

LA RESPONSABILIDAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO POR DELITOS DE
OMISIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Compliance officer liability for omission offences under
Colombian law

YENIFER YISETH SUÁREZ DÍAZ*
Universidad Cooperativa de Colombia

Resumen

Ante la ampliación de interacciones entre personas jurídicas y su vulnerabilidad para ser empleadas en conductas delictivas, en el contexto internacional y como obligación de los Estados se impuso la creación de sistemas de autogestión del riesgo y a cargo de su diseño e implementación el denominado oficial de cumplimiento. Sin embargo, en ejercicio u omisión de las funciones asignadas a este individuo puede derivar una responsabilidad para la persona jurídica, lo que podría significar la atribución de alguna conducta delictiva a su cargo, por ello se pretende resolver si puede existir imputación jurídica con ocasión de la falta de control. De manera que a través del estudio de la figura del *compliance officer* en Colombia, así como el análisis dogmático de los delitos de comisión por omisión se determinan los escenarios de posible responsabilidad penal.

Palabras clave

Oficial de cumplimiento; omisión; responsabilidad penal.

Abstract

With the expansion of interactions between legal persons and their vulnerability to being used in criminal conduct, both in the international context and as an obligation of the states, the creation of risk self-management systems was imposed, and the so-called compliance officer was in charge of their design and implementation. However, in the exercise or omission of the functions assigned to this individual, liability may arise for the legal person, which could mean the attribution of some criminal conduct to his charge. For this reason, it is intended to resolve whether there may be legal imputation on the occasion of the lack of control. Thus, through the study of the figure of the compliance officer in Colombia as well as the dogmatic analysis of the crimes of commission by omission, the scenarios of possible liability will be determined.

Key words

Compliance officer; omission; criminal liability.

1. Introducción

Ante la relevancia de los grupos empresariales en el desarrollo económico de los Estados, el incremento de la sensibilidad social en cuanto a su comportamiento y la complejidad que implican las operaciones entre organizaciones tanto privadas como públicas, se han establecido estándares y protocolos de buen gobierno¹. Con estos mecanismos se procura evitar la

* Abogada Universidad Nacional, Magister en derecho- Sociología y Política Criminal, PhD en Derecho. Becaria Instituto CAPAZ Universidad Gissen Alemania Summer School. Realizó su pasantía doctoral en el Instituto Criminología William Pompe Utrecht Holanda. Se ha desempeñado como funcionaria judicial y docente universitaria. Actualmente docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: yennifer.suarezd@campusucc.edu.co, yennifer0709@gmail.com; ORCID: 0000-0002-4365-9388.

¹ PAZMIÑO Y POZO (2019), p. 108.

vinculación de las corporaciones en actuaciones delictivas, prevenir la afectación de la imagen corporativa y a su vez obtener ventajas en términos de negocios. Sin embargo, ello trae una asociación de las obligaciones adquiridas en el derecho privado y el *ius puniendi* exclusivo del Estado.

Ciertamente, los Estados reaccionan con leyes con las que pretenden vender la ilusión de su eficacia preventiva. No obstante, en la realidad, son múltiples regulaciones impositivas, obligaciones de presentar detallada documentación, declaraciones juradas, informes contables, creación de organismos administrativos, auditorías y controles internos y externos, que configuran una complejísima maraña de requisitos de funcionamiento, cuyo incumplimiento a veces se acompaña con penas o multas considerables (impuestas administrativamente). Estos tipos, rebosantes de elementos normativo².

De allí que en términos de Silva Sánchez, se aluda a una expansión razonable del derecho penal³. Esto significa la utilización del derecho penal para la sanción de comportamientos que superan los conflictos individuales y en los cuales el ejercicio del poder económico ejerce una influencia significativa en el modelo estatal, de manera que no solamente se considere la condena de personas naturales sino de las personas jurídicas⁴. Con ello, se incluye la función preventiva de acciones criminales a través de la autorregulación de las corporaciones, a quienes se impone la obligación de diseñar modelos de identificación, prevención y gestión del riesgo, así como la designación de funcionarios a cargo de su supervisión.

Lo anterior, aunque se inscribe con la pretensión de prevenir acciones delictivas también corresponde a las obligaciones estatales adquiridas en el marco de las relaciones económicas y políticas en el contexto internacional⁵. Ciertamente, dentro de los deberes planteados a los Estados, se encuentra la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema ya planteado en el Congreso de 1929 de Bucarest, el Congreso de 1999 de Budapest y en Roma 2019. Por ello, algunos ordenamientos la han incluido, superando las discusiones dogmáticas al respecto, sin embargo, en Colombia esta se restringe a la sanción administrativa y se plantean nuevos retos jurídicos frente a las intrincadas actuaciones que derivan de las operaciones -en principio- netamente comerciales.

Dicho de otro modo, precisar la responsabilidad de las empresas no solo es un proceso complejo por la discusión dogmática, sino por su propia estructuración. Es decir, se trata de organizaciones con poder económico y en las que, las jerarquías no responden a la tradicional estructura piramidal, sino que actúan en redes multidireccionales y descentralizadas. A esto se suma su funcionamiento, que no es exclusivamente dirigido a sus accionistas y por el contrario se orienta todas las partes involucradas en su funcionamiento (*stakeholders*): empleados, clientes, proveedores, comunidades locales y la sociedad en general⁶.

De tal suerte que, en virtud de la necesidad de combinar las acciones estatales junto con las corporativas y evitar la sanción penal (o administrativa) se impuso el deber de adoptar los denominados *programas de cumplimiento*. Mediante la creación de estos modelos se espera que, como indica su denominación, las empresas den cumplimiento a la normatividad y eviten su relación con sujetos vinculados delitos (específicamente lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas masivas). Así mismo, se estableció la figura del *compliance officer* o también llamado oficial de cumplimiento, quien siendo persona natural adquiere obligaciones de prevención, análisis y gestión de los riesgos en que pueda verse involucrada una persona jurídica.

En esa medida, el oficial de cumplimiento se encarga del diseño e implementación del denominado *criminal compliance*. Este programa además de reafirmar la fidelidad a las normas de parte de la corporación⁷, constituye el estándar bajo el cual las personas jurídicas demuestran

² DIAS Y ZAFFARONI (2020), p. 91.

³ SILVA (2011), p. 13.

⁴ La denominación de persona jurídica, empresa y corporación se usará de modo indistinto a lo largo del texto.

⁵ SUÁREZ (2021).

⁶ RUIZ (2020), p. 4.

⁷ DIAS Y ZAFFARONI (2020), p. 92.

su trazabilidad y ejercicio de la debida diligencia en la prevención de delitos, situación que puede eximir las de ser sancionadas, aunque la carga de la prueba se revierta. Pese a lo anterior, esta circunstancia de exclusión de responsabilidad no resulta clara para el *compliance officer*.

En efecto, cuando una corporación resulta responsable por la comisión de delitos, ello obedece a la actuación indebida de miembros de la empresa, quienes deberán responder por las infracciones que cometan. No obstante, esta claridad no existe frente a la posible atribución a cargo del oficial de cumplimiento, quien no ejecuta la conducta, pero tiene a cargo la prevención y gestión de dichos comportamientos. Es decir, indagar por qué un miembro de la corporación pudo cometer un delito o por qué no se le controló. Por tal razón, en el presente artículo se indaga la posible existencia de responsabilidad penal de este funcionario bajo la figura de omisión impropia o también llamada comisión por omisión.

Ciertamente, esta forma delictiva implica el resultado previsto en un tipo penal en principio descrito como de comisión activa pero causado por la conducta omisiva de quien ostenta como garante. De esta forma, será necesario establecer las funciones del oficial de cumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, para considerar la existencia o no de su posición de garantía y en consecuencia la posible responsabilidad por los actos en los que se involucre la persona jurídica a la que pertenece.

En ese orden de ideas, la primera parte del artículo describe los sistemas de autoregulación empresarial y las funciones del *compliance officer*. Al respecto, se observará un exceso de reglamentación frente a la construcción de modelos de prevención proveniente especialmente de las Superintendencias⁸, no ocurre lo mismo en relación con la definición de los deberes del oficial de cumplimiento. Por ello, es conveniente conocer si los compromisos que adquiere se constituyen exclusivamente con la empresa o eventualmente, con el Estado. En otras palabras, si ante el conocimiento de una conducta delictiva se impone su denuncia ante las autoridades o solamente ante su empleador. Así mismo se esboza el sistema de responsabilidad empresarial.

En seguida, la segunda parte explica desde la dogmática del derecho penal la figura de posición de garante en los delitos de omisión. Para ello, se contempla la concepción jurídica colombiana de los delitos de omisión y la definición de los deberes como garante a partir de la teoría del delito y particularmente bajo los principios de la imputación objetiva. Ello, por cuanto no se puede permitir un traslado automático de responsabilidad, cada aporte al hecho típico, sino que debe ser analizado en sus especiales particularidades desde lo objetivo y lo subjetivo, pues no se trata de una responsabilidad por estatus⁹.

Finalmente, se demuestra la inexistencia de una única respuesta frente a la responsabilidad, más aún, cuando jurídicamente no se ha sentado un precedente. A pesar de ello, se indican los principales aspectos a considerar para el establecimiento de la responsabilidad penal y los escenarios en los cuales puede atribuirse la posición de garantía al oficial de cumplimiento.

En consideración de lo anterior, para *“el análisis de los delitos cometidos a través del uso del poder se acude a diversos elementos dogmáticos o incluso combinaciones, porque ninguna de las posturas con sus características y requisitos tradicionales aportan a la solución de las dinámicas de los crímenes de sistema”*¹⁰. De esta manera, se propone un diálogo entre los aspectos teóricos de la omisión impropia y las obligaciones consagradas por el derecho privado para el ejercicio de prevención de riesgos, con lo cual se pretende brindar elementos para el debate jurídico frente a la figura del oficial de cumplimiento y su vinculación al derecho penal.

2. Sistemas de regulación empresarial para la gestión del riesgo

⁸ Entidades descentralizadas adscritas a la rama ejecutiva del poder público, a través de las cuales se concreta el principio de intervención estatal en la economía. Dentro de las facultades se encuentra reglamentar, controlar, investigar y sancionar.

⁹ PERDOMO (2022), p. 109.

¹⁰ PERDOMO (2022), p. 88.

En el marco de la autorregulación empresarial, los sistemas de cumplimiento constituyen sistemas de control social que, aunque no deberían, se inmiscuyen en la política criminal para prevenir y detectar la criminalidad¹¹, tanto así que estos se orientan a la realización de valores que incluso van por encima de las exigencias normativas¹². En ese sentido, los programas de cumplimiento *“constituyen el conjunto de medidas que la empresa debe adoptar para contar con una organización virtuosa y no ser responsable o ver rebajada su sanción cuando alguno de sus empleados realice un delito en desempeño de sus funciones”*¹³.

Los mecanismos empresariales se orientan a la prevención y control de los riesgos de comisión de delitos. De modo que se incluye el diseño de un programa, su implementación, el llevar a cabo investigaciones internas para detectar irregularidades y/o delitos; el deber de controlar y realizar el seguimiento del programa; gestionar el canal de denuncias y su reporte a sus superiores en la corporación¹⁴. Así, la circular 022 de 2007 definió el riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo, en adelante LA/FT, como: *“la posibilidad de pérdida o daño que puede sufrir una entidad vigilada por su propensión a ser utilizada directamente o a través de sus operaciones como instrumento para el lavado de activos y/o canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas, o cuando se pretenda el ocultamiento de activos provenientes de dichas actividades”*.

Dentro de los modelos de control del riesgo en términos de prevención delictiva surgió la figura del oficial de cumplimiento (*compliance officer*). A cargo de este individuo se establece la labor de estructurar, implementar y actualizar los programas de cumplimiento, consistente en el conjunto de medidas adoptadas para diseñar, implementar o modificar las exigencias de la diligencia debida para reducir el riesgo de las conductas criminales¹⁵. Aunque algunas empresas lo establecen como miembro de alta dirección, con poderes ejecutivos y competencias organizativas, lo común es la función de vigilancia que se impone a su cargo¹⁶. En últimas el *compliance* funge como un líder ético de la organización a cargo de la integridad y vigencia de los programas de cumplimiento.

Este mecanismo proviene de las recomendaciones brindadas en el contexto internacional. En efecto, el Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) - órgano asesor y consultivo de la OEA- precisa en su artículo 16 el deber de las instituciones financieras de adoptar programas internos de prevención y detección del lavado de activos. El articulado puntualiza acerca de los requisitos mínimos a considerar, entre los cuales se encuentran: *“(i) El establecimiento de procedimientos que garanticen la integridad del personal; (ii) programas de capacitación del personal y (iii) mecanismos de auditoría interna”*.

Por su parte, la Circular Externa 61 de 2006 de la otrora Superintendencia Bancaria creó el Sistema Integrado para la Prevención y control del Lavado de Activos-SIPLA. Este último de obligatorio cumplimiento para entidades bancarias. Se instauró el reporte transaccional y la incorporación del deber de emplear plataformas tecnológicas para identificar señales de alerta, así como el establecimiento de la figura de oficial cumplimiento penal. De otra parte, la Circular Externa 060 de 2008 de la Superintendencia Financiera adicionó las funciones a cargo del oficial de cumplimiento en la prevención de lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Continuando con los sistemas de prevención, la Superintendencia Financiera expidió la Circular 022 de 2007, mediante la cual se creó el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo, en adelante SARLAFT. Este mecanismo se estableció con el fin de prevenir el uso de las entidades para el blanqueo de capitales y de controlar las conductas que implicaran dicho riesgo. Así mismo se consagraron los requisitos y funciones del oficial de cumplimiento dentro de este modelo.

¹¹ El proceso de interacción entre los sistemas de regulación y la política criminal se denomina *enforced self-regulation*.

¹² SIEBER (2013), p. 66.

¹³ NIETO (2013), p. 181.

¹⁴ DE LUCA (2021), p. 382.

¹⁵ MIR et al. (2014).

¹⁶ GÓMEZ (2020).

De acuerdo con la Circular 022 de 2007, el SARLAFT se compone de dos fases: prevención y control. La primera, se dirige a prevenir la circulación de recursos provenientes de ilícitos, específicamente lavado de activos y financiación del terrorismo. La segunda, tiene como finalidad detectar las operaciones que se pretenden o han realizado para dar apariencia de legalidad a operaciones vinculadas con los referidos delitos. En la misma circular se precisa la diferencia fundamental con los procesos de riesgo financieros, pues estos se pueden asumir, mientras aquellos relacionados con delitos deben ser prevenidos, detectados y reportados .

En la misma línea, en 2014 se profirió la norma ISO 19600, que sería remplazada por la Norma ISO 37301 y su última edición del 16 de junio de 2021, denominada: *Sistema de gestión del compliance*. Dicha normativa destaca la relevancia de esta figura empresarial en el compromiso de cumplimiento de una organización y el interés en prevenir la vinculación con conductas delictivas. En concordancia con lo anterior, se profirió la Resolución No. 100-0062621 de la Superintendencia de Sociedades¹⁷, mediante la cual se señalaron los criterios para establecer cuáles sociedades deben adoptar los programas de transparencia y ética empresarial.

Como se indicó previamente, en Colombia la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos cometidos se sanciona vía administrativa. Para ello, en cumplimiento de la Ley 1778 de 2016, la Superintendencia de Sociedades emitió la Circular Externa 100-000003-16 que consagra la: *“Guía destinada a poner en marcha programas de cumplimiento para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2º de la ley 1778 de 2016”*. Así, se establecieron las herramientas para la elaboración e implementación de los programas de prevención y gestión del riesgo.

En esta guía se reconoció la inexistencia de un modelo único de programa de cumplimiento, por lo que precisó los principios a verificar y adoptar en el diseño del protocolo de ética empresarial. Fundamentalmente, estos aspectos se pueden sintetizar en el compromiso de los directivos, capacitación, divulgación, concreción de los factores de riesgo (país, sector, terceros) y auditoría. A partir de *la guía*, se sugirió la elaboración del manual de cumplimiento con el cual se gestionaran los riesgos en torno al soborno transnacional.

Mediante la Circular 100-000011 del 9 de agosto de 2021, se modificó esta guía y se dio mayor precisión en cuanto al alcance de los programas de gestión. Primero, detalló los sectores obligados a contar con el Programa de Transparencia y Ética Empresarial PTEE. Y, segundo, se estableció puntualmente el procedimiento para su creación; así mismo la divulgación y capacitación; la auditoría; control y monitoreo de las políticas de cumplimiento; el ejercicio de la debida diligencia y la implementación del sistema de reporte de denuncias.

Ahora bien, como ya se ha mencionado para el diseño, monitoreo e implementación de los programas de cumplimiento, se exige la existencia de la figura del oficial de cumplimiento. En ese sentido, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea de 1974 de-Comité de Basilea- definió el *compliance* como: *“como una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones”*.

Y, de acuerdo con la circular externa de 2016, el oficial de cumplimiento se define como: *“la persona natural designada por los Altos Directivos para liderar y administrar el Sistema de Gestión de Riesgos de Soborno Transnacional. El mismo individuo podrá, si así lo deciden los órganos competentes de la Persona Jurídica, asumir funciones en relación con otros sistemas de gestión de riesgo, tales como los relacionados con el lavado de activos y el financiamiento de terrorismo, la protección de datos personales y la prevención de infracciones al régimen de competencia”*.

Así mismo, mediante la Circular 100- 000011 del 9 de agosto de 2021, que modificó la circular citada previamente, se definió el oficial de cumplimiento como: *“la persona natural que debe cumplir con las funciones y obligaciones establecidas en el presente Capítulo. El mismo*

¹⁷ La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la ley en relación con otros entes, personas jurídicas y personas naturales. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (s.f.).

individuo podrá, si así lo deciden los órganos competentes de la Entidad Supervisada y fuere legalmente posible, asumir funciones en relación con otros sistemas de gestión de riesgo, tal como el relacionado con la prevención del lavado de activos, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva”.

Por lo cual, la gestión del oficial de cumplimiento es fundamental en la prevención de la comisión de delitos, y en específico el lavado de activos. Pese a su importancia en el campo empresarial, las funciones específicas aún son ambiguas. La Circular Básica Jurídica No. 7 de 1996 de la Superintendencia Bancaria determinó los requisitos, entre los cuales se destaca la independencia de los órganos de control aun siendo empleado de la organización expresó las siguientes funciones mínimas a efectuar:

“1. Velar por el efectivo, eficiente y oportuno funcionamiento de las etapas que conforman el SARLAFT.

2. Presentar, cuando menos en forma trimestral, informes presenciales y escritos a la junta directiva u órgano que haga sus veces, en los cuales debe referirse como mínimo a los siguientes aspectos:

I. Los resultados de la gestión desarrollada.

II. El cumplimiento que se ha dado en relación con el envío de los reportes a las diferentes autoridades.

III. La evolución individual y consolidada de los perfiles de riesgo de los factores de riesgo y los controles adoptados, así como de los riesgos asociados.

IV. La efectividad de los mecanismos e instrumentos establecidos en el presente capítulo, así como de las medidas adoptadas para corregir las fallas en el SARLAFT.

V. Los resultados de los correctivos ordenados por la junta directiva u órgano que haga sus veces.

VI. Los documentos y pronunciamientos emanados de las entidades de control y de la Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero - UIAF.

3. Promover la adopción de correctivos al SARLAFT.

4. Coordinar el desarrollo de programas internos de capacitación.

5. Proponer a la administración la actualización del manual de procedimientos y velar por su divulgación a los funcionarios.

6. Colaborar con la instancia designada por la Junta Directiva en el diseño de las metodologías, modelos e indicadores cualitativos y/o cuantitativos de reconocido valor técnico para la oportuna detección de las operaciones inusuales.

7. Evaluar los informes presentados por la auditoría interna o quien ejecute funciones similares o haga sus veces, y los informes que presente el Revisor Fiscal y adoptar las medidas del caso frente a las deficiencias informadas.

8. Diseñar las metodologías de segmentación, identificación, medición y control del SARLAFT.

9. Elaborar y someter a la aprobación de la Junta Directiva o el órgano que haga sus veces, los criterios objetivos para la determinación de las operaciones sospechosas, así como aquellos para determinar cuáles de las operaciones efectuadas por usuarios serán objeto de consolidación, monitoreo y análisis de inusualidad”.

En desarrollo de lo anterior, la Circular Externa 29 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, no solo refrendó la citada circular, sino que robusteció los requisitos y funciones. En efecto, se agregaron las exigencias para los oficiales de cumplimiento y se adicionaron las siguientes funciones: *“Diseñar y someter a la aprobación de la junta directiva u órgano que haga sus veces, los procedimientos establecidos para la aplicación proporcional basada en riesgos del mecanismo de conocimiento del cliente.*

Diseñar las metodologías de segmentación, identificación, medición y control del SARLAFT.

Elaborar y someter a la aprobación de la junta directiva o el órgano que haga sus veces, los criterios objetivos para la determinación de las operaciones sospechosas, así como aquellos

para determinar cuáles de las operaciones efectuadas por usuarios serán objeto de consolidación, monitoreo y análisis de inusualidad.

Cumplir las obligaciones relacionadas con sanciones financieras dirigidas, establecidas en este Capítulo”.

De otra parte, en la citada Circular Externa de 2016 de la Superintendencia de Sociedades sugirió el cumplimiento por lo menos de las siguientes funciones:

“i. Se encargue de la adecuada articulación de las políticas de cumplimiento con el programa de ética empresarial y presente a los altos directivos, al menos cada tres meses, informes de su gestión como oficial de cumplimiento.

ii. Lidere la estructuración del programa de ética empresarial que deberá estar contenido en un manual de cumplimiento, cuyo contenido será de obligatorio acatamiento para todos los administradores, empleados y asociados.

iii. Dirija las actividades periódicas de evaluación de los riesgos de soborno transnacional. Dichos procesos podrán adelantarse con empleados seleccionados por el oficial de cumplimiento o incluso a través de terceros que para tal efecto contrate la persona jurídica.

iv. Delege en otros funcionarios, si así lo autorizan los Altos Directivos, la administración del Sistema de Gestión de Riesgos de Soborno Transnacional en aquellas Sociedades Subordinadas que estén domiciliadas fuera del país. En todo caso, el Oficial de Cumplimiento deberá ser considerado como la máxima autoridad en materia de gestión del riesgo de Soborno Transnacional en la Persona Jurídica y sus Sociedades Subordinadas.

v. Informe a los administradores de la Persona Jurídica acerca de las infracciones que haya cometido cualquier Empleado respecto del Programa de Ética Empresarial, para que se adelanten los correspondientes procedimientos sancionatorios conforme lo establezca el reglamento interno de trabajo de la Persona Jurídica.

vi. Seleccione y facilite el entrenamiento constante de los Empleados de la Persona Jurídica en la prevención del Soborno Transnacional.

vii. Establezca un sistema de acompañamiento y orientación permanente a los Empleados y Asociados de la Persona Jurídica respecto de la ejecución del Programa de Ética Empresarial.

viii. Dirija el sistema que ponga en marcha la Persona Jurídica para recibir denuncias de cualquier persona respecto de un caso de Soborno Transnacional o de cualquier otra práctica corrupta.

ix. Ordene el inicio de procedimientos internos de investigación en la Persona Jurídica, mediante la utilización de recursos humanos y tecnológicos propios o través de terceros especializados en estas materias, cuando tenga sospechas de que se ha cometido una infracción a la Ley 1778 o al Programa de Ética Empresarial”.

Las anteriores funciones se refrendaron en la Circular 100-000011 del 9 de agosto de 2021, en ella se indicaron las siguientes funciones mínimas:

- a. “Presentar con el representante legal, para aprobación de la junta directiva o el máximo órgano social, la propuesta del PTEE.*
- b. Presentar, por lo menos una vez al año, informes a la junta directiva o, en su defecto, al máximo órgano social. Como mínimo, los reportes deberán contener una evaluación y análisis sobre la eficiencia y efectividad del PTEE y, de ser el caso, proponer las mejoras respectivas. Así mismo, demostrar los resultados de la gestión del Oficial de Cumplimiento y de la administración de la Entidad Obligada, en general, en el cumplimiento del PTEE.*
- c. Velar porque el PTEE se articule con las Políticas de Cumplimiento adoptada por la junta directiva o el máximo órgano social.*
- d. Velar por el cumplimiento efectivo, eficiente y oportuno del PTEE. c. Implementar una Matriz de Riesgos y actualizarla conforme a las necesidades propias de la Entidad Obligada, sus Factores de Riesgo, la materialidad del Riesgo C/ST y conforme a la Política de Cumplimiento; Definir, adoptar y monitorear acciones y herramientas para la detección del Riesgo C/ST, conforme a la Política de Cumplimiento para prevenir el Riesgo C/ST y la Matriz de Riesgos;*

- e. *Garantizar la implementación de canales apropiados para permitir que cualquier persona informe, de manera confidencial y segura acerca de incumplimientos del PTEE y posibles actividades sospechosas relacionadas con Corrupción;*
- f. *Verificar la debida aplicación de la política de protección a denunciantes que la Entidad Obligada haya establecido y, respecto a empleados, la política de prevención de acoso laboral conforme a la ley;*
- g. *Establecer procedimientos internos de investigación en la Entidad Obligada para detectar incumplimientos del PTEE y actos de Corrupción;*
- h. *Coordinar el desarrollo de programas internos de capacitación;*
- i. *Verificar el cumplimiento de los procedimientos de Debida Diligencia aplicable a la Entidad Obligada;*
- j. *Velar por el adecuado archivo de los soportes documentales y demás información relativa a la gestión y prevención del Riesgo C/ST; k. Diseñar las metodologías de clasificación, identificación, medición y control del Riesgo C/ST que formarán parte del PTEE; y l. Realizar la evaluación del cumplimiento del PTEE y del Riesgo C/ST al que se encuentra expuesta la Entidad Obligada”.*

En concordancia con la reglamentación señalada, la reciente sanción impuesta a Skandia Valores S.A., por la Superintendencia Financiera de Colombia aludió a las responsabilidades del oficial de cumplimiento. La Resolución indicó que la finalidad de estos es que: *“las entidades gestionen los riesgos tanto en su ambiente exterior como interior, con el fin de que mitiguen todos aquellos eventos que puedan impactar negativamente en el logro de sus objetivos y que potencialicen aquellos eventos que permitan que (...) (las sociedades) no sean utilizadas para dar apariencia de legalidad a activos provenientes de actividades delictivas o para la canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas”*¹⁸.

Como se puede observar, el ordenamiento jurídico colombiano ha estructurado una reglamentación frente a los modelos de administración del riesgo frente a conductas delictivas de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas masivas. Para ello, también ha establecido la importancia de que las corporaciones cuenten con un oficial de cumplimiento encargado de adelantar el denominado programa de cumplimiento. No obstante, las funciones que se han puesto a cargo de este último aun resultan ambiguas y solamente se ha reiterado su relevancia para la gestión y reducción del riesgo de las operaciones adelantadas por la persona jurídica.

Ahora bien, como quiera que el análisis de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento proviene de la determinación de atribución a la empresa, se procede a analizar dicha temática. Para ello, se reconoce la complejidad de las estructuras empresariales y la amplia gama de acciones delictivas, que pueden ser adelantadas desde su interior y en consecuencia la distinción de la persecución penal a la persona jurídica y a los individuos, en específico, los oficiales de cumplimiento.

2.1. Responsabilidad personas jurídicas

La discusión de la persecución penal empresarial parte del principio *societas delinquere non potest*, adoptado incluso por la legislación colombiana. No obstante, la discusión no se puede considerar agotada y hoy resulta relevante ante las obligaciones internacionales que se imponen a los Estados y la relevancia del actuar corporativo. Situación que se revela aún más, con la creciente legislación internacional en la que se contempla la punición de las empresas por la participación o comisión de conductas delictivas.

Aunque existen amplias discusiones dogmáticas acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que la realidad revela acciones delictivas con ocasión del poder económico que estas ejercen. Incluso, la incorporación del Estado colombiano a la OCDE implicó

¹⁸ Decisión Superintendencia Financiera de Colombia, Skandia Valores S.A., del 4 noviembre de 2020.

la obligación de contar con régimen sancionatorio a las empresas por delitos que pudiesen cometer sus agentes, compromiso satisfecho parcialmente al determinar el proceso administrativo ante la Superintendencia de Sociedades, pese a que, en la práctica internacional se opta por la condena penal. Aun con ello, persisten algunos proyectos de ley en Colombia para imponer condenas de naturaleza penal.

Tanto en los procesos penales como en los administrativos, los protocolos de autorregulación se contemplan como instrumentos de atenuación o exculpación de responsabilidad de la corporación. De esa forma, se contempla como el medio a través del cual la sociedad demuestra la debida diligencia con ocasión del programa de cumplimiento y la existencia de un resultado típico a cargo exclusivo del individuo. En otras palabras, la persona jurídica traslada toda la responsabilidad a la persona natural y se exige de ser penada. Así, esta figura se reconoce como la *administrativización* del derecho penal, en el que el interés del derecho sancionador reside en la globalidad del modelo, el sector y su integralidad.

Ahora bien, doctrinariamente existen dos formas de comprender esta responsabilidad: el modelo de responsabilidad vicarial y el de hecho propio de la persona jurídica. En el primer caso, se parte de la teoría del *alter ego* en el que es responsable el órgano (o persona natural) a cargo de la corporación y se transfiere dicha responsabilidad¹⁹. En el segundo, se realiza una reconfiguración del concepto de culpabilidad a partir de las actuaciones de personas naturales que puedan dar lugar a la infracción de los deberes empresariales²⁰.

En esta última perspectiva se condena la desorganización de la empresa. En los casos de delitos de comisión por omisión acontece en virtud de una circunstancia conocida por el funcionario pero que en ocasiones puede conducir a un problema de organización de la empresa²¹. En esta situación, la persona jurídica también sería responsable por no ejercer el debido control y eventualmente trasladar la responsabilidad a su delegado.

De tal suerte que, el *compliance officer* y el programa de cumplimiento adquieren especial relevancia si se atiende al segundo modelo, es decir, el de responsabilidad por defecto de la organización. Si se comete un hecho delictivo pese a que una empresa estableció los mecanismos de gestión, no responderá penalmente; o si ha adoptado un comportamiento postdelictivo adecuado²². De esta forma, se acepta en ordenamientos como el suizo, que la condición relativa al reproche está constituida por las deficiencias de organización debidas a la manera de actuar colectiva de la empresa misma²³.

En el ordenamiento español, esto se evidencia en la definición de la responsabilidad de la sociedad a través de un juicio de idoneidad. Así, corresponde a la persona jurídica enunciar en la fase de instrucción que la sociedad contaba con un programa de cumplimiento, ajustado a las previsiones legales y atendiendo a las circunstancias concurrentes y las características de la empresa los programas fueron eficaces. Fundamentalmente, su existencia y debida implementación pueden garantizar dicha exclusión de responsabilidad

Por lo anterior, se pretende a través de los programas de cumplimiento identificar tales deficiencias y gestionarlas previo a la vinculación delictiva. Por ello, se impone que estos contengan al menos: *i)* definición y comunicación de los valores empresariales; *ii)* responsabilidad en niveles jerárquicos y *iii)* la creación de sistemas de información. Por lo que se impone al oficial de cumplimiento ejercer el *debido control*, lo que implica remitirse a criterios administrativos y en consecuencia un tipo penal en blanco²⁴.

3. Responsabilidad penal por omisión y la posición de garante

¹⁹ SILVA (2016).

²⁰ SILVA (2008), p. 143.

²¹ SERRANO (2008), pp. 67 y 68.

²² SILVA (2011), p. 137.

²³ HURTADO (2008), p. 110.

²⁴ GARCÍA (2014), p. 60.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores por el programa de cumplimiento se debaten tanto las obligaciones impuestas al individuo, como su forma de participación en un punible a favor de la corporación. En términos de sanción criminal a los empleados corporativos, esta se evidencia sobre todo en la comisión del delito mediante una omisión. Para ello debe establecerse si existe o no la posición de garante. En ese orden, se parte de la empresa como generadora de riesgo y en consecuencia sus representantes, o específicamente para este estudio el oficial de cumplimiento como aquel encargado de controlar la fuente de peligro. En ese sentido, la compañía tiene a su cargo la responsabilidad de prevenir los daños que con su actividad económica pueda producir, es decir, en un sistema con responsabilidad de persona jurídica tendría la posición de garante. A fin de identificar esta posición del oficial de cumplimiento se exige considerar la estructura, funciones y la delegación de labores que ejerce el individuo y en consecuencia su responsabilidad. Esta figura jurídica -posición de garante- opera en razón del rol, las expectativas sociales del individuo, el control del riesgo permitido y la prohibición de regreso. Criterios que deben atender a la fuente de la posición de garantía, es decir, bien porque provenga del deber legal o de la asunción voluntaria del riesgo. En ese sentido, existen deberes que se reservan para los titulares de estatus especial, es decir, quienes tienen el deber frente a la colectividad, no solo de su propia organización sino de fomentar una organización ajena²⁵. Esta figura jurídica que se aplica a las personas naturales, en virtud de los criterios ya descrito, sin embargo, debe recaer inicialmente en la persona jurídica, específicamente en los países que han determinado la responsabilidad empresarial y en los cuales se puede efectuar tal estudio. No obstante, en países como Colombia solo puede ser valorado el individuo y el rol delegado. Al respecto, autores como Jakobs precisaron que no siempre los riesgos provienen de las acciones, sino que de la imputación de esferas de riesgo, en el que se impone el *deber de salvación*.

Por consiguiente, para la imputación de la responsabilidad se acude a los principios de la imputación objetiva y en específico a la consideración del riesgo permitido²⁶.

Como fue señalado, en los comportamientos empresariales se asignan unos deberes especiales que pueden transformarse de positivos a negativos y en este último caso configurarse bajo los delitos de omisión²⁷. La obligación -con la que se adquiere la posición de garante- será el *deber de impedir*, cuando haya la ejecución de un delito. Esto significa, estudiar la intervención en un acto que produjo un resultado lesivo, pues si este no ocurre no podría valorarse el incumplimiento del deber.

Así, la consideración de garante existe cuando hay obligaciones a su cargo. Sin embargo, para Shünemann la posición de garante de los órganos de la empresa se caracteriza por dos aspectos. Primero, el dominio sobre los elementos y procedimientos peligrosos del establecimiento. Y, segundo, el poder de mando sobre los trabajadores²⁸. En otras palabras, se adscribe la condición de tener alguna clase de poder o facultad sobre las fuentes de peligro.

En ese sentido, la responsabilidad de vigilancia y control recae, en principio, en quien direcciona la empresa aunque en virtud de la delegación pueda reformarse y podría recaer sobre el oficial de cumplimiento. Ciertamente, este último de forma voluntaria asume las obligaciones de vigilancia o las que se consagren contractualmente, por lo que podría ser responsable con ocasión de la titularidad de los deberes. Así, de acuerdo con Dopico ocurriría con el oficial de cumplimiento que asume deberes inherentes al poder de mando sobre los empleados y cuando alguien adopte una decisión lesiva, sería responsable de los delitos que se atribuyan a la persona jurídica, bajo la figura de comisión por omisión²⁹.

Sin embargo, la delegación de las funciones no resulta suficiente para la constitución de la posición de garantía, pues no implica una liberación para el delegante. En efecto, para atribuir responsabilidad, el individuo debe contar con el dominio material y personal de la labor

²⁵ POLANÍA (2015), p. 272.

²⁶ JAKOBS (2002).

²⁷ NAVAS (2018).

²⁸ DEMETRIO (2010,) p. 21.

²⁹ DOPICO (2022), p. 172.

encargada. Ello significa, en consonancia con las funciones generales del oficial de cumplimiento dispuestas en el ordenamiento jurídico colombiano que, tiene la posición de garante respecto de la supervisión o detección de riesgos pero no la posición de garante de en la detección e investigación de delitos³⁰.

Por ello, considerar la existencia de la responsabilidad derivada (delegada), es necesaria su expresa configuración. En efecto, los programas de cumplimiento y vía contractual deben determinar de forma clara las competencias y funciones asignadas al oficial de cumplimiento, bien como evaluador de riesgos y a cargo de la implementación del programa; o bien, como delegado para impedir delitos al interior de la organización³¹. En consonancia con ello, se deberá establecer la facultad decisoria dentro de la organización³².

Ahora bien, el artículo 25 del Código Penal colombiano establece la responsabilidad penal de aquel a cargo de la función de garantía sobre un bien jurídico que resulta lesionado. Bajo esta figura, se condena a quien tiene la obligación de impedir un resultado lesivo sobre el objeto que se ha asignado su protección y bien con dolo o culpa se produce su afectación. Así, un delito que por regla general es de acción, se equipara al resultado típico ante un comportamiento omisivo.

En efecto, el oficial de cumplimiento podría ser responsable del delito de administración desleal³³ por la disposición fraudulenta de bienes, o la suscripción de obligaciones a favor de la sociedad, es decir, por medio de acciones. Sin embargo, puede ser objeto de imputación cuando teniendo el dominio³⁴ no controle las fuentes de riesgo y se produzca un resultado lesivo. En ese sentido, se puede configurar responsabilidad de autoría por omisión -por el resultado que no se evita-, o, como partícipe, cuando su inacción favorece el delito de otro³⁵.

En consecuencia, para imputar un resultado será necesario que el omitente tenga un deber especial de contención del riesgo, que luego se concreta en el resultado³⁶. En este aspecto, la dificultad se encuentra justamente en la imprecisión de los deberes y protocolos del oficial de cumplimiento. De un lado, se podría contemplar la responsabilidad por la falta de implementación del programa o bien, de otra parte, cuando se hubiese implementado de forma defectuosa. De forma que, en esta circunstancia, habrá de considerarse el diseño del programa del cumplimiento y la debida asignación de responsabilidades dentro de la corporación.

Sumado a lo anterior, considerar la comisión de un delito doloso por negligencia, requiere de un análisis dogmático que permita considerar la omisión en sí misma como una forma independiente de delito³⁷. Así, se responsabiliza a quien no adoptó las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir los hechos que derivaron en la comisión del crimen, por antonomasia, doloso. Por lo que, la responsabilidad por delitos de comisión por omisión debe ser en modalidad dolosa, puesto que una afectación culposa significaría una intervención imprudente atípica³⁸. En el caso de conductas previstas como culposas, el oficial de cumplimiento sería responsable por la comisión delictiva de un tercero, caso en el cual de acuerdo con las asignación del rol, no podría serle imputada.

Consecuente con lo anterior, la imputación subjetiva del resultado tendrá que hacerse normativamente. Ello significa, determinar la conducta como dolosa o culposa bajo el estudio del conocimiento del individuo. Es decir, se indaga si el oficial de cumplimiento conocía del riesgo creado y su intensidad, así como aquellos conocimientos derivados del rol asumido y

³⁰ LASCURAÍN (2014), p. 31.

³¹ SEPÚLVEDA (2021), p. 56.

³² LLEDÓ (2018), p. 77.

³³ Ley 599 de 2000. Artículo 250B. El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios.

³⁴ DEMETRIO (2010), p. 19.

³⁵ RAMÍREZ (2021), p. 110.

³⁶ LASCURAÍN (2022), p. 276.

³⁷ DE LUCA (2021), p. 389.

³⁸ DOPICO (2022), p. 178.

desempeñado desempeña. En conclusión son datos objetivizados para establecer el elemento subjetivo del tipo³⁹.

Ahora bien, dentro de las labores asignadas al oficial de cumplimiento está la recepción y gestión de denuncias. Por eso, en relación con las labores de elaboración de canales y seguimientos de denuncia puede existir responsabilidad penal. En este punto, el oficial de cumplimiento podrá ser responsable cuando omita adelantar la gestión pertinente frente a una acción delictiva que se va a ejecutar o se está ejecutando⁴⁰. En estas circunstancias la posibilidad de evitación del resultado lesivo estaría a cargo del funcionario del cumplimiento, si con su comunicación al órgano encargado hubiese intervenido y obstaculizado la consumación del delito, o bien, al valorar, si se introdujeron trabas internas adecuadas para la prevención delictiva⁴¹.

En esta última circunstancia, algunos autores refieren la responsabilidad por la omisión como cómplice. Dópico, señala que la conducta del omitente tendría la significación de una colaboración, pues a diferencia de un superior jerárquico el empleado que comete el delito no está bajo el mando del oficial de cumplimiento⁴². Adicionalmente, la labor de denuncia puede ser considerada solamente una obligación cívica y no un deber jurídico penal.

Sin embargo, es precisamente por la responsabilidad del oficial de cumplimiento y su obligación de vigilancia del cumplimiento de las normas por parte de la empresa, que ostenta una posición de garante respecto de la persona jurídica. Esta postura, en consecuencia, no obedece al poder directivo sino a la obligación de la organización de la empresa de no dejar que las fuentes de peligro se materialicen en un daño, más allá de si los peligros provienen de cosas o personas⁴³. Así mismo, la responsabilidad por no haber ejercido un efectivo control sobre el resultado, debe ser consecuencia de la vinculación normativa y no producto de la causalidad (hipotética), dicho de otro modo, debe provenir del incumplimiento de los deberes que surgen de una concreta competencia⁴⁴ y crean un riesgo no permitido⁴⁵.

De otra parte, existen autores que se oponen a la consideración de la posición de garante y califican las acciones de control y vigilancia como una *posición de garantía secundaria*⁴⁶. Esto significa limitar su dominio a las labores de gestión del riesgo y considerar la obligación como una de carácter institucional y no judicial, de modo que los deberes del funcionario no puedan ser más extensos que los del propio representante de la corporación. Incluso, se contempla la posibilidad de considerarlo autor mediato de la omisión. Esta figura, ocurriría cuando el no garante de evitación (oficial de cumplimiento) instrumentaliza a un garante de evitación (directivo) mediante la omisión de información⁴⁷. Este aspecto, sin embargo, no resulta tan claro frente a la capacidad de instrumentalización del autor directo, pues la facultad de ejecución y de toma de decisión recae en el directivo y para la existencia de esta forma de responsabilidad debería probarse la capacidad de influenciar en el otro para ejecutar un acto criminal, lo que no sería evidente por la jerarquía en sí misma.

Para Robles Planas⁴⁸, existen tres escenarios de responsabilidad. Primero, como autor cuando determine a la realización del error como autor mediato. Segundo, como coautor, cuando tuviera la capacidad de evitar la conducta delictiva. Y, tercero, como cómplice cuando no brinde la información relativa al riesgo ante el órgano que delegó la vigilancia o control, o bien, por la incorrecta evaluación del riesgo.

En algunos ordenamientos como el peruano se consagra específicamente la omisión de comunicación de operaciones sospechosas como una conducta típica, incluso abarcando una

³⁹ PERDOMO (2022), p. 113.

⁴⁰ LIÑAN (2019).

⁴¹ GARCÍA (2014), p. 74.

⁴² DOPICO (2022), p. 182.

⁴³ AMBOS (2015), p. 379.

⁴⁴ PERDOMO (2022), p. 134.

⁴⁵ DEMETRIO (2010), p. 4.

⁴⁶ NAVAS (2021).

⁴⁷ NAVAS (2021).

⁴⁸ ROBLES (2013), p. 328.

modalidad culposa⁴⁹. Se trata, de una remisión al deber de cuidado que obliga a los sujetos a no implicarse en operaciones mercantiles que puedan ser fruto de delitos⁵⁰. Para el análisis del tipo subjetivo, se realiza un juicio de valor en torno al rol, para dejar de considerar un conocimiento -ontológico- y convertirlo en algo amparado por el concepto de deber⁵¹, como se mencionó, una forma de objetivización. Así, de acuerdo con el rol y las expectativas asignadas, lo relevante no es si el sujeto tenía la posibilidad de saber, sino tenía del deber de conocer⁵².

En el ordenamiento alemán, el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) en la decisión BGH 5 StR 384/08 del 17 de julio de 2009, consideró la existencia de posición de garante del oficial de cumplimiento. En el caso en cita, se condenó al individuo por no prevenir las acciones de fraude y con base en las obligaciones derivadas del contrato de trabajo se obligaba a proteger tanto a su empresa de daños y perjuicios, como prevenir los daños a terceros a través de actos desde el interior de su propia empresa⁵³. Tal imposición, no solo implica la determinación de responsabilidad, sino que plantea la discusión frente a la garantía de independencia del *compliance officer* en relación con la organización empresarial y la necesidad de resolver los dilemas frente a la auto denuncia, pues las exigencias impuestas afectan la lealtad del subordinado con la corporación para la que labora.

Por su parte, en Estados Unidos, el caso SEC (Securities and Exchange Commission) vs. Theodore Urban, negó la responsabilidad del oficial de cumplimiento de la empresa Ferris Baker Watts, Inc (FBW) en calidad de supervisor. En este caso, se indicó el cumplimiento del deber de vigilancia si: *i*) se ha establecido un sistema y procedimientos con los que razonablemente se esperaba prevenir y detectar irregularidades de alguna persona y, *ii*) si la persona cumplió razonablemente los deberes y obligaciones asignadas en razón del procedimiento⁵⁴. De este modo, consagró que, además de no tener responsabilidad por la supervisión directa de quien cometió la conducta criminal, Urban había desempeñado sus responsabilidades de manera objetiva y minuciosa, incluso informando de la necesidad de supervisión sobre dicho empleado.

En sentido contrario actuó el Departamento de Justicia de Estados Unidos en el caso MoneyGram. En 2017, esta organización acordó con el Departamento de tesoro la sanción pecuniaria y la restricción al oficial de cumplimiento de ejercer por tres años, como responsable de no mantener un programa efectivo contra el lavado de dinero⁵⁵. De manera que, no solo se estableció la posición de garante sobre la persona jurídica sino en cabeza del *compliance officer* por no garantizar la efectividad del programa de cumplimiento. En suma, al interior de Estados Unidos las posiciones son diversas, de un lado, la posibilidad de ser responsables ante la carencia de dicho programa y de otra parte, el análisis si la actuación se hizo de buena o mala fe, por lo que se considera un modelo de imposición de responsabilidad restrictiva⁵⁶.

La regulación española además de contener la responsabilidad penal de la persona jurídica, contempla al oficial de cumplimiento como un cargo que, ostenta facultad de organización y control⁵⁷. Motivo por el cual, se consideraría responsable al agente cuando exista incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control del literal b del artículo 31 bis 1. Sin embargo, la norma no contempla los criterios para determinar el cumplimiento o no de los deberes de control y se completa a través de la imposición de auditorías.

El caso "Corpesca" en Chile señaló la relevancia del directorio de involucrarse en la implementación efectiva de los modelos de cumplimiento. En la decisión se puntualizó como finalidad de estos, la promoción de una cultura corporativa de integridad y condenó la existencia del mismo dentro de esta empresa como uno de *papel* por no haber garantizado su efectiva puesta en funcionamiento. De acuerdo con el fallo, los deberes de dirección, supervisión y

⁴⁹ Ley 27.765, de 2002.

⁵⁰ POLANÍA (2015), p. 262.

⁵¹ POLANÍA (2015), p. 269.

⁵² POLANÍA (2015), p. 271.

⁵³ FAHRENBACH et al. (2010).

⁵⁴ Sentencia Securities and Exchange Commission vs. Theodore W. Urban. 8 September 2010.

⁵⁵ REUTERS (2014).

⁵⁶ RAMÍREZ (2021), p. 74.

⁵⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016).

control se incumplieron de manera que, la responsabilidad por sobornos no dependió solo de las actuaciones del gerente general sino de la falta de diligencia de los miembros del Directorio para prevenir y monitorear dichas actuaciones⁵⁸. Por ello, no se trata de un simple cumplimiento normativo, sino que debe asegurarse que la empresa actúe con debida diligencia en todas sus operaciones y poder documentarla para, eventualmente, preconstituir prueba ante un procedimiento judicial⁵⁹.

En Colombia, se insiste, no existe responsabilidad penal de las personas jurídicas pero vía administrativa se han señalado los deberes del oficial de cumplimiento⁶⁰. Así, se dispone que este tiene el deber especial en prevención antilavado, consistente en desarrollar las acciones necesarias para conocer adecuadamente a los clientes y usuarios, reforzando el conocimiento de aquellos sensibles a conductas delictivas y como objeto exclusivo *administrar el SARLAFT, lo cual implica coordinar, gerenciar, gestionar, ejecutar e implementar los procedimientos, políticas y controles del programa adoptado por la respectiva institución supervisada, conforme a las leyes, reglamentos, normas, resoluciones, circulares, instrucciones, estándares, mejores prácticas, manuales, y planes internos sobre la materia*⁶¹. En esa medida y acorde con los ordenamientos revisados, el oficial de cumplimiento adquiere deberes especiales a su cargo y eventualmente la posición de garante frente a la comisión de delitos, siempre y cuando tuviese la capacidad de evitar resultado lesivo.

4. Conclusiones

Se puede evidenciar como la actividad empresarial se proyecta sobre diferentes ámbitos de relevante interés político criminal, pero también dogmático. Con ocasión de la expansión del derecho penal y el reconocimiento de actividades criminales más allá de las personas naturales existe una nueva delimitación de los bienes jurídicos, pluralidad de fuentes reguladores e integración al derecho penal ante la proliferación de tipos penales en blanco y delitos de peligro abstracto. De allí que se planteen nuevos retos en la concepción del delito, sus aristas e incluso su indagación desde la criminología.

En ese sentido, como se insistió a lo largo del texto, la consideración de la delincuencia empresarial significa afrontar la complejidad de su estructuración y de sus relaciones mercantiles. Por ello, en consideración de la responsabilidad a partir de los postulados de la imputación objetiva, se debe atender a los principios de división de trabajo, especialización y complementariedad, para fijar límites a la competencia funcional dentro de una empresa. De esta forma, se reconoce que diferentes sujetos intervienen dentro de las acciones de la empresa y se pretende que el derecho penal debería contemple todos los elementos concurrentes, contribuyendo a fortalecer los sistemas de cumplimiento empresarial, introduciendo en ellos los valores propios del sistema penal⁶².

Por estas razones, para establecer la posible responsabilidad penal del oficial de cumplimiento por su omisión, corresponde determinar si tenía o no en su titularidad la posición de garante. De tal suerte que, no se puede considerar una respuesta única a los casos en los cuales puede ser imputado o no. Es decir, en cada caso deberán verificarse las funciones asignadas dentro de su rol como oficial de cumplimiento, acción que al interior del ordenamiento jurídico colombiano, deriva en el estudio individual de cada persona jurídica, pues la hipernormativización solamente ha dejado esbozos de funciones ambiguas y generales. Sin

⁵⁸ Sentencia Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, “Ministerio Público con Jaime Orpis Bouchon, Marta Isasi Barbieri, Raul Lobos Torres y Corpesca S.A.”, de 16 de abril de 2021.

⁵⁹ MARTÍNEZ (2020), p. 63.

⁶⁰ Entre otras, debida diligencia que, conforme a la Superintendencia Financiera de Colombia: consiste en desarrollar las acciones que sean necesarias para conocer adecuadamente a los clientes y usuarios, reforzando el conocimiento de aquellos que por su actividad o condición sean sensibles al lavado de activos o al financiamiento del terrorismo y, en general, cumplir con todas y cada una de las obligaciones establecidas en la Ley, en el Manual para la Prevención, en el Código de Conducta y en las disposiciones emitidas por el sujeto obligado en esta materia de la manera más eficiente y diligente posible.

⁶¹ superintendencia Financiera de Colombia. Skandia Valores S.A. 4 noviembre 2020, p. 8.

⁶² NIETO (2013).

perjuicio de ello, se destaca su relevancia en términos de no solamente anunciar un programa de cumplimiento sino dar su efectiva implementación.

El debate al respecto, se concentra en determinar las obligaciones del oficial de cumplimiento como diseñador y gestor del programa de cumplimiento. De un lado se puede considerar el rol ejercido dentro de la organización como uno auxiliar y orientado exclusivamente al reporte y evaluación de riesgos⁶³ y de otra parte, asumirlo como uno especialmente relevante con la posibilidad de impedir la realización de un tipo penal, incluso a través de la labor de información, si ello deriva en la adopción de medidas suficientes para impedir el curso lesivo. En Colombia se exige su pertenencia al menos al segundo nivel jerárquico de la empresa, pero para la atribución de responsabilidad penal, deberá evaluarse el manual de funciones y si existe la obligación de reporte ante las autoridades estatales y no solamente ante los directivos empresariales.

Además de examinar la posición de garante y determinar su responsabilidad ante la empresa y ante el Estado, se debe indagar acerca de la capacidad de evitar los resultados. Dicha facultad, como se pudo observar, no depende del dominio que tenga dentro de la organización sino del control efectivo que tuviese para impedir el resultado lesivo. Al respecto, no se trata de una causalidad hipotética, sino que deriva del punto anterior, es decir, de los deberes asignados dentro de su rol y su capacidad para impedir un resultado. En consecuencia, se debe verificar la facultad decisoria y ejecutoria que le haya asignado, pues en el plano comparativo con el derecho penal internacional, no podrá ser responsable quien no posea dichos poderes⁶⁴.

Bajo estos postulados, existen diferentes escenarios en los cuales podría contemplarse la responsabilidad del oficial de cumplimiento bajo la figura de comisión por omisión en calidad de posición de garante. Primero, podría indicarse que, puede ser responsable como autor de una situación de no hacer, cuando razonablemente tuviera incidencia en la no evitación de un resultado que pudo ser previsto si el órgano de cumplimiento hubiera sido más diligente y activo. Segundo, podrá imputarse su responsabilidad cuando incumpla un deber que no sea de garantía como participe en calidad de cómplice.

En cualquiera de las situaciones que se investiguen, es fundamental el análisis de la tipicidad subjetiva. En pocas palabras, cualquiera que sea la participación se debe verificar el cumplimiento de los requisitos subjetivos, a saber, la voluntad y el conocimiento en relación con la omisión. En la primera situación planteada -como autor- además de existir la omisión dolosa, sería viable contemplar la configuración de un delito imprudente (siempre que se encuentre contemplado) o bien, bajo un error de tipo. En la segunda situación, solo será válida la imputación cuando se satisfagan los requisitos de una conducta dolosa.

Con lo anterior, se observa la necesidad de comprender la ocurrencia de fenómenos criminales más complejos y hacer un llamado a ampliar el espectro de investigación en el campo del derecho penal. De formar que, se reconozca la interrelación de las actuaciones empresariales con las decisiones estatales y en consecuencia que, los hechos no ocurren de forma aislada. Esto también significa, analizar desde una perspectiva crítica el derecho penal en el ámbito empresarial y su implementación desigual.

En consonancia con lo anterior, la responsabilidad del oficial de cumplimiento no puede excluir la del delegante, pues ello reforzaría las consideraciones desiguales del derecho penal. Igualmente, fortalecería la ejecución de actos delictivos por agencias del poder y el uso de chivos expiatorios. Por lo que, se debe atender a la obligación del representante legal y la junta directiva de efectuar la lectura y revisión de los informes del oficial de cumplimiento, sin que pueda la delegación ser la vía de exclusión de la responsabilidad.

Igualmente, la imposición de sistemas de autorregulación empresarial no puede recaer en las pequeñas y medianas empresas. Esta afirmación obedece precisamente a que en estos escenarios no resulta tan diáfanas las funciones de cada órgano. En la mayoría de ocasiones, dentro de estas organizaciones una misma persona cumple más de una función, por lo cual no

⁶³ ROBLES (2013).

⁶⁴ Sentencia International Criminal Court. The Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo.

podría considerarse en estos casos ni la responsabilidad del gestor de cumplimiento ni de la persona jurídica.

Si por el contrario se pretendiese expandir las obligaciones de autorregulación, incluso a estas empresas se afectaría de forma significativa la economía emergente y se replicaría el modelo punitivo como uno de carácter selectivo. Si bien se reconoce la expansión del derecho penal, ello obedece exclusivamente a la persecución de los crímenes ejercidos por el poder y en estas circunstancias ello no existiría. Por lo que no debe abandonarse la consideración de una “vulnerabilidad ilusoria” en términos de Zaffaroni, en la medida que “*siempre la vulnerabilidad penal es directamente proporcional a la distancia del poder*”⁶⁵. De esta forma, la existencia de conductas delictivas de parte de organizaciones empresariales, no debería significar replicar los históricos desaciertos en el empleo del derecho penal.

Con todo lo mencionado, se itera la imposibilidad de brindar una única respuesta en cuanto a la responsabilidad del oficial de cumplimiento. Sin embargo, se determinaron los principales aspectos a considerar dentro de una investigación penal. Así mismo, se valoraron los retos que implica la integración del derecho privado y de autorregulación en el derecho penal para la prevención y sanción de las empresas vinculadas en actuaciones criminales. En Colombia, se evidenció inconveniente la falta de responsabilidad penal de personas jurídicas y los desafíos en cuanto a la unificación de atribuciones de los órganos en los sistemas de gestión del riesgo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AMBOS, KAI; DINOS, CARLOS; CARO, CORIA; EZEQUIEL, MALARIN (Eds.) (2015): *Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado* (Lima, Jurista Editores).

BECK, ULRICH (1998): *La sociedad el riesgo: Hacia una nueva modernidad* (Traducc. Jorge Navarro, Daniel R. Jimenez y Ma Rosa Borràs (Barcelona, Paidós).

DE LUCA, JAVIER AUGUSTO (2021): “Delitos desde las corporaciones”, en: Galain, Pablo y Saad-Diniz, Eduardo (Eds.), *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo* (Chile, Tirant lo Blanch), pp. 375-398.

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO (2012): “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”, en: *Revista penal México Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico* (N° 3). Disponible en: https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14233/fundamento_de_la_responsabilidad.pdf?sequence=2 [visitado el 5 de octubre de 2022].

DIAS DOS SANTOS, ÍLISON Y ZAFFARONI, EUGENIO RAUL (2020): *La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financiero* (Valencia, Tirant lo Blanch).

DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO (2022): “Posición de garante del compliance officer por infracción de “deber de control”: una aproximación tópica”, en: González, Franco y Zapatero, Luis (Eds.), *El Derecho Penal Económico en la era Compliance* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

FAHRENBACH, RALF; FREUND, CHRISTIANE; MARKFORT, RAINER Y SCHEFOLD, CHRISTIAN (2010): “The Compliance Officer’s Function within a Company - The Federal Supreme Court decides on compliance officers’ criminal liability regarding violation of their duties and challenges the compliance organizations within the companies - Corporate Governance - Germany”. Disponible en: <https://www.mondaq.com/germany/corporate-governance/91716/the-compliance-officers-function-within-a-company-the-federal-supreme-court-decides-on-compliance-officers-criminal-liability-regarding-violation-of-their-duties-and-challenges-the-compliance-organizations-within-the-companies> [visitado la 14 noviembre 2022].

⁶⁵ DIAS Y ZAFFARONI (2020), p. 92.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016): “Circular 01/2016 Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015”. Disponible en: <https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/09/Circular-sobre-la-Responsabilidad-Penal-de-las-Empresas.pdf> [visitado el 5 de octubre de 2022].

GARCÍA ARÁN, MERCEDES (Ed.) (2014): *La delincuencia económica: prevenir y sancionar* (Valencia, Tirant lo Blanch).

GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR (2020): “The Criminal Liability of the Compliance Officer: An Approach Through Several Hard Cases”. *Journal of Penal Law and Criminology* [on-line]. Istanbul University, Mai 2020 [visitado la 8 aprilie 2023], Vol. 8, nr. 1, p. 59–71. DOI 10.26650/JPLC2020-0010.

HURTADO POZO, JOSÉ (2008) “La responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo”, en: *Derecho Penal y Criminología* (Vol. 29, N° 86-87), pp. 95-116. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/618> [visitado el 4 de noviembre de 2022].

JAKOBS, GÜNTHER (2002): *La imputación objetiva en derecho penal*, 1ª edición, 2ª reimpresión (Buenos Aires, Ad-Hoc).

LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO (2014): “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, en: Hortal, Juan Carlos y Valiente, Vicente (Coords.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (Madrid, Edisofer), pp. 301-336.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO (2015) “Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal”, en: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (Año 25, N° 1-4), pp. 95-115.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO (2022): “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, en: Nieto, Adán; Lascurraín, Juan; Blanco, Isidoro; Pérez, Patricia y García, Beatriz (autores), *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 272-303.

LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO (2019): “La responsabilidad penal del compliance officer”. Disponible en: <http://www.marcialpons.es/libros/la-responsabilidad-penal-del-compliance-officer/9788413094342/> [visitado el 12 de noviembre de 2022].

LLEDÓ BENITO, IGNACIO (2018): *Corporate compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables* (Madrid, Dykinson).

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, WILSON ALEJANDRO (2020): *Guía para la gestión del riesgo de corrupción en la empresas sector real*, 1ª edición (Bogotá, Legis).

MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU Y GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR (2014): *Responsabilidad de la empresa y "compliance": programas de prevención, detección y reacción penal* (Madrid, Edisofer).

NAVAS MONDACA, IVÁN (2018): *Deberes negativos y positivos en derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch).

NAVAS MONDACA, IVÁN (2021): “La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento”, en: *Política criminal* (Vol. 16, N° 32), pp. 715-744.

NIETO MARTÍN, ADÁN (2013): “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, en: *Compliance y teoría del derecho penal*, pp. 21-50. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4884018> [visitado el 30 de septiembre de 2021].

PAZMIÑO RUIZ, JOSÉ ROBERTO Y POZO TORRES, JUAN FRANCISCO (2019): “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador”, en: *Derecho Penal y Criminología* (Vol. 40, N° 109),

pp. 89-122. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7726818> [visitado el 12 de noviembre de 2022].

PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO (2022): *Modelo normativista de imputación en macrocriminalidad y crímenes internacionales*, 1ª edición (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

POLANÍA-ORTZ, MIGUEL (2015): "Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de parte general", en: Ambos, Kai; Caro, Dino y Malarino, Ezequiel (Coords.), *Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado* (Lima, Jurista), pp. 244-288.

RAMÍREZ, PAULA ANDREA (2021): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en Colombia: realidades y desafíos". Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/54874> [visitado el 4 de noviembre de 2022].

RAMIREZ RAMIREZ, VALENTINA (2021): "Régimen de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia y su incidencia en el Compliance". Disponible en: <https://repository.urosario.edu.co/items/2d87ffc2-b285-4eb8-b1c8-12601197511e> [visitado el 10 de noviembre de 2022].

REUTERS (2014): "Exclusive: U.S. weighs \$5 million fine against ex-MoneyGram compliance chief". Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-financial-regulations-moneylaundering-idUSBREA3G18T20140417> [visitado el 15 de noviembre de 2022].

ROBLES PLANAS, RICARDO (2013): "El responsable de cumplimiento ("Compliance Officer") ante el Derecho Penal", en: A.A.V.V., *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Atelier).

RUIZ RENGIFO, HOOVER WADITH (2020): "¡El compliance llegó para quedarse! Qué debe saber el empresario acerca del programa de cumplimiento y el poder corporativo", en: *Dos mil tres mil* (Vol. 22), pp. 1-10.

SEPÚLVEDA RAMÍREZ, ANDRÉS CAMILO (2021): "Programas de cumplimiento y responsabilidad penal". Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/54876> [visitado el 16 de noviembre de 2022].

SERRANO-PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN (2008): *Cuestiones actuales de derecho penal económico* (Madrid, Colex).

SIEBER, ULRICH (2013): "Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en: *El derecho penal económico en la era compliance*, pp. 63-110. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4469358> [visitado el 21 de febrero de 2022].

SILVA SANCHEZ, JESUS-MARIA SILVA (2008): "Evolucion Ideologica de la Discusion sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas, La Derecho Penal", en: *Derecho Penal y Criminologia* (Vol. 29, N° 86-87), pp. 129-148. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/dpenkrim29&i=124> [visitado el 16 de noviembre de 2022].

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (2011): *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edición ampliada (Madrid, Edisofer).

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (2016): *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2ª edición, ampliada y actualizada (Madrid, Edisofer).

SUÁREZ DÍAZ, YENIFER YISETH (2022): "La dualidad del Estado colombiano frente a los crímenes de poderosos", en: Ariza, Libardo José; Iturralde, Manuel y Tamayo Arboleda, Fernando León

(Coords.), *Perspectivas socio-jurídicas sobre el control del crimen en Colombia* (Bogotá, Universidad de los Andes).

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (s.f.): “Quiénes somos”. Disponible en: <https://supersociedades.gov.co/web/nuestra-entidad/quienes-somos> [visitado el 16 de noviembre de 2022].

JURISPRUDENCIA CITADA

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. THE PROSECUTOR VS. JEAN PIERRE BEMBA GOMBO, 21 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-02/09-1>.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. Securities and Exchange Commission vs. Theodore W. Urban. 8 de septiembre de 2010.

SUPERINTENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Skandia Valores S.A. 4 de noviembre de 2020.

JAIME ORPIS BOUCHON, MARTA ISASI BARBIERI, RAÚL LOBOS TORRES Y CORPESCA S.A. (2021): Tercer Tribunal de Juicio Oral en ño Penal de Santiago 16 de abril de 2021 - Chile (procedimiento penal), en: www.pjud.cl.