destacamos la necesidad de adoptar un sistema de *Compliance* integral que aborde los riesgos criminales de la organización en toda su dimensión y no un esquema orientado al control de delitos en específico (como sucede, por ejemplo, en los sistemas AML/CFT). Con relación a la idea de un *Compliance* integral, cabe anotar que el Parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 2195 de 2022 prevé que, en aquellas personas jurídicas en las que se tenga implementado un sistema integral de administración de riesgos, este podrá articularse con el Programas de Transparencia y Ética Empresarial, de forma tal que incluya los riesgos que se pretenden mitigar mediante dichos programas. Lo anterior, a modo de ejemplo, es lo sucedido con el Subsistema de Administración del Riesgo de Corrupción, Opacidad y Fraude (SICOF) prescrito por la Superintendencia de Salud, donde las directrices relativas a los Programas de Transparencia y Ética Empresarial se orientaron como un complemento del señalado SICOF³⁰.

29 Sobre las responsabilidades del oficial de cumplimiento y las posibles consecuencias jurídicas a las que puede enfrentarse en el marco de sus actividades de supervisión, véase Ramírez Barbosa, Paula A. y Amézquita Toro, Jorge A. “Criterios de determinación de la responsabilidad del oficial de cumplimiento en Colombia: sus características esenciales”, en Ramírez Barbosa, Paula A. (Dir.). *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 253 y ss.

30 Así, de acuerdo con la Circular Externa 2022151000000053-5 de 2022 05-08-2022 de la Superintendencia de Salud sobre los “Lineamientos Respecto Al Programa de Transparencia Y Ética Empresarial”, se señala lo siguiente: “En razón de lo anterior, se establecen los lineamientos para la adopción por parte de los vigilados del Programa de Transparencia y Ética Empresarial- PTEE, como principal medida de control de los riesgos de soborno, corrupción, opacidad, y fraude, los cuáles hacen parte de los riesgos priorizados para ser gestionados por los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS. En concordancia con lo dispuesto se emiten las siguientes instrucciones”.

De ahí la importancia de caminar hacia modelos de prevención de delitos o sistemas de gestión de *Compliance* penal³¹.

En lo relativo al contenido de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial, debe reiterarse que el Parágrafo 2 del precitado artículo 9 estableció que las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control de la rama ejecutiva en coordinación con la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República determinarían los lineamientos mínimos que deben prever dichos programas. Lo anterior, con el fin estandarizar las acciones, las políticas, los métodos, procedimientos, mecanismos de prevención, control, evaluación y de mejoramiento continuo que deben presidir la implementación del respectivo programa. Sin embargo, a la fecha de generación de este trabajo dichos lineamientos no se han expedido. Lo descrito no impide, no obstante, realizar una previsión de los elementos que podrían exigir dichos programas atendiendo a lo desarrollado por los propios reguladores bajo el prisma de los estándares en *Compliance*³².

Con relación a otros modelos de cumplimiento vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta relevante lo ya trazado por la Superintendencia de Sociedades desde la Circular Externa 100-000003 del 26 de julio de 2016 para los Programas de Ética Empresarial ordenados por el artículo 23 de la Ley 1778 de 2016 (programas que luego fueron reformulados por la Circular Externa 100-000011 del 09 de agosto de 2021 o Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica del mismo organismo regulador).

Al respecto, si bien esta última normativa realizó un cambio radical de la estructura establecida por la Circular de 2016, a modo orientativo, podría afirmarse que los Programas de Transparencia y Ética Empresarial que se desarrollarán por parte de esas distintas superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control contendrían –o deberían contener– al menos los siguientes componentes (sin que ello signifique que es una relación exhaustiva):

Principios:

- Compromiso de alto nivel (órgano social y de administración).
- Materialidad y proporcionalidad.
- Estrategia basada en la gestión del riesgo.

Estructura organizativa:

- Unidades organizativas (delimitación de áreas, departamentos o dependencias).

31 Sobre cómo orientar estos programas a la defensa corporativa e individual por delitos, véase Amézquita Toro, Jorge A. "Modelos disruptivos de defensa penal de empresas y sus directivos", en Ramírez Barbosa, Paula A. (Dir.), *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch, 2022.

32 Véase, al respecto, la norma ISO 37301:2021 sobre "Sistemas de Gestión del Compliance".

- Procesos (caracterización).
- Puestos de trabajo (delimitación).
- Funciones y responsabilidades (descripción de perfiles y cargos).
- Mapa de delegación (distribución horizontal y vertical de funciones).
- Estructura orgánica de gestión de riesgos (1ª, 2ª, 3ª, "líneas de defensa").

Fases o etapas de gestión del riesgo:

- Identificación.
- Medición.
- Valoración.
- Control.
- Monitoreo.
- Revisión
- Mejora.

Elementos:

- Código de Ética.
- Política de Cumplimiento.
- Matriz de Riesgos (Identificación, medición, valoración, control, monitoreo, etc.).
- Segmentación de factores de riesgo (contrapartes, productos, etc.).
- Manual de Cumplimiento del PTEE.
- Asignación de responsabilidades.
- Procedimientos (operativos, de control, etc.).
- Gestión de terceros y debida diligencia.
- Línea ética / canal de denuncias.
- Protocolo de investigaciones internas.
- Plan de Formación.
- Programa de Divulgación.
- Régimen disciplinario.
- Etc.

Acorde con el segundo segmento, la norma adopta implícitamente un prototipo de programa de cumplimiento que requiere de actividades de supervisión y monitoreo, análogo al conocido modelo de “Las Tres Líneas de Defensa”³³, pues de conformidad con el Parágrafo 3 del mismo artículo 9 de la Ley 2195 de 2022, “Los encargados de las auditorías o control interno de las personas jurídicas obligadas deberán incluir en su plan anual de auditoría la verificación del cumplimiento y eficacia de los programas de transparencia y ética empresarial”. En esta misma lógica de líneas de defensa (control orgánico), prevé el Parágrafo 4 que “El revisor fiscal, cuando se tuviere, debe valorar los programas de transparencia y ética empresarial y emitir opinión sobre los mismos”. En ambos planos (auditoría y revisoría fiscal), valga anotar, ya existen obligaciones vigentes en otros marcos jurídicos para ambas funciones de pronunciarse sobre el desempeño o funcionamiento de estos sistemas.

Los Programas de Transparencia y Ética Empresarial se anuncian, por ello, como un revulsivo para el *Compliance* en Colombia. Las razones son varias. Entre otras, se espera que con el paso del tiempo dichos programas surtan una transformación de la visión estratégica de las organizaciones que los adopten y se conciban como una ventaja para el logro de sus objetivos y sostenibilidad. Lo enunciado, en virtud de que la implementación material de programas de cumplimiento y las buenas prácticas asociados a estos posibilita, entre otros logros, optimizar la gestión de riesgos, alcanzar mayor productividad en los distintos niveles de la organización, mejorar la imagen y reputación de la corporación ante quienes confluyen a su alrededor o fidelizar los actores de su cadena de valor.

En punto al primer aspecto, además de las ventajas anotadas que puede experimentar la organización con relación a su participación en el mercado, la debida gestión de riesgos legales asociados a potenciales delitos contra la Administración pública constituye una razón de peso para la adopción de dichos programas. Según el tipo de corporación, por ejemplo, las contratistas del Estado se podrían ver avocadas en el marco de sus dinámicas operativas a la ocurrencia de eventos criminales, derivándose de éstos consecuencias negativas para la organización. Entre los efectos negativos de mayor incidencia, en este caso, asociados a la vulneración del bien jurídico de la Administración pública, entre otros, destacan riesgos de orden legal, operativo y reputacional.

Con relación a los primeros, por ejemplo, la Superintendencia de Sociedades recoge en el apartado de definiciones de su Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 la noción de “Riesgo Legal”³⁴. Así, de acuerdo con

33 Instituto de Auditores Internos (IIA), “Declaración de Posición: Las Tres Líneas de Defensa para una efectiva gestión de riesgos y control”, 2013, pág. 2: “En el modelo de las Tres Líneas de Defensa, el control de la gerencia es la primera línea de defensa en la gestión de riesgos; las varias funciones de supervisión de riesgos, controles y cumplimiento establecidas por la administración son la segunda línea de defensa; y el aseguramiento independiente es la tercera. Cada una de estas ‘líneas’ juega un papel distinto dentro del marco amplio de gobernabilidad de la organización”.

34 Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 de la Superintendencia de Sociedades.

la norma, dicha tipología descansa sobre “(...) la posibilidad de pérdida en que incurre una Empresa al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales”. Agrega la norma que dicha tipología de riesgo “Surge también como consecuencia de fallas en los contratos y transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones”. Los riesgos de naturaleza legal, como se anotó, pueden reflejarse al nivel de procesos penales, administrativos sancionatorios, de extinción de dominio o de carácter civil³⁵, por ejemplo, cuando la infracción está relacionada con procesos contractuales con la Administración pública, pudiéndose activar en paralelo frente a la empresa las vías de procesamiento ya referenciadas. En tal sentido, el principio de corresponsabilidad implica que las personas jurídicas adopten un Programa de Transparencia y Ética Empresarial que, más allá de limitar sus propios riesgos, coadyuve en el control común contra la corrupción.

A nivel operativo, por su parte, nótese que las pérdidas de orden financiero que podría experimentar una corporación podrían estar originadas en delitos facilitados por fallas o insuficiencias relacionadas con su procesos o integrantes. La misma norma define el “Riesgo Operativo” como “(...) la posibilidad de incurrir en pérdidas por deficiencias, fallas o inadecuaciones, en el recurso humano, los procesos, la tecnología, la infraestructura o por la ocurrencia de acontecimientos externos”³⁶. Se señala en este mismo apartado que “Esta definición incluye el Riesgo Legal y el Riesgo Reputacional, asociados a tales factores”. Por manera que, si los eventos criminales susceptibles de ocurrir dentro de la organización podrían encontrar su causa en la desviación ilícita del recurso humano (colaboradores) o en la instrumentalización criminal de los procesos organizativos por parte de terceros, los referidos “controles de riesgo” vinculados a los Programas de Transparencia y Ética Empresarial resultan determinantes para precaverlo.

Desde este punto de vista, los hechos delictivos que podrían emerger en el marco de la relación entre empresas y Administración pública se conectan a las causas del riesgo operativo, llevando incluso a la desaparición de la primera cuando su estrategia se apuntala sobre la contratación administrativa, por lo que la implementación de tales Programas permite también administrar riesgos de esta naturaleza y la propia continuidad de la empresa, en este caso, al impactar directamente la gestión de eventos criminales que pueden causar tal efecto.

Finalmente, el “Riesgo Reputacional” lo define la norma como “(...) la posibilidad de pérdida en que incurre una Empresa por desprestigio, mala imagen, publicidad negativa, cierta o no, respecto de la organización y sus prácticas de negocios, que cause pérdida de clientes, disminución de ingresos o procesos

35 Ramírez Barbosa, Paula A y Amézquita Toro, Jorge A. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia... Op. cit, pp. 40 y ss.

36 Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 de la Superintendencia de Sociedades.

judiciales”³⁷. En este caso, los delitos contra la Administración pública tienen claramente la potencialidad de afectar la imagen de las organizaciones que terminan involucradas en escándalos de corrupción, provocando la conducta de uno o varios de sus integrantes la pérdida de confianza frente a sus distintas contrapartes y su posición privilegiada en mercado, lo que se traduce en disminuciones económicas e, incluso, en detonante de su extinción. Por ello, la implementación real de estos programas por parte de las corporaciones constituye un mecanismo para construir una imagen positiva frente a sus distintas partes de interés, mantener la buena reputación en el tiempo y generar confianza en su marco de relación con las entidades del Estado, pues la gestión de riesgos ínsita a tales instrumentos permite precaver las actividades ilícitas que pueden destruirla. Todo lo anterior, por cuanto contar con un programa de cumplimiento debidamente formulado e implementado es indicador de que la estructura interna de la organización presenta las exigencias de cuidado anotadas en precedencia. Incluso, la buena reputación de ciertas organizaciones podría fomentar un efecto preventivo general positivo que motive a las demás a respetar la vigencia del ordenamiento.

Con la implementación de este tipo de programas, en definitiva, las corporaciones se ven compelidas a organizarse de mejor forma para la debida formulación e implementación de los componentes del modelo respectivo, al demandar adecuaciones como, entre muchas otras, la clarificación de la estructura orgánica (delimitación de áreas, regulación de toma de decisiones, definición de líneas de reporte, etc.), la descripción de perfiles y cargos para la debida asignación de responsabilidades y funciones (ejecución de procedimientos, aplicación de controles, etc.), la regulación de puestos de trabajo (tareas, entregables, etc.), la caracterización de procesos (entradas, actividades, salidas, etc.), el desarrollo de procedimientos documentados (vinculación de personas, compras, comercial, legal, etc.) y la formulación de controles (función, frecuencia, responsable, etc.).

Al final, este marco organizativo redunda no solo en una mayor productividad de la corporación en la medida en que sus integrantes estarán más regulados (autorregulación), podrán monitorearse, medir su desempeño y aplicar acciones de mejora. Pero más allá de incidir positivamente en el ajuste de las actividades diarias de la organización y un mejor desempeño colectivo, será determinante en el control de potenciales actos ilícitos o de desviación jurídico-penal que suelen aparecer, justamente, cuando sucede lo contrario: “un estado desorganizado de cosas” con efectos criminógenos³⁸.

37 Ibid.

38 Con respecto a la relación entre análisis criminológico de factores delictivos y formulación de controles, indica Nieto Martín, Adán. “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, en Nieto Martín, Adán (Dir.). *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 85: “Mediante el análisis de riesgos la empresa determina, dentro de su capacidad de autorregulación, el nivel de riesgos y para ello evalúa tanto los factores criminógenos (situación del mercado, historial de la empresa...) como los controles existentes”.

En línea con la anterior referencia, el principio de corresponsabilidad en el control de la corrupción también implica que las organizaciones comprometidas con el cumplimiento normativo también extiendan y exijan este tipo de programas hacia quienes integran su cadena de abastecimiento. Lo anterior, en virtud de que la dirección de la organización y los responsables de sus distintas áreas van entendiendo que relacionarse debidamente es presupuesto de la gestión de sus riesgos, de la optimización de sus procesos y de la mejora de imagen ante sus partes interesadas (socios de negocio, reguladores, inversionistas, etc.).

Esto provoca que la corporación que adopta el modelo sea cada vez más exigente frente a quienes forman parte de su cadena de valor o aspiran pertenecer a la misma, lo que va generando un efecto positivo sobre las organizaciones en general, presionándoles a su vez a la adopción de este tipo de medidas para responder efectivamente frente al mercado y no rezagarse en el cumplimiento de sus objetivos estratégicos. En este sentido, los Programas de Transparencia y Ética Empresarial se convierten en una herramienta necesaria para la gestión de riesgos y su sostenibilidad, por cuanto los distintos actores del mercado vienen entendiendo que contar con un gobierno corporativo sólido, desarrollar buenas prácticas e implementar un fuerte sistema de cumplimiento es condición para el relacionamiento jurídico, económico y comercial.

4.2. Programas de Transparencia y Ética Pública

El desarrollo del principio de corresponsabilidad por parte de la Administración pública orientado al control de las prácticas delictivas que le afectan supone su propia sujeción a los instrumentos establecidos por el ordenamiento jurídico encaminados a tal propósito. Como se ha referenciado a lo largo de este trabajo, los Programas de Transparencia y Ética Pública establecidos por la Ley 2195 de 2022 constituyen la última apuesta del Estado colombiano para intentar reducir los índices de corrupción en este ámbito. Antes de entrar a señalar algunos de esos elementos previstos por la norma para este mecanismo, debe reiterarse que la debida implementación de los mismos pasa por tomarse en serio la orientación cultural que concibe el artículo 31 de esta Ley bajo el objetivo de “promover la cultura de la legalidad” al interior de la respectiva entidad, lo que implica, de acuerdo con el mismo tenor literal del precepto, prever una metodología que permita “identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad”.

En este último punto debe insistirse en la remisión reglamentaria que efectúa el modificado artículo 73 del Estatuto Anticorrupción al Decreto 124 de 2016, pues son los dos instrumentos técnicos de gestión de riesgos que integra esta norma los que permiten una aplicación técnica de los objetivos de prevención, detección y reacción institucional frente a sus riesgos inherentes de corrupción.

Tal es el alcance que pretende la Ley 2195 de 2022 con relación a los delitos contra la Administración pública, que en el citado artículo 31 se trazaron

asimismo directrices expresas por parte del Legislativo tendientes a potenciar no solo el autocontrol y gestión de riesgos de corrupción en las entidades públicas, sino también de lavado de activos y financiación del terrorismo. Frente a estas últimas tipologías de riesgo, debe reseñarse que el artículo 31 de la norma establece que cada entidad del orden nacional, departamental y municipal tendría la obligación de adoptar un Programa de Transparencia y Ética Pública.

Estos programas deberán contemplar, además de mecanismos para el control del riesgo de corrupción, medidas de debida diligencia, mecanismos orientados a la prevención, gestión y administración de riesgos de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas, reportes de operaciones sospechosas a la UIAF y consultas en las listas restrictivas. Esto implica que dichas entidades están compelidas a adoptar una especie de “subsistema” de autocontrol de riesgos AML/CFT (asimilable con un “SARLAFT público”). Adviértase que estas medidas de debida diligencia no deben reducirse a estos sistemas LAFT, sino que son transversales a la gestión de los riesgos de corrupción en general que afecten la entidad. Al respecto, no sobra recordar que esta disposición legal es obligatoria y no meramente facultativa.

Frente al contenido específico de los Programas de Transparencia y Ética Pública, de acuerdo con el Parágrafo 3º, la norma atribuyó a la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República la misión de señalar las características, estándares, elementos, requisitos, procedimientos y controles mínimos que debe cumplir el correspondiente programa. A falta de tal pronunciamiento, debe realizarse un razonamiento sobre algunos aspectos que habrían de tenerse en cuenta al momento de desarrollar y aplicar las directrices correspondientes.

Al respecto, podemos destacar que los mencionados Planes Anticorrupción y de Atención al Ciudadano regulados por el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 hasta la modificación introducida por la Ley 2195 de 2022, ya contemplaban un desarrollo reglamentario en el Decreto 124 de 2016, cuyo articulado no solo prevé la obligación que tiene la máxima autoridad de la entidad pública de realizar una “verificación del cumplimiento” de la legalidad y la de su órgano de control interno de aplicar “mecanismos de seguimiento al cumplimiento y monitoreo” (artículos 2.1.4.5 y 2.1.4.6.), sino que además se remite expresamente al documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano” y a la “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción” para la implementación efectiva de dichos planes. En lógica jurídica, dicho Decreto no habría perdido vigencia por la modificación del citado artículo 73 de la Ley 1474 de 2011. Todo lo anterior es indicativo de los principios, políticas y mecanismos de control que habrían de incorporar los Programas de Transparencia y Ética en el sector público.

Con relación al “SARLAFT público”, reitérese que el mismo precepto contempla la obligación de incorporar a los Programas de Transparencia y Ética Pública mecanismos de prevención, gestión y administración de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo. Esto implica considerar el SARLAFT como

un apéndice o subsistema del primero. Sobre este punto, cabe considerar que el citado Parágrafo 3 del artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 establece que “El Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG) o modelos sucesores deberá armonizarse con el Programa de Transparencia y Ética Pública”. Esto significa que el SARLAFT también se vincularía como subsistema dentro del mencionado MIPG. En el marco de esta integración del Programa de Transparencia y Ética Pública al MIPG, entre otros aspectos de interés relacionados con la gestión de riesgos LAFT, resulta importante destacar que dichos programas se orientarían ahora no solo al control de los hechos ilícitos que comúnmente producen rentas ilícitas en el ámbito de la Administración pública para políticos, funcionarios y empresarios corruptos (tráfico de influencias, cohecho, celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, etc.), sino también a intervenir sobre el producto -económico- de los delitos fuente con el objeto de limitar su integración a la economía legal (lavado de activos). En este último plano, el programa comprendería dentro de su alcance a las propias contrapartes de la entidad, concretamente, al exigir la aplicación de medidas de debida diligencia, por ejemplo, a las empresas que fungen o se postulen como sus contratistas.

Sin embargo, en el ámbito público, *Compliance* no debe reducirse al contenido de estos preceptos. Más allá de esta base normativa de partida, coexisten en el ordenamiento una serie de directrices normativas, programas, modelos o sistemas aplicados directa o indirectamente al control de desviaciones en la función pública, permitiendo reconducir sus objetivos, alcance y elementos a bajo un “*Public Compliance and Integrated System*”. Así, dicho “Sistema de Cumplimiento Público Integrado” podría articularse a preceptos como los que se relacionan a continuación³⁹:

1. Código de ética	Fundado en la Ley 2016 de 2020, “Por la cual se adopta el Código de Integridad del Servicio Público Colombiano y se dictan otras disposiciones”. Esta Ley es fundamental para anclar la norma de alto nivel de todo sistema de <i>Compliance</i> .
2. Metodología de riesgos	Basada en lo prescrito por el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 tras la modificación introducida por el Artículo 31 de la Ley 2195 de 2022, al prever de forma expresa la obligación de “(...) identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad”. Además, habrá de tenerse en cuenta la remisión reglamentaria de este artículo al Decreto 124 de 2016.

39 Cada uno de estos componentes se desarrollaron en otro Capítulo de este mismo trabajo.

3. Políticas	Ancladas a las “Políticas de Desarrollo Administrativo” originadas en la Ley 489 de 1998 y reformuladas en su marco reglamentario por el Decreto 1081 de 2015, dentro de ellas las que pueden impactar la gestión de riesgos de corrupción.
4. Política Anticorrupción	Fundamentada en el artículo 209 de la Constitución Política, que consagra principios determinantes del <i>Compliance</i> público como el de “moralidad” y la obligatoriedad del control interno, complementado con la Ley 489 de 1999.
5. Manual del PTEP	Con fundamento en el artículo 31 de la Ley 2195 de 2022.
6. Procesos y procedimientos	Fundamentados en los Sistemas de Gestión de la Calidad previstos por la Ley 872 de 2003 y su normativa de desarrollo, requeridos para su ajuste a la legalidad.
7. Debida diligencia interna	Fundamentada en lo prescrito por la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública.
8. Formación y divulgación	Soportados en el artículo 2.2.22.3.3 del Decreto 1081 de 2015 referido a los “Objetivos del Modelo Integrado de Planeación y Gestión MIPG”, particularmente, en la exigencia de formación que prevé su Artículo 2.2.22.3.13 con relación a los “Programas de capacitación para la implementación y desarrollo del MIPG”.
9. Línea ética	Con fundamento expreso en el artículo 76 de la Ley 1474 de 2011.
10. Investigaciones internas	Con indicación expresa en el artículo 76 de la Ley 1474 de 2011.
11. Roles y responsabilidades	Asignación fundamentada en el marco normativo prescrito por la Ley 909 de 2004, la cual prevé dentro de la misión de las “Unidades de personal de las entidades” (artículo 15), entre otras, la obligación que tienen de “Elaborar los proyectos de plantas de personal, así como los manuales de funciones y requisitos...” (1. c).

12. Régimen sancionatorio	Soportado en general en lo prescrito por el numeral 32 del artículo 38 de la Ley 1952 de 2019, "Por medio de la cual se expide el código general disciplinario".
13. Gestión de terceros	Con fundamento expreso en el artículo 73 de la Ley 2195 de 2022, el cual prevé dentro de las medidas a aplicar por parte de las entidades públicas bajo el marco de los Programas de Transparencia y Ética Pública "Medidas de debida diligencia".
14. Controles de proceso	Decreto 124 de 2016 en su desarrollo del artículo 73 de la Ley 1474 de 2011.
15. Auditoría interna	Sustentado en el artículo 269 de la Constitución Política, que prevé la obligatoriedad de dicho control interno; el Artículo 12 de la Ley 87 de 1993 relativo a las "funciones de los auditores internos" y el Decreto 1499 de 2017, en lo relativo "Modelo Integrado de Planeación y Gestión" (MIPG) y el Decreto 1599 de 2005 y el Decreto 943 de 2014, sobre el "Modelo Estándar de Control Interno" (MECI).

Tabla 1: Elementos vigentes en el ordenamiento colombiano aplicables a un "Public Compliance".

Esto no significa, ni mucho menos, que lo precedente sea la única base normativa del "Public Compliance" postulado. A propósito de la integración que propone la Ley 2195 de 2022 del Programa de Transparencia y Ética Pública al MIPG, dicha visión integrada resulta pertinente dado que las siete "dimensiones" que definen el último modelo convergen plenamente con los elementos estructurantes de un sistema de gestión de *Compliance* integrado: (i) Talento Humano; (ii) Direccionamiento Estratégico; (iii) Gestión con valores para resultados; (iv) Evaluación de Resultados; (v) Información y comunicación; (vi) Gestión del conocimiento; (vii) Control Interno.

Esta séptima "Dimensión", particularmente, integra una metodología de gestión de riesgos bajo la estructura COSO, la cual se incorpora de manera expresa a este esquema bajo el mencionado Modelo Estándar de Control Interno (MECI), proporcionando una estructura idónea a la construcción, gestión y fortalecimiento del Sistema de Control Interno de la entidad respectiva: (i) Ambiente de Control; (ii) Evaluación del Riesgo; (iii) Actividades de Control; (iv) Información y Comunicación; (v) Actividades de Monitoreo. Sin lugar a duda, debidamente acoplados estos elementos a la estructura de las entidades

públicas, la gestión de riesgos de corrupción tendrá mayores posibilidades en su desempeño⁴⁰.

Con la aplicación de estos parámetros de autogestión, de acuerdo con la metodología COSO que adopta el Modelo Estándar de Control Interno (MECI) en Colombia, se busca que las entidades públicas establezcan acciones, políticas, métodos, procedimientos, mecanismos de prevención, verificación y evaluación en procura de su mejoramiento continuo (autorregulación), en la que cada servidor de la entidad respectiva se convierta en un elemento integral (autocontrol).

En consecuencia, dichos elementos posibilitarían desarrollar en el ámbito de la Administración pública los Programas de Transparencia y Ética Pública bajo los principios, políticas y mecanismos del *Public Compliance*, en la medida en que impacta transversalmente la estrategia de la entidad, su estructura organizativa (procesos, procedimientos, etc.), las personas que la conforman y su sistema de controles. Por lo tanto, deben adoptarse las decisiones que corresponden a nivel directivo para que dichos programas puedan alcanzar su cometido. Lo anterior, sin perder de vista las ventajas que los mismos programas podrían alcanzar en la defensa penal que eventualmente tengan que desplegar dichos directivos por las conductas ilícitas que les pueden ser atribuidas dada su posición de garantía, por ejemplo, cuando surgen desviaciones ilícitas de sus delegados en el marco de los procesos de contratación⁴¹.

La importancia de *Compliance* en este ámbito encuentra una relación directa con los pilares de la Administración pública orientados hacia la transparencia institucional y legalidad⁴². Es un presupuesto obligatorio el cumplimiento de la ley y la gestión ética basada en la integridad de las actividades de los servidores públicos y de los particulares, terceros y personas jurídicas vinculadas con ella. *Compliance* se vincula, de este modo, con una cultura de integridad en el sector público y en el desarrollo del objeto social de las personas jurídicas, permitiendo incluso la sanción de las corporaciones que defraudan dicho principio de integridad en su relacionamiento con el Estado.

Por supuesto, si se atiende a la naturaleza jurídica y régimen aplicable a las entidades públicas, éstas no podrían exonerarse de responsabilidades con amparo en el *Compliance*. En España, por ejemplo, el artículo 31 *quinquies* del Código Penal señala: "1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal

40 Sobre este marco, véase la "Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas: Riesgos de gestión, corrupción y seguridad digital", Versión 4, del Departamento Administrativo de la Función Pública, la cual indica múltiples referencias sobre los modelos COSO 2013 y COSO ERM 2017.

41 Amézquita Toro, Jorge A. "Modelos disruptivos de defensa penal de empresas y sus directivos", en Ramírez Barbosa, Paula A. (Dir.), *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 129 y ss.

42 Sobre la sinergia entre el desarrollo de la "integridad" en el sector público y Compliance, véase Campos Acuña, Ma Concepción. *Aplicación práctica del Compliance en la contratación pública*. Madrid: Aranzadi, 2019, p. 26.

de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas". Esto no excluye, como se sustentó, la aplicación de los principios del *Compliance* para la generación de buenas prácticas en el sector público.

Lo anterior supone, ciertamente, la exclusión expresa de la responsabilidad penal de entes del Estado. Los principios rectores del Estado se enmarcan en la legalidad, ética y transparencia en la gestión de los recursos públicos, por mencionar algunos. Esto implica que lo contrario al buen funcionamiento de las actividades estatales es la corrupción, resultando perjudicados el propio Estado y la ciudadanía. Por tanto, desde el punto de vista de atribución de responsabilidad jurídica por delitos a las organizaciones (públicas), el *Public Compliance* no tendría efecto benéfico alguno para la entidad por cuanto los actos de soborno o corrupción beneficiarían a alguien distinto del Estado (la propia autoridad, el funcionario, un partido político, etc.), que es lo más frecuente en la práctica.

Lo anterior no supone la inaplicación de *Compliance* como mecanismo de descargo individual en el ámbito de los delitos relacionados con la Administración pública. Sirva de ejemplo, su posible valoración en supuestos de delegación efectiva de funciones por parte de funcionarios en posición de garantía sobre sus delegados infractores. En estos casos, cuando los actos corruptos se produzcan en niveles inferiores de decisión y se puedan constatar las acciones de selección debida y vigilancia apropiada desplegada en el marco de ejecución de tales programas sobre los infractores (delegados), se limitará la posibilidad de que la asignación de responsabilidades penales escale hacia posiciones superiores cuando el programa de *Compliance* incorpora directrices en este sentido.

Guardando las distancias entre los objetivos que se persiguen las entidades públicas con relación a las empresas, las repercusiones en el sector público pueden coincidir en alguna medida con las anteriores, aunque con sus propias particularidades. Ocupándonos de las primeras, uno de los aspectos de mayor atención es la real asunción de los principios que gobiernan la función pública en beneficio de los ciudadanos (moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, etc.)⁴³ y la precaución de riesgos criminales. Por ello, el objetivo principal del cumplimiento en el ámbito público es el buen funcionamiento del Estado, con pleno acatamiento de la Constitución y las leyes. Las empresas privadas, por su parte, también deben observar la legalidad, y aunque no tienen una relación de sujeción especial con los pilares de la Administración pública y gozan de libertad empresarial y organizacional, sin embargo, deben coadyuvar en el aseguramiento de los principios de la función administrativa en virtud del principio de corresponsabilidad que les cobija (por ejemplo, en

43 Ramírez Barbosa, Paula A y Amézquita Toro, Jorge A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia... Op. cit., pp. 40 y ss.

la relación bidireccional que estable con el Estado en materia contractual). Por lo anterior, el control de las desviaciones delictivas que se presentan en el marco de la Administración pública con interferencia de las empresas también demanda un posicionamiento ético de la primera frente a las segundas.

Compliance como un instrumento de observancia normativa y prevención de los riesgos en el ámbito corporativo, en definitiva, puede resultar útil en la esfera de lo público con el refuerzo de la cultura preventiva y el fortalecimiento ético en todos los niveles organizacionales. Ese cambio, que es gradual, se espera a partir de la adopción de las distintas medidas que prevé la normativa para las entidades del sector público diseminadas por todo el articulado de la Ley 2195 de 2022. Reséñese que el vigente artículo 73 del Estatuto Anticorrupción consagra la implementación de Programas de Transparencia y Ética Pública que no solo permitan identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de la misionalidad por parte de las entidades públicas obligadas a su adopción, sino también “con el fin de promover la cultura de la legalidad”. “Cultura”, en definitiva, es quizá uno de los mejores términos que define “*Compliance*”.

Como consecuencia de lo enunciado y, visto positivamente, se espera que organismos como la Secretaría Transparencia de la Presidencia de la República cumpla no solo el mandato establecido por la Ley 2195 de 2022 en su artículo 31 de trazar las directrices iniciales de un modelo de “*Compliance*”, sino también de acompañar su adopción real a lo largo del tiempo con el objeto de reducir los altos índices de corrupción que atacan los principios de la función administrativa.

5. COLOFÓN

La responsabilidad derivada de incumplimientos normativos al interior de las corporaciones, en nuestro caso de aquellas que se relacionan maliciosamente con la Administración pública, ha inquietado y continúa preocupando a la comunidad internacional y a los Estados en particular, entre otras cosas, por los efectos sociales y económicos que generan las conductas delictivas que se cometen en su interior o mediante la instrumentalización de su objeto social. La delincuencia empresarial vinculada a los diversos procesos de la Administración pública, como la contratación administrativa, puede generar repercusiones negativas en las instituciones, desarrollo democrático, ordenamientos jurídicos, con un destacado impacto negativo sobre la integridad y el orden económico y social donde operan.

Las iniciativas comparadas apuntan a un incremento de las medidas orientadas a la prevención, persecución y represión del incumplimiento normativo en las empresas y en la adopción de medidas e instrumentos comunes al interior de los Estados, dentro de los cuales se resalta la relevancia de *Compliance*, representados en esta normativa por los mencionados Programas de Transparencia y Ética para las corporaciones en general y para las entidades del sector público.

Como lo hemos reiterado a lo largo de este trabajo, en Colombia se presentan varios modelos normativos de responsabilidad derivada de actividades delictivas para personas jurídicas de distinta naturaleza y alcance, estableciéndose en consecuencia los diversos escenarios en los que las corporaciones deberán responder por los delitos cometidos por sus integrantes en desarrollo del objeto social. La Administración pública tiene el deber de conocerlos y prepararse técnica y jurídicamente para su activación cuando resulten afectados sus intereses por la acción criminal de esas corporaciones.

Particularmente, la Ley 2195 de 2022 fija un modelo de responsabilidad corporativa en el cual *Compliance* adquiere especial relevancia, entre otros aspectos, en la implementación de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial que desarrolla la norma. Pero también la Administración pública debe hacer lo propio como sujeto corresponsable del control de la corrupción a través de sus respectivos Programas de Transparencia y Ética Pública. En consecuencia, se espera que estos Programas sean herramientas para prevenir y mitigar de manera efectiva los riesgos criminales dentro de las corporaciones y advertir cualquier otro tipo de peligro con relevancia normativa que pongan en peligro los intereses de la entidad y los colectivos.

Referencias bibliográficas

- Alcaldía Mayor de Bogotá, (2018). Metodología. Identificación de riesgos de corrupción en la gestión contractual pública, Serie Metodologías para el control preventivo.
- Amézquita Toro, J. (2022). Criminología corporativa: premisa metodológica para el control de la corrupción. Ramírez Barbosa, P. *Estrategias globales contra la corrupción y el blanqueo de activos*. Bogotá D.C. Tirant Lo Blanch.
- Amézquita Toro, J. Modelos disruptivos de defensa penal de empresas y sus directivos. Ramírez Barbosa, P. (Dir.), *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch.
- Ramírez Barbosa, P. y Amézquita Toro, J. (2022). Criterios de determinación de la responsabilidad del oficial de cumplimiento en Colombia: sus características esenciales. Ramírez Barbosa, P. (Dir.). *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch.
- Bernate O., Francisco. (2018). El *Compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*. Cartagena (Col.) Vol. X(20). 31-49.
- Campos Acuña, M. (2019). *Aplicación práctica del Compliance en la contratación pública*. Madrid: Aranzadi.
- Caro Coria, D. (2020). Imputación objetiva y *Compliance* penal. Demetrio Crespo, E. (Dir.). *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia.

- Casanovas Ysla, A. (2017). *Compliance* penal normalizado: El estándar UNE 19601", 1ª. Ed. Navarra: Aranzadi.
- Malem Seña, J. (2002). *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa.
- Muriel Patino, M. (2008). El fenómeno de la corrupción: consideraciones desde la macroeconomía. Rodríguez García, N. y Fabián Caparrós, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica* (Coords.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás.
- Nieto Martín, A. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas, Nieto Martín, A. (Dir.). *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramírez Barbosa, P. (2008). Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en este ámbito. *Crimen Organizado: Tipicidade, Política Criminal, Investigação e processo*. Porto Alegre: Livraria Do Advogado.
- Ramírez Barbosa, P. y Ferré Olivé, J. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y buena gobernanza empresarial*. Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch.
- Ramírez Barbosa, P. y Amézquita Toro, J. (2022). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia: aspectos esenciales y perspectivas en Colombia. Ramírez Barbosa, P. (Dir.) *Responsabilidad penal empresarial y cumplimiento corporativo*. Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch.
- Rivera Ardila, R. (2015). *La extinción de dominio: un análisis al Código de Extinción de Dominio*. Bogotá D.C.: Ed. Leyer.
- Salvador Lafuente, A. Mapa de riesgos: identificación y análisis de riesgos y controles. Castellano Pere, S. y Abadías Selma, A. (Coords.). *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. España: Wolters Kluwer.
- Saray Botero, N. (s. f.). *Incidente de Reparación integran de perjuicios en el proceso penal*. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Leyer.