



EL PROBLEMA DE LA COSMÉTICA EN LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LAS SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

THE PROBLEM OF COSMETIC COMPLIANCE PROGRAMS AND THEIR EFFECTS ON CRIME PREVENTION AND SANCTIONS APPLICABLE TO LEGAL ENTITIES

JOSÉ MIGUEL LOMANTO FRIAS*
LUIS FELIPE BOTERO CÁRDENAS**

*Fecha de recepción: 7 de marzo de 2025
Fecha de aceptación: 4 de abril de 2025
Fecha de Publicación: 30 de junio de 2025*

RESUMEN

Este artículo es el resultado de una investigación cuyo objetivo principal fue analizar si existen elementos objetivos para evaluar

* Estudiante de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, cursando noveno semestre. Coordinador del Semillero de Investigación en Derecho Penal Económico y monitor académico de las asignaturas Derecho Procesal Penal I y Derecho Procesal Penal II de la misma universidad. Actualmente, se desempeña profesionalmente como paralegal en la firma de abogados Mauricio Marín Martínez Abogados Consultores S.A.S. Bogotá, Colombia. Correo electrónico: jolomanto@javeriana.edu.co

** Abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y maestría en Derecho de la Universidad de Los Andes. Actualmente, es profesor titular en las asignaturas de Procesal Penal I, Procesal Penal II, Penal Especial II, y Consultorio Jurídico en la Pontificia Universidad Javeriana. Además, dirige el Semillero de Investigación en Derecho Penal Económico de la misma universidad. Se desempeña profesionalmente como Asociado Senior en la firma Abogados Asociados Riveros Barragán S.A.S. Bogotá, Colombia. Correo electrónico: botero-luis@javeriana.edu.co

los programas de cumplimiento y determinar su eficacia en la prevención del delito dentro de las empresas o personas jurídicas. De esta manera, la metodología empleada consistió en el análisis de fuentes doctrinales y normativas para fundamentar la postura sobre el tema. De dicha investigación y análisis, se concluyó que los sistemas de cumplimiento no cuentan con un modelo único y definitivo, y su eficacia aún genera dudas, especialmente respecto a la construcción de una cultura corporativa de cumplimiento. Con lo que si bien cada ordenamiento posee una serie de criterios objetivos que permiten calificar la eficacia de un programa de cumplimiento, lo cierto es que estos criterios no son universales. Así, al final, la eficacia de un programa de cumplimiento siempre dependerá de dos aspectos fundamentales; del reconocimiento de las necesidades específicas de las empresas y su diligencia frente a las fuentes de riesgo, y de un compromiso real de adoptar políticas y prácticas de buen gobierno corporativo.

Palabras clave: Programas de cumplimiento, evaluación del riesgo, cultura de cumplimiento, responsabilidad penal de la persona jurídica, *Compliance* cosmético.

ABSTRACT

This article is the result of a research study whose main objective was to analyze whether there are objective parameters to assess *Compliance* programs and determine their effectiveness in preventing crime within companies or legal entities. Thus, the methodology employed involved analyzing doctrinal and regulatory sources to support the position on the subject. From this research and analysis, it was concluded that *Compliance* systems do not have a unique and definitive model, and their effectiveness still raises doubts, especially regarding the construction of a corporate *Compliance* culture. So, while each legal system has a set of objective criteria to assess the effectiveness of a *Compliance* program, these criteria are not universal. Therefore, the effectiveness of a *Compliance* program will ultimately depend on recognizing the specific needs of companies and their diligence in addressing sources of risk and having a genuine commitment to acquire policies and practices of good corporate governance.

Keywords: Compliance programs, risk assessment, Compliance culture, corporate criminal liability, Cosmetic Compliance.

INTRODUCCIÓN

En 1976, Michael Jensen y William H. Meckling abordaron el problema de la agencia, que, en términos generales, consiste en la falta de alineación entre los intereses de los propietarios de una empresa y los de sus agentes. Así, como resultado de este desajuste, los agentes terminan actuando en su propio beneficio en lugar de en el de la empresa y sus propietarios, lo que, en algunos casos, puede representar un riesgo administrativo o penalmente relevante, según sea el caso.

Ante lo anterior, y reconociendo la altísima importancia del sector empresarial en la sociedad, así como el impacto positivo o negativo que su operancia puede suponer, múltiples ordenamientos jurídicos adoptaron la responsabilidad penal de las personas jurídicas o *contrario sensu*, incorporaron la posibilidad de que el ente juzgador impusiera sanciones accesorias de distinta naturaleza a esta. De este modo, la tendencia de los ordenamientos jurídicos hacia la adopción de este modelo de responsabilidad, así como la aplicación de sanciones accesorias, ha evolucionado hasta el punto en que la implementación de un programa de cumplimiento como manifestación de una política de observancia a las normas, se ha convertido no solo en una necesidad para las empresas, sino también en una obligación que devine de disposiciones normativas, dependiendo del caso que se analice.

En Reino Unido, Italia, Japón, Austria y Australia, la implementación de programas de cumplimiento eficaces puede llevar a la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Lo que contrasta con Estados Unidos, donde la misma situación puede resultar en una disminución de la pena o en la no adopción de medidas cautelares durante la fase preliminar de una investigación.¹ O, por otro lado, en el caso de España, aunque no se exige a las empresas la implementación de programas de cumplimiento, contar con ellos puede servir como defensa en un proceso de responsabilidad corporativa, ya sea para buscar una exención de la responsabilidad o, en su defecto, para atenuar la sanción, como se explicará más adelante.²

Sin embargo, una de las principales dificultades que enfrentan las empresas al adoptar programas de cumplimiento, para evitar la responsabilidad penal,

1 Marta Muñoz de Morales Romero, *Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada*, en *El Derecho Penal en la Era Compliance* 211-12 (Tirant lo Blanch ed., 2013).

2 Miguel Polaino-Orts, *Gobernanza corporativa y criminal Compliance en la legislación española tras la reforma de 2015*, en *Anuario de Corporate Compliance* 90 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino-Orts dirs., Editorial Ibáñez ed., 2019).

bien sea de la empresa como ente jurídico independiente o quienes están vinculados a ella, es que estos pueden ser calificados por fiscales o autoridades judiciales como ineficaces o como un “*Cosmetic Compliance*”. Es decir, un programa de cumplimiento que, aunque ha sido diseñado, implementado y ejecutado, no ha tenido un impacto real en el desarrollo de una cultura de cumplimiento en la empresa. Lo cual resulta en la pérdida de capacidad de la política de *Compliance* para influir en el proceso penal respecto a la responsabilidad de la persona jurídica, de sus miembros, o de su representante legal.³

A modo de ejemplo de lo mencionado anteriormente, durante la vigencia de la *Federal Sentencing Guidelines* de 1991⁴ en los Estados Unidos, que establecían que los programas de cumplimiento debían identificar, evitar y prevenir conductas delictivas por parte de la empresa o sus miembros, y, en caso de que se cometieran, asegurar su detección, investigación y denuncia oportunas⁵. El caso Enron, uno de los mayores escándalos corporativos de la historia, en donde *Enron Corporation* utilizó una estructura contable fraudulenta para ocultar sus deudas y sobrestimar sus ingresos, presentando una imagen empresarial próspera cuando, en realidad, se encontraba al borde de la quiebra, demostró que, a pesar de contar con un sistema de cumplimiento normativo conforme a dichos estándares, su eficacia no era suficiente frente a la comisión de delitos financieros dentro de la compañía. Lo cual se debió a que el programa solo existía en papel y sus directivos no tenían un conocimiento ni un manejo adecuado del mismo.⁶

Por lo anterior, en 2004 se revisaron las *Federal Sentencing Guidelines*, añadiendo el deber de que directivos y administradores conozcan, ejecuten y

3 Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y corrupción*, en *Anuario de Corporate Compliance* 506 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino-Orts dirs., Editorial Ibáñez ed., 2019)

4 Las *Federal Sentencing Guidelines* (Directrices Federales de Sentencia) son un conjunto de reglas y principios emitidos por la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos que establecen un marco para la imposición de penas en el ámbito federal. Estas directrices fueron diseñadas para promover la uniformidad y proporcionalidad en las sentencias, proporcionando criterios específicos que los jueces deben considerar al determinar las penas aplicables a personas físicas y jurídicas. En el contexto del derecho penal corporativo, las *Federal Sentencing Guidelines* incluyen disposiciones que incentivan la implementación de programas de *Compliance* efectivos, con el fin de prevenir y detectar delitos dentro de las empresas, y que, en caso de ser adecuados, pueden servir como atenuantes al momento de determinar la pena.

5 Aldo Calcina Hancco, *Compliance programs penal: en el sector laboral empresarial*, en *Anuario de Corporate Compliance* 151 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino-Orts dirs., Editorial Ibáñez ed., 2019).

6 Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y corrupción*, en *Anuario de Corporate Compliance* 506 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino-Orts dirs., Editorial Ibáñez ed., 2019).

supervisen el sistema de cumplimiento. Así, la eficacia de este sistema para la disminución de la pena o la no adopción de medidas cautelares durante la fase preliminar de una investigación está condicionada a dos elementos: i) la debida diligencia en el diseño, ejecución y supervisión de los sistemas de prevención y detección de delitos, y ii) la promoción de la ética desde la dirección empresarial, mediante el fomento de una cultura organizacional de cumplimiento con la ley, establecida a partir de las directrices de la compañía.⁷

Sin embargo, tomando como referencia el ejemplo de Estados Unidos, la efectividad de los programas de cumplimiento y su impacto en la responsabilidad penal de la empresa sigue siendo objeto de debate. Esto, en tanto la realidad muestra que tanto fiscales como jueces son reacios a reconocer un efecto exonerante o atenuante de la sanción. Tanto así, que en 1996 y 1999 solo existieron tres empresas que obtuvieron la atenuación de su pena por la implementación adecuada de programas de cumplimiento⁸.

Teniendo en cuenta lo descrito anteriormente, en este producto caracterizaremos el concepto de *Compliance* y, a continuación, realizaremos una breve revisión de algunos ordenamientos jurídicos que prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas así como de aquellos que han optado por sanciones administrativas frente a los mismos hechos o han establecido sanciones penales accesorias para las empresas y normativa técnica internacional, con el fin de analizar si existen elementos objetivos para evaluar los programas de cumplimiento y determinar si estos son eficaces en la prevención del delito dentro de las empresas o personas jurídicas en general⁹.

De esta manera, ofrecemos este escrito a la comunidad jurídica en general, especialmente a los estudiantes y egresados de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana que desean ampliar sus conocimientos en derecho penal económico y de la empresa. Esto, en aras de contribuir al compromiso adquirido por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad como estudioso de estos temas en instancias de pregrado y posgrado.

7 Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y corrupción*, en *Anuario de Corporate Compliance* 499 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino-Orts dirs., Editorial Ibáñez ed., 2019).

8 Marta Muñoz de Morales Romero, *Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada*, en *El Derecho Penal en la Era Compliance* 214 (Tirant lo Blanch ed., 2013).

9 Consideramos pertinente aclarar que se habla de “personas jurídicas en general” en tanto el *Compliance* no aplica únicamente a personas jurídicas de derecho privado como muchas veces podría indicarlo la intuición.

1. CARACTERIZACIÓN DEL COMPLIANCE PENAL

1.1. Definiciones, Objeto y Funciones

En los últimos años, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, o en su defecto las sanciones accesorias que se puede imponer a estas en aquellos ordenamientos en donde no se ha incorporado este modelo de responsabilidad, ha cobrado una importancia innegable. Esto, atendiendo a que, en palabras de Paula Andrea Ramírez Barbosa¹⁰,

El delito corporativo plantea la posibilidad de atribuir responsabilidad a las personas jurídicas en los países que regulan esta modalidad, lo cual puede ser concurrentemente con las responsabilidades individuales como resultado de la comisión de delitos cometidos por los representantes legales y/o directivos de la empresa cuando actúen en nombre de la sociedad; o cuando sus empleados cometan crímenes en ejercicio de las actividades sociales y por cuenta de la compañía.

De esta manera, la política que ha sido utilizada desde los años setenta aproximadamente para atajar este tipo de situaciones, desde el punto de vista jurídico, se le denomina *Compliance*. Política que, según lo señalado por Luis Felipe Henao Cardona & Carlos Guillermo Castro Cuenca¹¹ citando a Miguel Ontiveros Alonso, consiste esencialmente en un sistema para el cumplimiento del ordenamiento y la ética corporativa. O, citando también a Troklus, Warner y Wollshlager Schwartz consiste en un sistema de individuos, procesos, políticas y procedimientos desarrollados para asegurar el cumplimiento de las leyes, regulaciones industriales y contratos privados que gobiernan las acciones de la organización.

Paralelamente y de manera muy similar, Ulrich Sieber¹² lo define como un modelo de prevención de riesgos a través de la introducción de una cultura del respeto de las normas legales y éticas en la empresa que implica el estableci-

10 Paula Andrea Ramírez Barbosa & José Carlos Ferré Olivé, *El Mundo de los Negocios y los Crímenes Corporativos: Reflexiones de Casos Globales*, en *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*, 20-48, (2021).

11 Luis Felipe Henao Cardona & Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Introducción al Compliance, Concepto y Características*, en *Compliance: Prevención de la Corrupción Pública y Privada* 23-35 (2020).

12 Ulrich Sieber, *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 del Compliance* 64 (Luis Arroyo Zapatero & Adán Nieto Martín eds., Tirant lo Blanch 2013).

miento de códigos de conducta, medidas de auto vigilancia, controles y la auto-determinación de los flujos de información.

A partir de las anteriores definiciones, se puede determinar entonces que el *Compliance* penal tiene como objeto fundamental la prevención, gestión y corrección del riesgo de responsabilidad penal dentro de las empresas a través de medidas que aseguran el cumplimiento del ordenamiento jurídico y la ética corporativa. Riesgo que, vale la pena aclarar, puede surgir tanto del uso de la estructura de la empresa como de la conducta individual de los agentes que orgánicamente forman parte de esta.

De esta manera, su propósito no se limita a evitar la imposición de sanciones con ocasión a la sujeción al ordenamiento jurídico, sino que también busca fomentar una cultura de respeto hacia las normas legales y éticas en todos los niveles de la organización, involucrando tanto a directivos como a empleados. Para ello, el *Compliance* penal se apoya en un sistema integral compuesto por individuos, procesos y políticas cuyo fin último no es más que garantizar que las actividades empresariales se lleven a cabo dentro de los límites de la ley.

Con todo, en línea con las definiciones de *Compliance* ya citadas, encontramos acertada la postura de los autores Luis Felipe Henao Cardona & Carlos Guillermo Castro Cuenca¹³, al considerar que el *Compliance* cumple con cuatro funciones destacadas. i) Promover una cultura de ética y de cumplimiento, (ii) favorecer el buen gobierno corporativo y la autorregulación de las organizaciones, (iii) permitir la prevención del delito y las conductas ilegales y (iv) facilitar el análisis de la responsabilidad al interior de la empresa.

No obstante las definiciones citadas previamente y estando plenamente de acuerdo con las funciones del *Compliance* planteadas por los autores mencionados, resulta crucial analizar los calificativos atribuidos a este como ‘sistema’ y ‘modelo’. Definirlo con tales términos podría generar problemas, dado que, si bien es un concepto transversal que facilita la interacción entre diversas áreas del derecho y situaciones del mundo jurídico, consideramos que carece de una regulación universal y homogénea de entera accesibilidad que permita una aplicación irrestricta o “a ciegas”. En este sentido, podría suceder que, ante la ausencia de un marco jurídico unificado, su aplicación efectiva puede verse truncada para quienes buscan implementar una política de cumplimiento

13 Luis Felipe Henao Cardona & Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Compliance: Prevención de la Corrupción Pública y Privada* 27 (2020)

efectiva. Consideramos imprescindible entonces realizar un análisis crítico y profundo sobre los alcances y limitaciones del *Compliance* como concepto, en aras de entender aquel como un conjunto de sistemas, políticas y principios que, al ser dinámicos y no universales, requieren una aplicación práctica basada en un minucioso análisis de las necesidades y fines particulares del ente, ya sea de naturaleza pública o privada, que busque implementarlos.

2. RESPUESTA A LA CRIMINALIDAD CORPORATIVA DESDE EL DERECHO COMPARADO

A pesar de que en los últimos años la adopción de la responsabilidad de personas jurídicas como mecanismo para atajar la criminalidad corporativa ha sido una constante, no puede echarse de menos que cada país ha implementado sus propios mecanismos de orden normativo conforme a su tradición jurídica y contexto socioeconómico para abordar aquel fenómeno.

En este sentido, el derecho comparado constituye una herramienta esencial para poder comprender cómo los distintos ordenamientos jurídicos diseñan políticas de diversas naturalezas orientadas a prevenir el delito en el ámbito empresarial para enfrentarla.

Así, a lo largo de este capítulo, se examinarán las sanciones aplicables a las empresas desde una perspectiva comparada, explorando cómo algunos sistemas han optado por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras que otros privilegian regímenes administrativos sancionatorios o de penas accesorias.

En legislaciones como la peruana, debe ponerse de presente que no se ha incorporado al ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, en su legislación penal establecen penas accesorias a la pena *per se* aplicada a personas naturales en los casos en los que se comprueba que el delito se consumó en el ejercicio de la actividad económica de la empresa o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo. Un claro ejemplo de lo anterior es el artículo 105 del Código Penal Peruano que prevé la multa, clausura de locales, cancelación y disolución de la personería jurídica o la prohibición de continuar explotando la actividad económica a modo de sanciones accesorias a la pena¹⁴.

14 Presidencia de la República de Perú, Decreto Legislativo No. 635, Código Penal, art. 105 (3 de abril de 1991), publicado en el Diario Oficial El Peruano.

De esta manera, puede observarse que este ordenamiento establece una serie de criterios a evaluar al momento de graduar la sanción a imponer establecidas en el Código Penal Peruano en el artículo 105¹⁵, como lo son que i) la empresa haya prevenido la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas, ii) la modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible, iii) la gravedad del hecho punible realizado, iv) la extensión del daño o peligro causado, v) el beneficio económico obtenido con el delito, vi) la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible, y vii) la finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

Sobre el particular, autores como Calcina Hanco, explicando de qué manera funciona la imposición de las sanciones descritas, reconocen que estos elementos se pueden ver satisfechos de forma favorable (es decir, puede evitarse la imposición de la sanción) cuando la compañía implementa un sistema de cumplimiento a través de la cultura empresarial formada en valores, es decir, acredita una base ética normativa que se expresa en un código de deberes de actuar o de omitir acciones en circunstancias concretas que se denominan reglas de conducta al interior de la compañía.¹⁶ Incluso, en países donde funcionan sistemas de esta naturaleza, al estar compuestos por elementos normativos más o menos comunes que sirven de guía para su implementación y valoración, como lo son la evaluación del riesgo penal, adopción de protocolos y políticas escritas de prevención, compromiso de los órganos directivos, formación del personal, delegación, supervisión y revisión, implementación de sistemas disciplinarios, flujos de información dinámicos, creación de departamentos especiales de control y vigilancia, entre otros elementos, es posible lograr un acercamiento considerable a lo que puede ser un sistema de prevención eficaz.¹⁷

Por otro lado, en legislaciones como la colombiana se sigue un camino muy similar al peruano pues en Colombia no se ha incorporado al ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con lo cual, al igual que en Perú solo se aceptan sanciones penales accesorias a saber, medidas provisionales, como lo son las consagradas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004¹⁸

15 Presidencia de la República de Perú, Decreto Legislativo No. 635, Código Penal, art. 105 (3 de abril de 1991), Diario Oficial El Peruano.

16 Aldo Calcina Hanco, *Compliance Programs Penal: En el Sector Laboral Empresarial*, en *Anuario de Corporate Compliance*, 156, (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts dirs., Ed. Ibáñez, Bogotá D.C., 2019).

17 Id, en 156.

18 Congreso de la República, Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, art. 91 (Colom.).

dirigidas a suspender la personería jurídica de la compañía o su cancelación definitiva. Incluso, el ordenamiento jurídico también reconoce la responsabilidad administrativa de las empresas rente a riesgos de comisión del delito de soborno trasnacional. Este asunto se encuentra regulado en la Ley 2195 de 2022 en el artículo 14¹⁹ y ha establecido que las compañías podrán implementar programas de transparencia y ética empresarial, produciendo atenuaciones en la sanción, o en otros casos, frente a la colaboración con la justicia, a la exoneración de responsabilidad administrativa según se explicará más adelante.

Vale la pena detenerse a observar que la elaboración de dichos programas de transparencia y ética empresarial se encuentra regulada por la Superintendencia de Sociedades mediante la Circular Externa 100-000011 de 2021 en la que se recogieron las buenas prácticas internacionales tenidas en cuenta al momento de la valoración de un adecuado sistema de prevención. En esta circular se señala que aquellos deben contar con al menos los siguientes elementos: El diseño del programa debe fundamentarse en una previa valoración de los riesgos penales, acompañada de la determinación clara y documentada de las responsabilidades asignadas a los administradores y oficiales de cumplimiento. Asimismo, es esencial establecer procedimientos y controles específicos, así como definir funciones para administradores, empleados y asociados. El programa debe ser dinámico y estructurado de manera que permita actualizaciones ágiles y efectivas. Además, se debe designar un oficial de cumplimiento, implementar mecanismos de capacitación y pedagogía relacionados con el programa, habilitar canales de denuncia accesibles y confiables, y establecer reglas de conducta claras y documentadas para empleados, asociados, administradores y demás partes interesadas.

Como se señaló, la Ley 2195 de 2022 también permite la exoneración total o parcial de la responsabilidad administrativa cuando la compañía colabore oportunamente con la entrega de información y pruebas relacionadas con la comisión de algún delito en particular en el marco de la actividad empresarial, siempre y cuando dicha información y dichas pruebas sean de utilidad en el momento en que sean entregadas, que la información no sea conocida o difundida por otros medios, que no haya sido objeto de investigación por autoridades nacionales o extranjeras, y que se hayan tomado acciones correctivas al interior de la compañía, en todo caso, cuando se pretenda la exoneración total. Además, deberán concurrir dos elementos esenciales. i) Que previo al inicio de la investi-

19 Congreso de la República, Ley 2195 de 2022 por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones, art. 14 (18 de ene. de 2022) (Colom.).

gación la compañía haya puesto en conocimiento de las autoridades los hechos, y ii) que no se haya ejecutado la transacción internacional comprometida.²⁰

En el caso de Alemania, sin ir muy lejos como sucede con la regulación colombiana o peruana donde parece ser que se dan pasos hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha considerado sin más que la respuesta a estos actos debe ser desde la vía administrativa para las personas jurídicas y de responsabilidad penal individual para las personas naturales²¹.

Italia por su parte, introdujo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos cometidos por la alta gerencia, representantes legales, administradores, gerentes, así como por las personas sujetas a su dirección y supervisión a través del Decreto Legislativo 231 del 8 de junio de 2001²². Así, el artículo 6 del citado Decreto Legislativo establece que la entidad debe implementar un modelo de prevención orientado a: (i) Identificar las áreas de actividad en las que podrían cometerse delitos; (ii) desarrollar protocolos específicos para la formación del personal y la toma de decisiones corporativas en materia de prevención de delitos; (iii) asignar los recursos financieros necesarios para prevenir ilícitos penales; (iv) establecer canales de comunicación efectivos hacia el órgano encargado del control y supervisión de la prevención penal; e (v) implementar un sistema disciplinario eficiente para sancionar el incumplimiento de las medidas de prevención²³. De esta manera, en caso de acreditarse que previo a la comisión del delito se había dado cabal cumplimiento a tales exigencias implementado un sistema de cumplimiento, designando un órgano competente para su supervisión y acreditando que los autores actuaron vulnerando dicho sistema de prevención, la entidad podría resultar eximida de responsabilidad administrativa.²⁴

En Estados Unidos sucede un fenómeno distinto al de los ordenamientos previamente referidos pues durante las últimas décadas la mayor parte de los casos

20 Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000011 de 2021, 9 de agosto de 2021 (Colom.)

21 Bernardo Feijoo Sánchez, El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable, en *Anuario de Corporate Compliance* 296 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts dirs., Editorial Ibáñez, 2019) (Colom.).

22 Ismael Clemente Casas & Manuel Álvarez Feijoo, ¿Sirve de algo un programa de *Compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), *Actualidad Jurídica (Uría Menéndez)*, No. 28, 40 (2011) (Esp.), disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf>.

23 Id, en 40.

24 Id, en 40.

de criminalidad corporativa y corrupción internacional se han resuelto por fiscales mediante la aplicación de dos figuras que, vistas desde nuestro ordenamiento jurídico, fungen como acuerdos pre procesales. Estos son los *Deferred Prosecutions Agreements* (DPA) y *Non Prosecution Agreements* (NPA), los cuales permiten que las empresas no lleguen hasta una etapa de juicio. De esta manera, puede observarse que tener un programa de cumplimiento efectivo puede llevar a la fiscalía a solo dirigirse contra los empleados o imponer sanciones más laxas, atendiendo a la posibilidad que ofrecen los acuerdos pre procesales²⁵.

De esta manera, fiscales y jueces son guiados por el *United States Attorney's Manual* al momento de examinar los sistemas de cumplimiento y su efectividad, teniendo en cuenta criterios como el número y nivel de los empleados comprometidos, la gravedad, la frecuencia y la duración del delito, la actualización de los procedimientos para garantizar el cumplimiento u las acciones correctivas de la compañía como investigaciones o sanciones, recordando que la mera existencia de un programa no es suficiente para excluir o atenuar la responsabilidad de la empresa o sus colaboradores.²⁶

Sobre esto, es relevante mencionar que la evolución que en materia de *Compliance* penal ha tenido Estados Unidos, ha permitido identificar elementos más o menos comunes con los que debe contar un programa de cumplimiento eficaz, los cuales no solo provienen de normas penales, sino que recoge normas de gobierno corporativo, códigos éticos, riesgos laborales, protección de datos, blanqueo de capitales o competencia desleal (también conocida como antitrust).²⁷

Estos elementos comunes los podemos delimitar en al menos en cuatro bloques: i) la existencia de un manual de cumplimiento escrito, revisado periódicamente y con programas de formación sobre el mismo, ii) el nombramiento de un oficial de cumplimiento autónomo financieramente y con comunicación directa con los órganos de dirección, iii) medidas de vigilancia y control, y iv) y la existencia de canales de denuncia²⁸.

25 Marta Muñoz de Morales Romero, *Programas de Cumplimiento "Efectivos" en la Experiencia Comparada*, *El Derecho Penal en la Era Compliance* 215, 220 (Tirant lo Blanch 2013)

26 Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y Corrupción*, in *Anuario de Corporate Compliance* 501-02 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibanez 2019).

27 Adán Nieto Marín, *Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal*, in *Compliance y Teoría del Derecho Penal* 24 (Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel & Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno eds., Marcial Pons 201X).

28 Marta Muñoz de Morales Romero, *Programas de Cumplimiento "Efectivos" en la Experiencia Comparada*, in *El Derecho Penal en la Era Compliance* 222-23 (Tirant lo Blanch 2013).

Adicionalmente, en este modelo también se evalúa el comportamiento posterior al delito en cuanto a posibles omisiones o negligencias respecto de los deberes de supervisión, existencia de vigilancia y control de directores, administrativos u oficiales de cumplimiento, la participación directivos o de asesores en la comisión de la conducta punible, la presencia de outsourcing e incluso la dificultad de los autores para cometer la conducta típica evadiendo el sistema de cumplimiento, y finalmente si la empresa ha puesto en conocimiento de las autoridades y facilitado el acceso a la información respecto de la conducta criminal²⁹.

Sobre el Reino Unido debe decirse que este ha seguido la tradición y la experiencia de Estados Unidos. Teniendo como base el *case law*, promueve la celebración de acuerdos pre procesales con la fiscalía y la admisión de culpabilidad, animando a las empresas a denunciar y a investigar ellas mismas los ilícitos que se cometan en su seno.³⁰

De este modo, a partir de la expedición del *Bribery Act*³¹ en el año 2010, las sanciones para las empresas por vínculos con la corrupción se hicieron más estrictas en lo que respecta a conductas punibles como el cohecho activo y pasivo, el cohecho de funcionarios públicos extranjeros y la omisión de impedir un cohecho al interior de la organización comercial, cuando este se haya efectuado en su propio beneficio.

Del mismo modo, esta legislación contempla una excepción a la responsabilidad penal de la organización, permitiendo su exoneración si demuestra la implementación de procedimientos adecuados para prevenir la comisión de delitos. Procedimientos que fueron definidos en una guía expedida por el Ministerio de Justicia del Reino Unido en marzo de 2011.³²

Esta guía establece seis principios que permiten determinar la implementación de procedimientos para la prevención del delito: i) los procedimientos deben ser proporcionales al riesgo de cohecho que enfrenta la organización, así

29 Miguel Polaino-Orts, *Gobernanza Corporativa y Criminal Compliance en la Legislación Española Tras la Reforma de 2015*, in *Anuario de Corporate Compliance* 89 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez 2019).

30 Marta Muñoz de Morales Romero, *Programas de Cumplimiento “Efectivos” en la Experiencia Comparada*, in *El Derecho Penal en la Era Compliance* 221 (Tirant lo Blanch ed., 2013).

31 El Bribery act o ley contra el soborno es una ley promulgada en 2010 cuyo fin último es brindar solidez a la normativa del Reino Unido en materia de soborno y fraude internacional.

32 Francisco Javier Bedecarratz Scholz, *La Indeterminación del Criminal Compliance y el Principio de Legalidad*, 13 *Polít. Crim.* 221 (2018) (Chile). DOI: 10.4067/S0718-33992018000100208.

como a la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades (*proportionate procedures*); ii) los directivos principales deben comprometerse activamente con la prevención del cohecho en las personas asociadas a la organización (*top-level commitment*); iii) la organización debe realizar un análisis periódico, informado y documentado del riesgo de cohecho al que está expuesta (*risk assessment*); iv) la selección y evaluación de las relaciones comerciales deben basarse en un examen proporcional al riesgo identificado (*due diligence*); v) se debe garantizar que las políticas y procedimientos de prevención del cohecho sean difundidos y comprendidos dentro de la organización (*communication – including training*); y vi) los procedimientos deben someterse a un monitoreo, evaluación y revisión constantes (*monitoring and review*).

En el caso de Chile, se ha dado paso a la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la expedición de la ley 20.393 de 2009, donde se prevé que estas serán responsables por incurrir en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y corrupción de funcionarios públicos, siempre que se logre comprobar que la configuración de tales conductas delictivas corresponde a una falta a los deberes de dirección y supervisión de la compañía, los cuales se encuentran contenidos previamente en la ley. En contrapartida, se entiende que la persona jurídica ha cumplido con sus deberes cuando previo a incurrir en las conductas típicas, se han implementado programas de organización, administración y supervisión del riesgo de su comisión. No obstante, llama la atención, no se exige la creación de una cultura corporativa de cumplimiento.³³

Asimismo, la ley chilena establece que los modelos que precaven la comisión de una conducta punible, los cuales permiten exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica, deben incluir al menos los siguientes elementos: i) la designación de un encargado de prevención con autonomía administrativa, recursos materiales suficientes y acceso directo a la administración; ii) la implementación de un sistema de prevención de delitos, que debe incluir la identificación de riesgos, la definición de protocolos para las personas involucradas en dichos riesgos, la adopción de procedimientos disciplinarios y la habilitación de canales de denuncia, todo lo cual deberá incorporarse en los respectivos contratos de trabajo. Incluso, las compañías podrán certificar la idoneidad de sus programas de cumplimiento.³⁴

33 Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y Corrupción*, in *Anuario de Corporate Compliance* 511 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Ed. Ibáñez 2019).

34 Congreso Nacional, Ley 23.393 de 2009, art. 4, 2 de diciembre de 2009 (Chile).

Respecto a la atenuación de la pena, debe decirse que esta solo se producirá cuando la persona jurídica colabore cuanto menos, antes de conocer que en contra de esta se está adelantando un proceso penal, cuando denuncia la existencia de un hecho punible antes del comienzo del juicio, o se hayan tomado medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de investigación.³⁵

España por su parte, a diferencia de los ordenamientos ya examinados, ha incluido en el propio tipo penal los requisitos mínimos con los que deben cumplir los programas de cumplimiento para que estos puedan ser considerados o evaluados respecto de su efectividad. Particularmente, en una de las reformas más recientes al Código Penal español, específicamente la de 2015, el artículo 31 bis establece que las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente por los delitos cometidos en su nombre o en su beneficio, siempre que no se haya demostrado la implementación de un modelo de organización y gestión que prevenga esos delitos. Este modelo que permite la exoneración de la responsabilidad penal debe abarcar diversos aspectos como: el diseño e implementación acorde con la actividad económica de la empresa, la formación de la voluntad de la compañía, la gestión de los recursos financieros, la existencia de un sistema de denuncia interno y la actualización continua del programa de cumplimiento.³⁶

Con mayor profundidad, la legislación española establece que los modelos de organización y gestión deberán contener al menos seis aspectos fundamentales, i) la identificación de riesgos relacionados a la comisión de delitos que deben ser prevenidos, ii) protocolos para la toma de decisiones al interior de la persona jurídica y ejecución de las mismas, iii) modelos de gestión de los recursos financieros, iv) la obligación de informar de riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del modelo de prevención, v) un sistema disciplinario, y finalmente vi) una verificación y actualización periódica del modelo³⁷.

De esta suerte, el Código Penal español establece que cuando estos sistemas sean implementados con posterioridad a la comisión del delito, servirá como un atenuante de la pena a imponer. Si se ha implementado con anterioridad y es un empleado o administrativo quien cometió el delito, se podrá excluir la respon-

35 Congreso Nacional, Ley 23.393 de 2009, art. 6, 2 de diciembre de 2009 (Chile).

36 Miguel Polaino-Orts, *Gobernanza Corporativa y Criminal Compliance en la Legislación Española Tras la Reforma de 2015*, in *Anuario de Corporate Compliance* 91-93 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez 2019).

37 Cortes Generales, Ley Orgánica 10/1995, art. 31 bis, 24 de noviembre de 1995 (España).

sabilidad penal de la persona jurídica. Sin embargo, para evaluar la efectividad del sistema de prevención, no existe una norma que zanje la discusión en torno a cómo deben ser los planes de cumplimiento, pero ello no es óbice para que la compañía alegue la imposibilidad de llegar a un programa completo y efectivo. Máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el Código Penal español y los parámetros que ofrece el derecho comparado³⁸.

De esta manera, habiendo agotado, a nuestro juicio, un análisis de derecho comparado suficiente es posible concluir en este punto del escrito que existen elementos comunes entre los ordenamientos respecto a la elaboración y evaluación de los programas de cumplimiento, aunque con variaciones en su alcance dependiendo de las necesidades de cada sistema legal. No obstante, debido a la característica ya establecida de autorregulación de las personas jurídicas, queda claro que parte de la efectividad de un programa de cumplimiento radica en el conocimiento de los propios riesgos y en su prevención, pudiendo, por supuesto, apoyarse en experiencias internacionales, normas técnicas o disposiciones especiales sobre el área.

Contrario sensu, la empresa que opte por la solución más cómoda, por ejemplo, limitándose únicamente a elaborar un sistema de cumplimiento que no recoja las características que previamente han sido expuestas, se arriesga a que este pueda ser catalogado como insuficiente. Pero, si en su lugar se impone a sí misma obligaciones más estrictas, estará elevando por sí misma el estándar de diligencia por el que será evaluada en el futuro.

3. RESPUESTA A LA CRIMINALIDAD CORPORATIVA DESDE LAS NORMAS TÉCNICAS INTERNACIONALES

Habiendo explorado cómo ha sido la respuesta a la criminalidad corporativa en los distintos ordenamientos, ahora consideramos pertinente, para ofrecer al lector una visión integral de la regulación en materia de *Compliance*, mencionar brevemente la regulación internacional sobre el tema. Esta regulación internacional, vale la pena aclarar, está compuesta por normas ISO, las cuales constituyen un estándar internacional de carácter técnico e independiente de la

38 Ismael Clemente Casas & Manuel Álvarez Feijoo, ¿Sirve de Algo un Programa de *Compliance* Penal? ¿Y Qué Forma le Doy? (Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y Llamado por la Seguridad Jurídica), *Actualidad Jurídica (Uria Menéndez)*, no. 28, 38 (2011), disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974_es&forceDownload=true.

regulación interna de cada país en tanto no son nada distinto a una acreditación expedida por autoridades certificadoras autorizadas para tales efectos.

Al respecto, encontramos los estándares de auditoría IDW PS 980 publicados en abril de 2011 por el Instituto de Auditores en Alemania (*Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland*), los cuales establecen normas claras para la auditoría de sistemas de gestión de *Compliance* a nivel internacional, y la norma ISO 19600: 2015 “Sistemas de gestión de *Compliance*. Directrices”, que orienta sobre la implementación, evaluación, mantenimiento y mejoramiento de sistemas de *Compliance* y que ha sido incorporada por algunos países en reemplazo de estándares locales.

Sobre los anteriores, la autora alemana Riederer sostiene que el estándar internacional consignado en la norma ISO 37301:2021 se presenta como una alternativa a la IDW PS 980. Pues, en comparación con su predecesora, la nueva contiene requisitos específicos y recomendaciones que deben contener los programas de cumplimiento, es acreditable y se puede certificar. Lo cual permite que su aplicación no solo promueva el desarrollo y la difusión de una cultura de cumplimiento positiva, sino que también facilite la evaluación de la eficacia del sistema.³⁹

Vale la pena detenerse en la norma ISO 37301:2021, pues esta establece al menos siete requisitos para la evaluación de un sistema de cumplimiento efectivo. En primer lugar, se debe definir y analizar los requisitos específicos para el sistema de gestión de cumplimiento de la empresa, lo cual está relacionado con la identificación de riesgos y el análisis del entorno empresarial, incluyendo factores internos y externos. En segundo lugar, el liderazgo es fundamental, ya que la observancia real del programa solo puede tener éxito si impregna toda la organización, siendo el órgano supremo quien comunica claramente un compromiso activo de cumplimiento. En tercer lugar, se debe realizar una planificación a nivel estratégico con el fin de anticipar posibles escenarios de riesgo y desarrollar contramedidas adecuadas. En cuarto lugar, determina que la comunicación es clave, ya que un sistema de acatamiento normativo eficaz requiere una gestión adecuada de la información, lo que implica no solo crear canales de comunicación internos y externos, sino, en particular, crear conciencia sobre el tema de cumplimiento entre los colaboradores. En quinto lugar, la norma establece la ejecución de un sistema de gestión bien diseñado que incluye medidas para dar contenido e

39 Sabine Riederer, *Implementierung und Zertifizierung des Compliance-Management-Systems: Die neue ISO 37301 als Alternative zum IDW PS 980* (Traducción del autor), *Revisionspraxis PRev.*, Issue 2, 55 (2022), ISSN: 1862-9032.

impacto a una cultura de *Compliance*, como políticas, procesos y procedimientos que aborden los riesgos identificados en el proceso y busquen reducirlos. En sexto lugar, la evaluación es otro requisito fundamental, ya que el sistema de prevención debe revisarse periódicamente y realizarse un seguimiento y medición del cumplimiento, lo cual se puede lograr a través de auditorías internas.

Otra norma que vale la pena referir es la norma técnica UNE 19601, que es la primera guía española sobre gestión corporativa de riesgos penales. En ella, se reconoce la imposibilidad de disminuir a cero el riesgo de comisión de delitos al interior de la empresa, e inicia con la necesidad de que el sistema de gestión de riesgos identifique las actividades corporativas que tienen asociados riesgos penales. Además, complementa esta visión con la necesidad de minimizar la exposición de la organización a los riesgos penales, exigir el cumplimiento de la legislación penal aplicable a la organización e incluir un compromiso con la mejora continua del sistema de gestión de *Compliance* penal.⁴⁰

4. SUPERANDO LA COSMÉTICA EN EL COMPLIANCE: LA ÉTICA CORPORATIVA Y LA VERIFICACIÓN CONTINUA COMO ELEMENTOS CLAVE PARA UN SISTEMA DE CUMPLIMIENTO EFICAZ

Como ya fue puesto de presente en líneas anteriores, el problema de la cosmética en los programas de cumplimiento se refiere a aquella muestra de una intención fidedigna, no genuina, de abordar seriamente la prevención de conductas delictivas en el interior de una empresa.⁴¹ De esta manera, este fenómeno se materializa cuando las personas jurídicas implementan una serie de procedimientos que, si bien formales, resultan ineficaces para enfrentar la criminalidad corporativa de manera real.

Ahora bien, con base en la información recabada sobre cómo los distintos ordenamientos jurídicos y las auditoras internacionales abordan la criminalidad corporativa, y reconociendo que el concepto de *Compliance* no está plenamente desarrollado en todos los sistemas debido a la naturaleza ya descrita, a continuación, proponemos un planteamiento orientado a superar el problema de la cosmética en el cumplimiento corporativo.

40 Matilde Fourey González, *Novedades de la proyectada Norma UNE 19601 para el sistema español de Compliance penal*, *Actualidad Jurídica*, Issue 46, 89 (2017).

41 Ramírez Barbosa, Paula Andrea & Ferré Olivé, Juan Carlos, *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019), p. 89.

Consideramos que en el análisis de efectividad de un programa de cumplimiento se debe verificar que el crimen cometido no corresponda a un defecto en la organización, el cual haya sido tolerado por la compañía o se haya consumado a partir de una deficiente cultura de cumplimiento promovida por la empresa; entendida esta como aquel comportamiento de la compañía que se encuentra definido por una serie de complejas interacciones de decisiones humanas, más o menos predecibles, que van construyendo una personalidad propia de la empresa, generándose la cultura o ética empresarial, furto o consecuencia de la suma de relaciones y decisiones interpersonales a lo largo del tiempo en un contexto institucional⁴².

De suerte que la ética o cultura corporativa es un estado de cosas al que se llega a través de la gestión de los directivos o administradores, aquella que va en contravía de la legalidad responde a una serie de decisiones difusas a lo largo del tiempo que son incompatibles con el desarrollo de una política de cumplimiento que se pretende a través de la implementación de un programa. Cosa que podría considerarse un fallo estructural de la corporación y por ende, una falta de eficacia del sistema de prevención.⁴³

La cultura corporativa permite entonces identificar de forma más clara cuándo puede considerarse que un hecho es aislado, atribuible a la conducta individual de un miembro de la organización guiado por un propósito específico, frente a un escenario en el que la actuación delictiva constituye una directriz propia del ente ficticio, configurándose así una verdadera empresa criminal.

De manera que las reacciones de la compañía frente a la identificación de un hecho delictivo son muestra de una cultura corporativa de cumplimiento preexistente que se manifiesta aun en momentos posteriores a la comisión del delito, lo que, ulteriormente permite a la empresa desvincularse del hecho investigándolo y denunciándolo, y quedado este exclusivamente como manifestación de la voluntad del autor individualmente considerado⁴⁴.

42 Bernardo Feijoo Sánchez, *El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts, dirs.), Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 292.

43 Bernardo Feijoo Sánchez, *El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts, dirs.), Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 293.

44 Bernardo Feijoo Sánchez, *El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts, dirs.), Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 297.

A nuestro juicio y a título de hipótesis, en caso de que el representante de una empresa enfrente un proceso penal, es importante señalar que entre más alto sea el cargo del autor del delito o entre más niveles de la organización afecte, menos creíble será el sistema de cumplimiento para la autoridad que lo evalúe. Con lo que se podrá presumir con mayor fuerza una falla en la organización de la compañía, reconociéndose la existencia de un conjunto de decisiones individuales que al final condujeron a que, en el momento del hecho, existiera una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad insuficiente que permitió su ejecución.⁴⁵

Así pues, lo que en última instancia se espera por parte de los programas de cumplimiento para no ser considerados cosméticos, es que estos sean idóneos para mantener por debajo del riesgo permitido la actividad de la compañía. Cosa que, como puede extraerse del análisis realizado desde el derecho comparado, puede lograrse mediante la investigación y aplicación de las normas nacionales y técnicas internacionales, que prevén las prácticas adecuadas para prevenir el riesgo penalmente relevante.

En todo caso, bajo la idea de una cultura o ética corporativa, los programas de cumplimiento que han logrado impregnar a todos los niveles de la compañía en cuanto al respeto por la legalidad, y que han expresado dicho propósito mediante controles y sanciones disciplinarias adecuadas como las que se han expuesto se podrá concluir que estos han sido eficaces. Logrando su propósito más importante, que no es nada distinto a excluir la imputación del hecho a la empresa o su representante legal por un defecto en la organización.

De esta manera, la trazabilidad de las decisiones empresariales se convierte en un elemento esencial para evaluar el estado actual de la cultura corporativa de la compañía, la cual debería manifestarse de manera consistente a lo largo del tiempo a través de decisiones alineadas con ella. Por ejemplo, contar con un programa de cumplimiento documentado no solo facilita su implementación, sino que también permite su uso como prueba en un proceso penal, evidenciando la satisfacción de los requisitos mínimos para su diseño y ejecución. Del mismo modo, la conservación de archivos y registros de las actividades de observancia a la norma permitirá demostrar las medidas de control y prevención adoptadas, las denuncias recibidas a través de los canales habilitados, así como

45 Bernardo Feijoo Sánchez, *El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts, dirs.), Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 296.

las investigaciones internas realizadas y las sanciones disciplinarias impuestas con el fin de lograr el mismo propósito ya enunciado.⁴⁶

Como se ha señalado, el sistema de cumplimiento debe reflejar una verdadera técnica para la prevención delictiva, lo que implica que su diseño, implementación y mantenimiento deben ser verificables en el tiempo.

En este sentido, dar trazabilidad a las decisiones de la empresa no solo permite evaluar la coherencia entre sus políticas y su cultura corporativa, sino que también constituye un medio probatorio idóneo que es esencial en caso de un proceso penal. Dicho de otro modo, contar con un programa de cumplimiento documentado facilita su uso como prueba que posteriormente puede aportar información clave sobre el grado de institucionalización del sistema.⁴⁷

5. CONCLUSIONES

En definitiva, los sistemas de cumplimiento no tienen un estado del arte terminado o definitivo, ni mucho menos existe un *Compliance* único. De hecho, puede afirmarse que aún se presentan muchas dudas sobre a su contenido, respecto a lo que puede significar para la empresa la creación de una cultura de cumplimiento por parte de sus colaboradores, y lo que espera el derecho penal de estas empresas, sin perjuicio de la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo que, definir hasta qué punto la compañía se encuentra protegida frente a una posible sanción penal aún es un escenario probabilístico.

Lo que sí está claro es que, a lo largo del tiempo de vida de los programas de cumplimiento, estos deben contar con al menos ciertas medidas básicas o mínimas que permitan inferir, en primera instancia, la existencia de un manual de cumplimiento serio. Sin embargo, esto no es suficiente para considerar a la empresa como diligente frente a los riesgos que genera, ya que también se le exige un compromiso ético en su comportamiento y un apego a la legalidad en

46 Ana María Neira Pena, *La prueba en el proceso penal de las personas jurídicas. Especial referencia a los criminal Compliance como objeto de prueba*, in *Anuario de Corporate Compliance* 347 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Ibáñez, 2019).

47 Adán Nieto Marín, *Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal*, in *COMPLIANCE Y TEORÍA DEL DERECHO PENAL* 24 (Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel & Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno eds., Marcial Pons, Madrid, ISBN 978-84-15948-00-1).

todos los niveles de la corporación, lo que, en última instancia, se traduce en una cultura corporativa de cumplimiento.

De este modo, concluimos que los sistemas de cumplimiento carecen de un esquema estandarizado y definitivo, y que su efectividad sigue siendo incierta, especialmente en lo que respecta al desarrollo de una cultura organizacional orientada al acatamiento a los estándares de conducta establecidos por la normativa vigente. Aunque cada jurisdicción tiene ciertos parámetros objetivos para evaluar la efectividad de un programa de *Compliance*, estos criterios no son aplicables de manera universal. Por lo tanto, al final, la efectividad de un programa dependerá de la identificación de las necesidades particulares de cada empresa y de su capacidad para gestionar los riesgos a los que se enfrenta.

REFERENCIAS

- Adán Nieto Marín, Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal, en *Compliance y Teoría del Derecho Penal* (Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel & Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno eds., Marcial Pons, Madrid, 2013).
- Aldo Calcina Hanco, *Compliance Programs Penal: En el Sector Laboral Empresarial*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez, 2019).
- Álvarez Feijoo, Manuel & Ismael Clemente Casas, ¿Sirve de algo un programa de *Compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), 28 *Actualidad Jurídica* (Uría Menéndez) (2011), disponible en <https://www.uria.com/es/revista/30>.
- Bernardo Feijoo Sánchez, El Fundamento de la Responsabilidad Penal de las Empresas y Otras Personas Jurídicas: Un Debate Interminable, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez, 2019).
- Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 91. 31 de agosto de 2004 (Colombia).
- Congreso Nacional, Ley 23.393 de 2009 (Chile).
- Cortes Generales, Ley Orgánica 10 de 1995 (España).
- Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y Corrupción*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez, 2019).
- Francisco Javier Bedecarratz Scholz, La indeterminación del criminal *Compliance* y el principio de legalidad, 13 *Polít. Crim.* 35 (2018), <https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000100208>.
- Ley 2195 de 2022. Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. 18 de enero de 2022. D.O. No. 51.921.

- Marta Muñoz De Morales Romero, Programas de Cumplimiento “Efectivos” en la Experiencia Comparada, en *El Derecho Penal en la Era Compliance* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).
- Matilde Fourey González, Novedades de la proyectada Norma UNE 19601 para el sistema español de *Compliance* penal, 46 *Actualidad Jurídica* (2017).
- Miguel Lamadrid & Estanislao Escalante, Programas de Cumplimiento: Elementos para una Política Pública de Prevención en el Contexto Colombiano, en *Problemas Actuales de Derecho Penal Económico, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Compliance Penal y Derechos Humanos y Empresa* (Univ. Nac. de Colom., Bogotá, 2020).
- Miguel Polaino-Orts, Gobernanza Corporativa y Criminal *Compliance* en la Legislación Española Tras la Reforma de 2015, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez, 2019).
- Ministerio de Justicia del Reino Unido, *Guidance About Procedures Which Relevant Commercial Organisations Can Put into Place to Prevent Persons Associated with Them from Bribing* (Bribery Act 2010, Section 9) (2010), <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.
- Paula Andrea Ramírez Barbosa & José Carlos Ferré Olivé, El Mundo de los Negocios y los Crímenes Corporativos: Reflexiones de Casos Globales, in *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial* 20, 20-48 (2d ed. Bogotá, Tirant lo Blanch 2021).
- Presidencia de la República de Perú, Código Penal, Decreto Legislativo 635 (Perú).
- Sabine Riederer, Implementierung und Zertifizierung des *Compliance*-Management-Systems: Die neue ISO 37301 als Alternative zum IDW PS 980, 2 *Revisionspraxis* PRev. (2022).
- Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000011 de 2021 (Colombia), https://doc-00-ak-apps-viewer.googleusercontent.com/viewer/secure/pdf/a8bjttfa31sg27k1it3unrn1gtimfl2/5rlsmjq77svost7t9e761tsfiih4h29/1670943525000/lantern/15888091165462833095/ACFrOgAGg0KP3mTLEZ3ek29engXD1E9OpVDZcd4MtLxcsHGbkX2ali8YfO2AQWgXCHG9EKHuWowPkvJKXP5Pd1tkJM8wb_WJCMeyM72tmCNmZnNlM3RCbORAn3sZafRbssaF2jzq1BpyxjQ0hR?print=true&nonce=me7rrj8ugbn32&user=15888091165462833095&hash=69c4i7h5u5a639bvhaqetc4udfi08bo.
- Ulrich Sieber, 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 del Compliance* 64 (Luis Arroyo Zapatero & Adán Nieto Martín eds., Tirant lo Blanch 2013).
- United States Sentencing Commission, *Guidelines Manual* § 3E1.1 (Nov. 2004).
- United States Sentencing Commission, *Guidelines Manual* § 3E1.1 (Nov. 2004).