

LAURA ZAMIRA SERNA ROMANO

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA
GESTIÓN DE LOS RIESGOS ASOCIADOS A LAS ACTIVIDADES
DELICTIVAS MEDIANTE LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE
COMPLIANCE**

(Monografía para optar al título de abogada)

2019

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO**

RECTOR: DR. JUAN CARLOS HENAO

SECRETARIA GENERAL: DRA. MARTHA HINESTROSA REY

DECANA DE LA FACULTAD: DRA. ADRIANA ZAPATA GIRALDO

DIRECTORA DEL
DEPARTAMENTO DE
DERECHO DE LOS
NEGOCIOS : DRA. ADRIANA CASTRO PINZÓN

DIRECTORA DE TESIS: DRA. MELBA ROCÍO PÉREZ TUTA

EXAMINADORAS: DRA. YESMINA MORALES NÉMEZ
DRA. LUISA CALDAS BOTERO

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	x
CAPÍTULO I	
COLOMBIA ESTÁ EN LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LA COMISIÓN DE DELITOS, DE CONFORMIDAD CON LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES	12
1.1 La responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos, una estrategia internacional de lucha contra la delincuencia organizada – compromiso de los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas.....	12
1.1.1 Normativa internacional sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos. Instrumentos internacionales.....	13
1.1.1.1 Convención para la Represión de la Financiación del Terrorismo	13
1.1.1.2 Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	15
1.1.1.3 Convención de la Organización de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003	16
1.1.1.4 Nota Interpretativa de la Recomendación 3 (delito de lavado de dinero o de activos) y Nota Interpretativa de la Recomendación 5 (delito de financiamiento del terrorismo)	18
1.1.1.5 Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales	20
1.2 La responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos en el derecho comparado.....	23
1.2.1 Legislación española	24
1.2.2 Legislación chilena.....	27
1.2.3 Legislación ecuatoriana	28
1.2.4 Legislación peruana (responsabilidad administrativa)	29
1.3 Responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos en el régimen jurídico colombiano	32

1.3.1	Posibilidad constitucional de adoptar la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia	32
1.3.2	Atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica	34
1.3.3	Modelos de atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas.....	36
1.3.3.1	Modelo de transferencia o vicarial:.....	37
1.3.3.2	Modelo del hecho propio	40
1.3.4	Consecuencias penales para las personas jurídicas como sanciones accesorias en el marco de un proceso penal contra una persona natural	42
1.3.5	La responsabilidad administrativa por la comisión de delitos en Colombia.....	44
1.3.6	Primera Ley en Colombia – Responsabilidad administrativa de la persona jurídica por la comisión de delitos de corrupción transnacional - Ley 1778 de 2016.....	48
1.3.7	Primer intento legislativo para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Proyecto de Ley número 117 de 2018.....	49
1.4	La responsabilidad administrativa por la no adopción de sistemas de gestión de asociados al lavado de activos y la financiación del terrorismo	59

CAPÍTULO II

LA GESTIÓN DE RIESGOS PENALES EN LAS ORGANIZACIONES O PERSONAS JURÍDICAS 64

2.1	El riesgo legal o riesgo de cumplimiento en las organizaciones	65
2.2	Estándares internacionales para el diseño de programas de cumplimiento y gestión de riesgos penales – Sistema de Gestión de Compliance Penal.	70
2.3	Sistemas de Gestión de Compliance Penal - Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales	80
2.4	Beneficios de la existencia y aplicación de un programa de cumplimiento y gestión de riesgos penales - un eximente o atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica	84
2.4.1	Derecho comparado – consecuencias de la adopción y aplicación de los Programas de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales - (Sistema de Gestión de Compliance Penal)	86

2.5 Certificación de los programas de cumplimiento normativo y gestión de riesgos penales	96
CAPÍTULO III	
LAS TRES LÍNEAS DE DEFENSA EN UN SISTEMA DE GESTIÓN DE COMPLIANCE PENAL – EL ROL DE ABOGADO EN LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS PENALES.....	99
3.1 La actividad profesional del abogado y la gestión de los riesgos penales	100
3.2 El rol del abogado en la prevención de las actividades delictivas, de conformidad con las Recomendaciones del GAFI	106
3.3 El rol del abogado en la gestión de los riesgos penales en una organización (persona jurídica) en el marco de las tres líneas de defensa.	112
3.4 Las tres líneas de defensa para una efectiva gestión de riesgos penales y control”– Su aplicación en la gestión de los riesgos penales	115
3.4.1 La primera línea de defensa: La Gestión Operativa – La Gerencia Legal	119
3.4.2 La segunda línea de defensa: funciones de gestión de riesgos y cumplimiento – el oficial o responsable de cumplimiento.....	127
3.4.3 La tercera línea de defensa- auditoria interna	131
3.4.3.1 Las funciones de la revisoría fiscal como tercera línea de defensa.....	135
3.4.3.2 Las autoridades de supervisión también son consideradas como líneas adicionales de defensa – Tercera línea de defensa.....	137
3.4.4 Coordinación de las tres líneas de defensa	139
3.5 Guía para el diseño de un programa de cumplimiento y gestión de riesgos penales en las personas jurídicas – Sistema de Gestión de Compliance Penales.	141
3.6 Estructura de un programa de cumplimiento y de gestión de riesgos penales.....	145
3.7 Elementos del programa de cumplimiento y de gestión de riesgos penales.....	149
CONCLUSIONES	151
BIBLIOGRAFÍA	157
ANEXOS.....	163

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Organigrama de un sistema de gestión de cumplimiento ISO 19600 ...	147
Figura 2. Consorcio Internacional Skol & Serna	149

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo A. Propuesta proyecto de ley de responsabilidad de las personas jurídicas en el Colombia.....	163
Anexo B. Listado de entes supervisores y los sistemas de prevención de Laft aplicables a los sujetos obligados a adoptar sistemas de prevención del la/ft.....	163
Anexo C. Guía para el diseño de un programa de cumplimiento y gestión de riesgos penales en las personas jurídicas sistema de gestión de compliance penal	163

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar si Colombia cumple o no con los compromisos internacionales de adoptar la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos y la forma cómo se puede mitigar los riesgos penales mediante la adopción de sistemas de gestión de *compliance* penal. Para estos efectos se hace una propuesta normativa para que Colombia adopte la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Teniendo presente que la gestión de los riesgos penales es un asunto en que los abogados tienen una importante función y responsabilidad, en este trabajo también se hace una propuesta sobre el rol de los abogados en los Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal y de cómo debe ser la aplicación del modelo de las tres líneas de defensa en la gestión de los riesgos penales. Por último, se adjunta al trabajo un modelo de un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal, de conformidad con los estándares internacionales – Normas ISO.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, sistemas de gestión de *compliance* penal, el rol de los abogados en la gestión de los riesgos penales, las tres líneas de defensa.

ABSTRACT

This paper intends to analyze whether Colombia complies with international commitments to adopt the responsibility of legal persons for the commission of crimes and how to mitigate criminal risks by adopting criminal compliance management systems. For these purposes, a normative proposal is made for Colombia to adopt the criminal responsibility of legal persons. Bearing in mind that the management of criminal risks is an issue in which lawyers have an important function and responsibility, this paper also makes a proposal on the role of lawyers in Criminal Compliance Management Systems and how it should be the application of the three lines of defense model in the management of criminal risks. Finally, a model of a Criminal Compliance Management System is attached to the work, in accordance with international standards - ISO Standards.

Key Words: Criminal responsibility of legal persons, criminal compliance management systems, the role of lawyers in the management of criminal risks, the three lines of defense.

INTRODUCCIÓN

En el primer capítulo de este trabajo analizaremos si Colombia está en la obligación de adoptar la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos, conforme a los estándares y compromisos internacionales sobre la materia.

Así mismo, estudiaremos si Colombia debe consagrar esta responsabilidad en su régimen penal y si es viable, desde el punto constitucional castigar penalmente a las personas jurídicas.

Veremos como este tipo de responsabilidad de las personas jurídicas, por la comisión de delitos, es un adecuado y necesario instrumento de lucha contra la delincuencia y la corrupción en el país, toda vez que la responsabilidad penal de las personas naturales, de acuerdo con los estándares internacionales, no resulta suficiente para luchar contra la delincuencia organizada y para combatir la corrupción; se requiere sancionar a las personas jurídicas, mediante el concepto de Defecto de organización.

Hemos elaborado una propuesta normativa para que Colombia adopte la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Todas las personas jurídicas están expuestas a todo tipo de riesgos legales, para su gestión y mitigación se han expedido y adoptado estándares internacionales. En el capítulo segundo se hace referencia a los distintos riesgos legales a los que están expuestas las organizaciones o personas jurídicas y de los distintos sistemas de gestión de *compliance* y gestión de los distintos riesgos legales de conformidad con los estándares internacionales.

Igualmente, en el capítulo segundo se expondrán los estándares internacionales para el diseño y adopción de sistemas de gestión de *compliance* penal.

El Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés) en enero de 2013, expidió la “Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL”, en la cual se definen las funciones que deberían tener las distintas áreas de una persona jurídica para gestionar sus riesgos en un sistema de gestión de riesgos.

En el capítulo tercero analizamos el rol de los abogados en un sistema de gestión de riesgos legales y más concretamente en un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal.

En la primera parte del capítulo tercero se hace especial énfasis al rol que deben tener los abogados en el diseño y adopción de estos sistemas en la organización o persona jurídica.

Analizamos como los abogados (junto con otros profesionales) han sido llamados por las Recomendaciones del GAFI a jugar un papel importante en la prevención, control, detección y reporte de ciertas actividades.

Así mismo, exponemos cuál debe ser la función del abogado en una organización o persona jurídica en el marco de las tres líneas para una efectiva gestión de riesgos legales y control, en un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal.

En el capítulo tercero también exponemos como debería ser la estructura y funciones de todas las áreas de la persona jurídica para gestionar los riesgos penales, tomando como guía las Normas ISO y demás estándares internacionales sobre la materia y el esquema de las tres líneas de defensa del Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés).

CAPÍTULO I

COLOMBIA ESTÁ EN LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LA COMISIÓN DE DELITOS, DE CONFORMIDAD CON LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES

En la parte inicial de este trabajo se analizará si Colombia está en la obligación de adoptar la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos, conforme a los estándares y compromisos internacionales sobre la materia.

Así mismo, se estudiará si Colombia debe consagrar dicha responsabilidad en su régimen penal y si es viable, desde el punto constitucional sancionar penalmente a las personas jurídicas.

Permitiéndonos observar como este tipo de responsabilidad de las personas jurídicas, por la comisión de delitos, es un adecuado y necesario instrumento de lucha contra la delincuencia y la corrupción en el país, toda vez que la responsabilidad penal de las personas naturales no resulta suficiente para luchar contra la delincuencia organizada y para combatir la corrupción.

Mediante la incorporación del anexo No. 1 al presente trabajo, se elaboró una propuesta normativa para que Colombia adopte la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

1.1 La responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos, una estrategia internacional de lucha contra la delincuencia organizada – compromiso de los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

En la actualidad, diversos países alrededor del mundo consagran en sus legislaciones, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero lo anterior, no ha sido producto

de eventos aislados, si no por el contrario ha sido fruto del ahínco de la comunidad internacional, en la búsqueda de estrategias de lucha contra las organizaciones criminales, el delito de lavado de activos y financiamiento de terrorismo LA/FT y corrupción, entre otras actividades delictivas.

Producto de dichos esfuerzos, y políticas internacionales, se han adoptado convenciones internacionales, por medio de las cuales se les exige a los países que adopten en sus legislaciones la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos. Los cuales son tenidos en cuenta para el presente estudio, al ser la base sobre la cual los países desarrollaron sus legislaciones internas.

1.1.1 Normativa internacional sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos. Instrumentos internacionales

1.1.1.1 Convención para la Represión de la Financiación del Terrorismo

En un primer momento, la organización intergubernamental de Naciones Unidas, fundada el 24 de octubre de 1945, en San Francisco, California, Estados Unidos, fue creada con los siguientes propósitos principales: *“mantener la paz y la seguridad internacional, fomentar entre las naciones relaciones de amistad, realizar y fomentar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes, solucionar problemas de carácter político, económico y social, promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”*¹, estipuló en el **Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo**, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 y abierta a la firma el 10 de enero de 2000 y el cual tuvo su entrada en vigor el 10 de abril de 2002,

¹Naciones Unidas. (2019). Qué es la ONU?, Recuperado de: <https://nacionesunidas.org.co/naciones-unidas/que-es-la-onu/>

la responsabilidad de las personas jurídicas en el artículo 5 por la comisión de los delitos que se enuncian en el artículo 2. La mencionada convención, impone a los Estados parte adoptar las medidas necesarias para establecer este esquema de responsabilidad, permitiendo a cada Estado adaptar este esquema a su propio régimen jurídico y principios.

Esta convención surgió al observar que la lucha contra los actos terroristas no era suficiente si no se tomaban acciones para impedir su financiamiento, siendo que este es el medio por el cual se alimenta el flagelo. Y la frecuente utilización de estructuras organizacionales para dicho propósito, justifica la exigencia del convenio de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como de establecer el delito de financiamiento de terrorismo como uno de los delitos, por los cuales puede entrar a responder una persona jurídica.

En el artículo 5 de la Convención se establece:

“Artículo 5

1. Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa.

2. Se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos.

3. Cada Estado Parte velará en particular por que las entidades jurídicas responsables de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 supra estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Tales sanciones podrán incluir sanciones de carácter monetario²”

² Naciones Unidas. (2000), Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf

Colombia adoptó esta Convención el 9 de diciembre de 1999 y fue aprobada mediante la Ley 808 de 2003.

1.1.1.2 Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

De igual forma, en diciembre de 2000, se suscribió en Palermo (Italia) la **Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**, la cual marcó un hito en el fortalecimiento de la lucha contra la delincuencia organizada, se determinó que, si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la Ley. Dicha Convención consagra en el artículo 10 la responsabilidad de las personas jurídicas como herramienta de los estados contra la delincuencia organizada transnacional, mediante el análisis de la participación de las personas jurídicas en delitos graves en los que pueda estar involucrado un grupo delictivo organizado, siendo que es una realidad que la delincuencia organizada transnacional, opera en varios casos promedio del uso de personas jurídicas legalmente constituidas.

La mencionada convención, establece la posibilidad de que los estados incorporen la responsabilidad de las personas jurídicas, de índole penal, civil o administrativa, según se adapte al régimen jurídico de cada país, por su participación en delitos graves en que esté involucrado en grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 (blanqueo del producto del delito, corrupción, obstrucción de la justicia, entre otros) de la Convención.

Y de igual forma la Convención exige que se trate de una responsabilidad autónoma, en el entendido de que la responsabilidad de las personas jurídicas se aplicará con independencia de la responsabilidad de las personas naturales que hayan perpetrado los delitos, elemento sobre el cual se profundizará en el presente capítulo.

En el artículo 10 de la Convención se establece:

“Artículo 10

Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo³.”

Colombia adoptó dicha Convención el 15 noviembre de 2000 y fue aprobada mediante la Ley 800 de 2003.

1.1.1.3 Convención de la Organización de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003

La **Convención de la Organización de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003**, la cual fue adoptada en Colombia el 31 de octubre de 2003 y fue aprobada mediante la Ley 970 de 2005 constituye un instrumento que hace frente al flagelo de la corrupción a nivel mundial, dejando claro que la comunidad internacional está decidida a contener la corrupción y a luchar contra ella, así pues, la Convención introduce

³ ONU, (2004). Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Recuperado de: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para fortalecer sus regímenes jurídicos y reglamentarios. Siendo una de estas, la responsabilidad de las personas jurídicas, estipulada en el artículo 26 de la Convención, en busca de establecer la participación de las personas jurídicas en este tipo de delitos, para frenar dicho flagelo al interior y hacia el exterior de la organización.

En el artículo 26 de la Convención se establece:

“Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”⁴.

La presente Convención, menciona que se establezca la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en los delitos tipificados en esta, pero la Convención consagra unos delitos de tipificación obligatoria y otros de tipificación facultativa, por consiguiente, bastará para su cumplimiento que la norma de responsabilidad de la persona jurídica, integre los delitos de tipificación obligatoria, los cuales determinados en el presente trabajo.

⁴ ONU (2003). Convención de la Organización de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003. Recuperado de:

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_conta_la_Corrupcion.pdf

1.1.1.4 Nota Interpretativa de la Recomendación 3 (delito de lavado de dinero o de activos) y Nota Interpretativa de la Recomendación 5 (delito de financiamiento del terrorismo)

De otra parte, el **Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)**, siendo un ente intergubernamental constituido en 1989 por los Ministerios y sus jurisdicciones Miembro, estableció en 1990 las 40 Recomendaciones originales del GAFI, instituidas para evitar el uso de los sistemas financieros para el lavado de activos del dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas, dichas recomendaciones fueron revisadas en 1996, buscando incorporar las crecientes tendencias y técnicas de lavado de activos para ampliar su campo más allá del lavado de activos resultante de las drogas ilícitas. En el 2001, con el propósito de ampliarse su ámbito de aplicación, se incluyó el financiamiento de actos y organizaciones terroristas y se crearon las ocho recomendaciones especiales, posteriormente creándose la novena. Luego fueron revisadas, en su totalidad, por segunda vez en el 2003 y avaladas por más de 180 países, al concluir la tercera ronda de Evaluaciones Mutuas de sus miembros, se revisaron y actualizaron con la cooperación de Organismos Regionales y organismos observadores como el Fondo Monetario Internacional, Naciones Unidas y el Banco Mundial.

Actualmente las recomendaciones del GAFI, son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, las cuales tienen como propósito:

“fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional. En colaboración con otras partes involucradas a nivel internacional, el

GAFI también trata de identificar vulnerabilidades a nivel nacional para proteger el sistema financiero internacional de usos indebidos”⁵.

Como herramienta para el cumplimiento del mencionado propósito, el GAFI ha introducido en las Notas Interpretativas de las recomendaciones número tres (para el delito de lavado de dinero o activos) y la número cinco (para el delito de financiamiento del terrorismo), la obligación de aplicar responsabilidad a las personas jurídicas.

Nota Interpretativa de la Recomendación 3 (delito de lavado de dinero o de activos)

“7. Los países deben asegurar que:

(c) Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad penal y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales de derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas”.

Nota Interpretativa de la Recomendación 5 (delito de financiamiento del terrorismo)

“8. Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales de derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas”.

⁵ GAFI. (2012). *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las recomendaciones del GAFI.* <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

Dichas notas interpretativas exponen que los países deben asegurar que se aplique a las personas jurídicas responsabilidad y sanciones penales, civiles o administrativas, según lo permitan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno. Pero esta no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se cuenta con más de una forma de responsabilidad exigiendo que se trate de una responsabilidad autónoma de la responsabilidad de la persona natural, adicionalmente se aclara que no debe ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales y por último consagran que todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas.

De las mencionadas notas interpretativas, igualmente se recoge, que la ley de responsabilidad de la persona jurídica debe incorporar los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, como tipos penales por los que puede entrar a responder una persona jurídica.

1.1.1.5 Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

Adicionalmente, es de mencionar a la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)**, fundada en 1961 conformada por 36 países miembros, la cual tiene como misión principal promover políticas que propendan por el bienestar económico y social de las personas⁶, adoptó el 21 de noviembre de 1997, por medio de la Conferencia Negociadora, la **Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales**, resaltando que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, así como el papel de los distintos gobiernos para prevenir la instigación al soborno por parte de personas y empresas en este tipo de transacciones comerciales, dicha convención consagra igualmente la responsabilidad de las personas jurídicas o morales, en su artículo número dos, así como también hace mención en el comentario 20 y en el anexo 1.

⁶ OCDE. (2019). *Acerca de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)*. Recuperado de: <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

“Artículo 2 Responsabilidad de las personas morales

Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero”.

“Comentario 20

En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales; no deberá requerírsele a esa Parte que establezca ese tipo de responsabilidad penal”.

“Anexo I:

Guía de Buenas Prácticas para Aplicar Artículos Específicos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

Teniendo en cuenta los hallazgos y las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales en su programa de seguimiento sistemático para supervisar y promover la aplicación plena de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (la Convención Anti cohecho de la OCDE), como lo exige el Artículo 12 de la Convención, la práctica adecuada sobre aplicar plenamente artículos específicos de la Convención ha evolucionado como sigue:

B) Artículo 2 de la Convención Anticohecho de la OCDE: responsabilidad de las personas morales

Los sistemas de los países miembros para la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no deben limitar la responsabilidad a los casos en que las personas o la persona física que cometieron el delito sean procesadas y condenadas.

Los sistemas de los países miembros para la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales deben tomar uno de los siguientes enfoques:

(a) el nivel de autoridad de la persona cuya conducta provoca la responsabilidad de la persona moral es flexible y refleja la amplia variedad de sistemas para la toma de decisiones en las personas morales; o

(b) el enfoque es equivalente en términos funcionales al precedente, aunque esté sólo es provocado por actos de personas con la autoridad directiva de más alto nivel, porque los siguientes casos están comprendidos:

- Una persona con la autoridad directiva de más alto nivel ofrece, promete o da un soborno a un servidor público extranjero;*

- *Una persona con la autoridad directiva de más alto nivel ordena o autoriza a una persona de nivel más bajo que ofrezca, prometa o dé un soborno a un servidor público extranjero, y*
- *Una persona con la autoridad directiva de más alto nivel no logra evitar que una persona de nivel más - bajo soborne a un servidor público extranjero, por ejemplo, fallando al supervisarlos o mediante el fracaso para implementar controles internos adecuados, medidas o programas de ética y cumplimiento”⁷.*

La Convención de la OCDE no es un instrumento internacional completo que permita a un país establecer las medidas legislativas necesarias, en la prevención de utilización de personas jurídicas para actividades delictivas, siendo que únicamente aborda el flagelo del soborno transnacional, así pues, si un país soporta su legislación interna únicamente en la presente Convención, terminará con una Ley con grandes vacíos, tal como le ocurrió al Estado colombiano con la expedición de la Ley 1778 de 2016, la cual es desarrollada en el presente trabajo.

Por consiguiente, es oportuno para los países realizar un análisis integral de los instrumentos internacionales en la materia, y efectuar un desarrollo legislativo con sustento de todos ellos.

De lo expuesto en el presente numeral se deriva que la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos ha sido establecida por la comunidad internacional como una política que debe ser acogida y desarrollada por todos los países como una estrategia de lucha contra la delincuencia organizada, el terrorismo y la corrupción.

Así mismo, ***existen diversos mecanismos para verificar el cumplimiento de estos compromisos internacionales y los países que no adopten la responsabilidad de***

⁷ OCDE. (1997). *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, Adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997*. Recuperado de: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

las personas jurídicas por la comisión de delitos al interior de sus legislaciones, en los términos definidos en los instrumentos internacionales mencionados en el presente numeral, se encuentran frente a un claro incumplimiento.

1.2 La responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos en el derecho comparado

En respuesta a esta obligación internacional impuesta por los instrumentos internacionales anteriormente citados, un gran número de países han ratificado dichas convenciones e implementado la responsabilidad de las personas jurídicas dentro de sus legislaciones o regímenes normativos, cumpliendo en su mayoría con los estándares internacionales y reforzando sus estrategias de lucha contra las organizaciones criminales, el delito de lavado de activos y financiamiento de terrorismo LA/FT y corrupción, entre otras actividades delictivas.

La principal dificultad que han enfrentado o enfrentan varios países al momento de decidir instaurar un esquema de responsabilidad de las personas jurídicas en sus legislaciones, se relaciona con un postulado que la mayoría de las veces hace parte de la tradición jurídica de los países, el cual declara que la persona jurídica no delinque "*Societas delinquere non potest*". Es por esto, y atendiendo a que los esquemas jurídicos o tradiciones jurídicas son diferentes en cada Estado, que los instrumentos internacionales permiten que estos acojan un esquema de responsabilidad penal, administrativa o civil, dependiendo del régimen existente en el país, pero tratándose siempre de una responsabilidad por la comisión de un delito, punto que se desarrollará más adelante en el presente capítulo.

De cara a la discusión de si puede existir o no responsabilidad de las personas jurídicas, cada país cuenta con autonomía frente a la materia, aun así, es enriquecedor citar los esquemas legislativos adoptados en el derecho comparado, donde una diversidad de legislaciones que optaron por acoger un esquema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, superando la discusión de si las personas jurídicas

pueden delinquir o si estas pueden ser penadas (*societas puniri non potest*) y aceptando un esquema de procedimiento penal y de principios de Derecho penal para el procesamiento de las personas jurídicas por el hecho de la comisión de un delito.

Así como, lo han establecido países como España, Chile, Argentina, Ecuador, México, Francia, entre otros. Tal como se presentan a continuación algunas regulaciones que han marcado la pauta para ciertos países de Latinoamérica por cumplir con los instrumentos internacionales anteriormente citados.

1.2.1 Legislación española

Por su parte, la legislación española en la materia ha sido en gran medida el punto de partida o referencia, para el desarrollo de las leyes de responsabilidad penal de personas jurídicas de varios países de Latinoamérica y Centro América, siendo que es uno de los primeros países de lengua castellana y de tradición jurídica continental, en desarrollar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Fue a mediados de 2010 y comienzos de 2011, que se estableció por primera vez en España un sistema penal de responsabilidad de las personas jurídicas mediante las Leyes Orgánicas 5 de 2010 y 3 de 2011, así pues, fue inicialmente la Ley Orgánica 5 de 2010 la cual introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante el artículo 31 bis, siendo posteriormente modificado por la **Ley Orgánica 1 de 2015**, procediendo esta última a delimitar prolijamente el contenido del “debido control”, puesto que el quebrantamiento de este es el que permite fundamentar su responsabilidad penal, como se entrará a estudiar más adelante.

Con la implementación de la modificación del año 2015, el *Artículo 31 bis*, quedó redactado en su primer numeral de la siguiente manera.

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando

individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”⁸

De otra parte, los numerales segundo y cuarto, establecen causales eximentes de responsabilidad y el artículo 31 ter numeral segundo, estipula que se trata de una responsabilidad autónoma a la responsabilidad de la persona natural que haya cometido los delitos, cumpliendo así la normativa española con la exigencia de los instrumentos internacionales, siendo pertinente aclarar que no se cumple con dicho elemento si estas medidas solo pueden aplicarse como sanciones accesorias en desarrollo de un proceso penal contra una persona natural.

Es del caso, mencionar que debido a la complejidad del asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el Tribunal Supremo español se ha pronunciado en diversas oportunidades analizado y valorado la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas:

En la Sentencia nº 154/2016, de 29/02/2016⁹ dictada por el Tribunal Supremo en Pleno, se concretaron los requisitos que, conforme al artículo 31 bis del Código Penal, se deberían cumplir para establecer la responsabilidad penal de una persona jurídica. Mediante la cual se estipuló que el delito debía cometerlo una persona física que fuera integrante de la persona jurídica y que ésta hubiera incumplido su deber de control y vigilancia para evitar que en el seno de su organización se pudiera cometer un hecho delictivo.

⁸ España, Ley Orgánica 1 de 2015.

⁹ Ponente José Manuel Maza Martín, Número de Recurso 10011/2015, Procedimiento Penal- Apelación Procedimiento Abreviado, Número de Resolución 154/2016, Fecha de Resolución 29 de febrero de 2016, Emisor Tribunal Supremo-Sala Segunda, de lo Penal.

De otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 221/2016¹⁰, del 16 de marzo de 2016, la cual presentó completa unanimidad de los magistrados de integraban la Sala, dio claridad frente a que, la condena de las personas jurídicas requería de la misma exigencia probatoria que respecto de una persona física. Y especificando que debe tratarse de una responsabilidad autónoma, puesto que la persona jurídica y la persona física son responsables cada una de ellas del propio hecho delictivo, por lo que la persona jurídica deberá ser investigada en el procedimiento penal, con independencia de la persona física que hubiera cometido el delito, especificando igualmente que deben servirse de defensas independientes a fin de evitar conflicto de interés entre ambas que puedan vulnerar sus derechos.

El Tribunal Supremo manifiesta expresamente que las personas jurídicas son titulares de los mismos derechos procesales que las personas físicas, por lo que, de conformidad con los artículos 119 y 409 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es necesario practicar en fase de instrucción la declaración como investigada de la persona jurídica, como tal.

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 516/2016 del 13 de junio de 2016 y el Auto de 28 de junio de 2016,¹¹ la cual daba respuesta a la aclaración solicitada respecto de la mencionada Sentencia, el tribunal resalta una cuestión de gran importancia, y es la de que, el criterio que fundamenta la imputación de una persona jurídica es la auto-responsabilidad, aclarando así que debe ser la acusación la que acredite que la persona jurídica no contaba con un programa de prevención de delitos

¹⁰ Ponente Manuel Marchena Gómez, Número de Recurso 1535/2015, Procedimiento Penal- Procedimiento Abreviado/Sumario, Número de Resolución 221/2016, Fecha de Resolución 16 de marzo de 2016, Emisor Tribunal Supremo-Sala Segunda, de lo Penal.

¹¹ Ponente Andrés Martínez Arrieta, Número de Recurso 1765/2015, Procedimiento Recurso Casación, Número de Resolución 516/2016, Fecha de Resolución 13 de junio de 2016, Emisor Tribunal Supremo-Sala Segunda, de lo Penal.

eficaz, incumpliendo así también con lo previsto en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/2016, de 22 de enero.

La norma española establece un amplio catálogo taxativo de delitos en los que pueden incurrir las personas jurídicas, los cuales son: trata de seres humanos, tráfico / trasplante ilegal de órganos humanos, delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores, descubrimiento y revelación de secretos, estafa, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, tráfico ilegal / inmigración clandestina de personas, delitos contra la ordenación del territorio, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos, delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, delitos de riesgo provocados por explosivos, delitos contra la salud pública: tráfico de drogas, falsificación: tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, cohecho, tráfico de influencias, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, financiamiento del terrorismo, contrabando. Siendo recomendable la inclusión de este tipo catálogo amplio de delitos en las leyes de responsabilidad de las personas jurídicas, tema se desarrolla en el presente trabajo.

1.2.2 Legislación chilena

De otra parte, Chile es uno de los países Latinoamericanos con una de las leyes de responsabilidad penal de las personas jurídicas, más completas y detalladas. El 25 de noviembre de 2009, el gobierno chileno respondiendo a un requerimiento impuesto para el ingreso del país a la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), promulgó la **Ley 20393 de 2009, la cual establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho**, la mencionada ley consagra: los delitos en los que puede incurrir la persona jurídica, el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal y la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

De igual forma, la citada Ley consagra diversos temas como, un modelo de prevención de los delitos con los elementos mínimos que este debe contener en el artículo 4°, artículo 6° Circunstancias atenuantes, artículo 7° circunstancias agravantes. La ley igualmente aclara que, la responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales, cumpliendo así con lo exigido por los instrumentos o estándares internacionales en la materia. Por último, el Título II regula todo lo concerniente a las sanciones y el Título III estipula el procedimiento, el cual en el presente esquema normativo es de naturaleza penal, siendo la Fiscalía la entidad encargada en la fase investigativa y el Juez en la etapa de juzgamiento, estableciendo adicionalmente la improcedencia de la aplicación del principio de oportunidad, en la responsabilidad de las personas jurídicas.

•

1.2.3 Legislación ecuatoriana

En el Ecuador mediante el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, se estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los siguientes términos:

“(…) las personas jurídicas serán penalmente responsables por la acción u omisión (…) Quienes ejercen su propiedad y control Sus órganos de gobierno o administración, Apoderados, mandatarios, representantes legales o convencionales. Terceros que contractualmente o no estén incluidos en una actividad de gestión. Ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión. De manera general quienes actúen bajo las órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas”¹².

Por su parte, el Ecuador, decidió establecer un catálogo abierto de tipos penales por los que puede llegar a ser condenado penalmente una persona jurídica, al manifestar que, se puede dar dicha responsabilidad por cualquier delito tipificado en el Código, pero siempre y cuando se cumplan dos circunstancias: que el delito cometido tenga la finalidad de generar beneficio propio a la persona jurídica o a sus asociados y que el delito provenga de la acción u omisión de cualquiera de los agentes enunciados por la

¹² Ecuador, artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal.

ley. Dando así, un espectro más amplio a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como, estableciendo la responsabilidad autónoma exigida de dichos instrumentos internacionales.

1.2.4 Legislación peruana (responsabilidad administrativa)

Otros países como Perú, han optado por nombrar en su legislación interna una responsabilidad administrativa, pero se evidencia que, en la práctica, la ley sancionada en Perú cumple con los parámetros de una responsabilidad de tipo penal, y aún más, sustancial es el hecho de que la autoridad competente es la jurisdicción penal.

En el año 2016 el Gobierno peruano inicialmente adoptó mediante la Ley 30424 un modelo de responsabilidad de la persona jurídica, por el delito de cohecho activo transnacional. Dicha Ley fue modificada en el año 2017, por el **Decreto Legislativo N° 1352**, ampliando la responsabilidad de las personas jurídicas, en respuesta al requisito exigido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para formar parte de este organismo supranacional, decreto por medio del cual se incorporaron diversas modificaciones.

En primer lugar, mediante el **Decreto Legislativo N° 1352** se establece la responsabilidad de las personas jurídicas cuando los delitos consagrados hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por: socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias, la persona natural que, estando sometida a la autoridad y control, la persona natural, cuando las personas mencionadas han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control.

El Gobierno peruano con la finalidad de cumplir con todas las exigencias internacionales vio la necesidad de perfeccionar el marco normativo vigente y establecer un nuevo campo de responsabilidad administrativa que regule, además del delito de cohecho activo transnacional (artículo 397-A del Código Penal), la

responsabilidad autónoma de las personas jurídicas que participan en otros delitos de corrupción, tales como el delito de cohecho activo genérico (artículo 397 del Código Penal) y cohecho activo específico (artículo 398 del Código Penal), así como en los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. El artículo 1º amplía el número de delitos de los cuales puede ser responsable la persona jurídica *“Por los delitos previstos en los artículos: 397, 397-A, y 398 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado; y, en el artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”*¹³ y el artículo 5º menciona las Medidas administrativas aplicables y el artículo 6º las medidas administrativas complementarias.

Dicha normatividad tiene aplicación a las personas jurídicas de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta. Adicionalmente, el Decreto incluye en su ámbito subjetivo de aplicación, fenómenos como la reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad, siendo estos fenómenos, no impiden la atribución de responsabilidad a la misma (artículo 2 segundo inciso).

Ahora bien, en relación a la posibilidad con que cuenta cada Estado, de decidir qué clase de esquema de responsabilidad introducir en su legislación interna, es de resaltar que el Gobierno peruano, decidió optar por un esquema de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, frente a la comisión de delitos.

Pero aun cuando, Perú optó por este esquema de responsabilidad administrativa, se observa que en dicho Decreto Legislativo, la institución pública encargada de formalizar la investigación preparatoria es la Fiscalía, solo debiéndose contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV y de igual forma, es un

¹³ Perú Decreto Legislativo N° 1352, artículo 1º, 2017.

juez del Poder Judicial quien puede disponer de las medidas administrativas aplicables y complementarias que se consagran; por lo que se evidencia que aunque el régimen jurídico interno llevará a la consagración de una responsabilidad de tipo administrativa, no es una entidad de carácter administrativa la llamada a cumplir con dicha función, sino que son los fiscales y jueces, los funcionarios capacitados y habilitados por la legislación interna, y la entidad administrativa Superintendencia del Mercado de Valores – SMV únicamente facultada para emitir el informe técnico con calidad de pericia institucional, y que constituye un requisito de procedibilidad para la formalización de la investigación preparatoria por los delitos contenidos, por medio del cual se analiza la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención.

La entidad administrativa en este caso solo está facultada para sancionar en el caso en que no se cumplan con las normas administrativas que le exigen que debe contar con un sistema de prevención, pero si por el contrario la sanción es por el hecho de que la persona jurídica se encuentra involucrada en la comisión de un delito, la responsabilidad por dichos actos le compete a la Fiscalía y jueces de la Nación.

Del análisis del derecho comparado, desarrollado en el presente numeral, se evidencia que estos países han cumplido con las normas y estándares internacionales y han acogido la responsabilidad de las personas jurídicas en sus legislaciones internas, con lo que podrán además contar mejores instrumentos de lucha con las organizaciones criminales o terroristas y combatir la corrupción.

Colombia está obligada a introducir en su régimen penal, la responsabilidad las personas jurídicas por la comisión de delitos, para poder cumplir los compromisos internacionales mencionados en el numeral 1 de este capítulo y mejorar sus instrumentos de lucha contra la delincuencia organizada y combatir la corrupción.

1.3 Responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos en el régimen jurídico colombiano

En este punto del presente trabajo se analizará si el régimen jurídico colombiano cumple con los compromisos internacionales a los que se hizo referencia en el numeral 1 de este capítulo, para estos efectos es importante, en primer lugar, analizar si es viable en Colombia establecer la responsabilidad de las personas jurídicas.

Para estos efectos se estudian los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la materia, toda vez que la principal dificultad que han tenido los países para consagrar este tipo de responsabilidad ha sido la de **definir si el régimen legal vigente en los países permite que las personas jurídicas puedan ser condenadas penalmente por la comisión de delitos.**

El otro aspecto importante a analizar para establecer si es viable adoptar en la regulación colombiana la responsabilidad penal, es **cómo se puede atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas**, motivo por el cual analizamos los modelos de atribución de la responsabilidad penal de estos entes, en la doctrina. Modelos que han sido acogidos por algunos países al adoptar este tipo de responsabilidad.

A continuación, también estudian las consecuencias penales que pueden existir para las personas jurídicas por la violación a normas penales por parte de sus empleados, como sanciones penales accesorias.

1.3.1 Posibilidad constitucional de adoptar la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia

En principio, Colombia optó por una responsabilidad administrativa, por actos de corrupción transnacional, aprobada en su normativa mediante la Ley 1778 de 2016, siendo en este caso la Superintendencia de Sociedades la entidad administrativa

competente para adelantar los procedimientos, pero existiendo de igual forma, en casos específicos, la obligación en cabeza de sus funcionarios, de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, se hace evidente que Colombia optó inicialmente por un esquema administrativo, por razones de conveniencia y agilidad para su ingreso a la OCDE, **mas no porque el regimen jurídico o constitucional no permita la existencia de un régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica**, posibilidad que fue aceptada por la Corte Constitucional varios años atrás, en Sentencia C-320 de 1998 en la cual se manifiesta que:

*”La sanción penal limitada a los gestores, tan sólo representa una parcial reacción punitiva, si el beneficiario real del ilícito cuando coincide con la persona jurídica se rodea de una suerte de inmunidad. La mera indemnización de perjuicios, como compensación patrimonial, o la sanción de orden administrativo, no expresan de manera suficiente la estigmatización de las conductas antisociales que se tipifican como delitos. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva”.*¹⁴

Así como, en el año siguiente en la Sentencia C-843 de 1999 la Corte expresa: “ (...) pueden ser sujetos activos de distintos tipos penales, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional”¹⁵

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-320 de 1998. Referencia: O.P. 024. Objeciones presidenciales al proyecto de Ley 235/96 Senado-154/96 Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones”. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio treinta (30) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-843 de 1999. Referencia: Expediente D-2348. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 26 de la Ley 491 de 1999, “Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el código penal y se dictan otras disposiciones”

Así pues la Corte Constitucional de Colombia, hace varios años, abrió la posibilidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas inicialmente para los delitos contra el medio ambiente, por lo que en la actualidad dicha discusión ha sido superada y la Corte Constitucional ha determinado que dicho esquema de responsabilidad no se encuentra en contravía a la Constitución Política de Colombia de 1991.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, el pasado 28 de agosto de 2018 el Gobierno de Colombia, presentó ante el Congreso de la República un primer Proyecto de Ley, por medio del cual se buscaba establecer una responsabilidad de tipo penal para la persona jurídica, mantenido exclusivamente el esquema ante la Superintendencia de Sociedad para los casos de soborno transnacional, haciéndose aún más claro que el régimen jurídico colombiano admite una responsabilidad de carácter penal de las personas jurídicas.

Es oportuno realizar una precisión, sobre la distinción entre el esquema de responsabilidad administrativas de las personas jurídicas y la responsabilidad administrativa de carácter preventiva, a la que se puede enfrentar una persona jurídica por el incumplimiento de las normas preventivas comúnmente expedidas por los entes de supervisión, tal como se analiza en el numeral 4 de este capítulo.

1.3.2 Atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica

El tema de mayor discusión a la hora de analizar la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas es la determinación de la culpabilidad, toda vez que se ha puesto de presente que esta hace parte del espectro subjetivo de una persona natural, haciendo referencia a su conciencia, generándose así el cuestionamiento de cómo aplicar culpabilidad a una persona jurídica.

Temas: El principio de legalidad penal excluye la ambigüedad en la descripción de penas y la indeterminación en los procedimientos. Santa Fe de Bogotá, veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Ahora bien, la doctrina en la materia ha entrado a desarrollar el fondo de la culpabilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, demostrando que ésta no constituye un impedimento para su incorporación en las diversas legislaciones internas de los países.

En primer lugar, es claro que la responsabilidad penal de cualquier sujeto no puede concretarse sin el elemento de culpabilidad, por lo que el tema central para saldar la discusión es la forma en que se fundamenta la culpabilidad para el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Según lo desarrolla la doctrina mayoritaria y como lo evidencia las legislaciones de derecho comparado, la culpabilidad *“se fundamenta sobre la existencia de un déficit de organización o de infracción del debido deber de cuidado. Por tanto, la existencia de un déficit o defecto de organización debe ser el presupuesto de punibilidad de las personas jurídicas. Un modelo de imputación debe basarse, por tanto, sobre la existencia de un hecho de conexión y sobre la idea de la culpabilidad por defecto de organización. El defecto de organización no solo debe ser un requisito de la responsabilidad para los supuestos de infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena a una persona jurídica”*¹⁶, así pues, el fundamento para **la atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la idea de la deficiencia en el ejercicio del debido control**, postulado que entraremos a desarrollar con mayor profundidad en el presente capítulo.

Unido al anterior postulado, se conecta el hecho de que las personas jurídicas como tal no tienen capacidad de acción ni de omisión, el que puede ejercer control u omitirlo es una persona natural, y esta acción u omisión de la persona natural, es la que entra a

¹⁶ BACIGALUPO, Saggese. Silvina y LIZCANO. Jesús (2013). Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Madrid. Colección Estudios no 1, Serie Análisis, Área Institucionalidad Democrática. Pg. 56.

ser considerada por la autoridad competente con base en los modelos de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se analizan en el siguiente apartado.

Así pues, la omisión de control no ha de entenderse como una imprudencia de la propia persona jurídica y de su propia culpabilidad o “conciencia”, siendo que las actuales legislaciones de los países, no buscan imponer “penas” a “delitos” de las personas jurídicas, si no que por el contrario lo que se busca es hacer responder a las personas jurídicas, por los delitos cometidos por personas humanas.

Por lo que, es de vital importancia aclarar que, la responsabilidad penal de las personas jurídicas que han acogido un gran número de países en sus legislaciones, no obliga a modificar la concepción del delito que sirve de base al Derecho penal vigente, como comportamiento humano típico, antijurídico y culpable, ya que no es ineludible prescindir del comportamiento humano. Por consiguiente:

“no es necesario constituir una nueva teoría del delito que incluya actuaciones no humanas como las de las personas jurídicas, que son incapaces de actuar por sí mismas, de conocer y de querer hechos y de captar prohibiciones o mandatos. No es necesario sustituir el concepto de culpabilidad humana por el de alguna forma de “culpabilidad” de entes no humanos como son las personas jurídicas”.¹⁷

• **1.3.3 Modelos de atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas**

Un tema elemental, para el estudio de los modelos de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es el de determinar la persona natural que dentro de la estructura empresarial tendrá capacidad de obrar y cuenta con posición de garante, para realizar acciones u omisiones que puedan ser el “hecho de conexión”, siendo que, es este hecho de conexión el que será considerado como hecho propio de la persona jurídica.

¹⁷ PUIG, Mir Santiago Mirentxu, BIDASOLO, Corcoy , MARTÍN, Gómez Víctor. (2014). Responsabilidad de la Empresa y Compliance Programas de prevención, detección y reacción penal. Madrod. Ed Edisofer.

Es de señalar que el sistema de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica, es un sistema que opera en doble vía, puesto que incluye los delitos que se cometan:

*“por un lado, en nombre o por cuenta de la misma, y en su **provecho** (entendido éste tanto en sentido directo, como beneficio, e indirecto, como ahorro de costes), por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho (la llamada responsabilidad del hecho personal por representación o tesis del reflejo, a semejanza del Artículo 121.2 del Código Penal francés), y, por otro, por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas (representantes legales y administradores de hecho o de derecho), han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control”¹⁸*

Por la doctrina mayoritaria y en la legislación interna de varios países se han acogidos los siguientes modelos de atribución de responsabilidad, sobre los cuales entraremos a profundizar.

1.3.3.1 Modelo de transferencia o vicarial:

En observancia de los más recientes y principales antecedentes, se encuentra que este modelo de responsabilidad de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas, es de origen anglosajón, en consonancia con el sistema feudal, pero este modelo puro de transferencia únicamente permitía la atribución al superior (señor), por omisiones de control de sus sirvientes, modelo puro que no permitía una responsabilidad por acción.

Pérez 19¹⁹, Mediante posteriores resoluciones judiciales estadounidenses e inglesas, como los casos *Statu v. Morris & Essex Railroad Co* y caso *Queen v. Great North of England Galway* (1846) respectivamente, se amplió la posibilidad de atribución formal

¹⁸ ARIAS. Pérez, Jacinto. 2013. Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas Universidad de Murcia, Departamento de historia jurídica y de ciencias penales y criminológicas, pg. 59.

¹⁹ *Ibíd.* pg. 72.

de responsabilidad corporativa por omisiones o incumplimientos de sus directivos, basado en una responsabilidad objetiva, aunque dichas resoluciones excluían la responsabilidad de la corporación si existía una previa mala intención criminal de la persona natural.

Así pues, se incorporó la posibilidad de atribución de responsabilidad a las corporaciones, por los delitos de acción, pero únicamente para los de responsabilidad objetiva, dejando por fuera los delitos con una dimensión moral y con una intención criminal.

A comienzos del siglo XX, Pérez 20²⁰, el modelo de transferencia evolución en el modelo de identificación, en un intento por subsanar las deficiencias del modelo puro, es en este momento donde surge un postulado de vital importancia para la responsabilidad de las personas jurídicas, es la edificación de la idea de que la sociedad es dominada y gestionada por sus directivos, son estos últimos la mente y voluntad de la organización. La anterior idea deviene en el postulado de que la acción de los directivos u órganos de dirección, es la acción de la organización.

Pero aun cuando el modelo de identificación supone un avance significativo, permite una importante crítica, siendo que dicho modelo solo permitía imputar a la corporación las acciones de sus representantes, pero no permitía imputar las acciones de sus empleados o subordinados, lo cual evidencia que esta no responde a la realidad de las organizaciones, ya que los subordinados de la organización son las manos de esta por medio de las cuales la organización actúa, evidenciándose la imposibilidad de este modelo para sostener una responsabilidad íntegra de la organización, así mismo este modelo sería de difícil aplicación a organizaciones de gran tamaño, puesto que esta implican una compleja división de funciones.

De esta gran deficiencia del modelo de identificación, devino en la década de los noventa, Pérez 21²¹, gracias a la resolución del Tribunal de Apelaciones inglés, en el

²⁰ *Ibíd.* pg. 72.

²¹ *Ibíd.*

caso R v. British Steel (1995), la llamada responsabilidad vicaria estricta, modelo en el cual se incorpora la responsabilidad por los hechos cometidos por los empleados de la corporación, siempre que éstos hubieran actuado en el ámbito de la autoridad y haya supuesto un provecho para la persona jurídica. Manteniéndose la responsabilidad de los directivos de la organización por no haber efectuado un control.

Luego de señalarse los principales antecedentes del modelo, se permite definir con mayor precisión el modelo por transferencia o vicarial.

Entendiendo que su aplicación se da cuando los delitos son cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, o en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica. Responsabilidad por transferencia (Vicarial) la persona natural o física integrada en la organización transfiere parte de la responsabilidad de sus actos a la persona jurídica o moral.

Este modelo supone la comisión de un hecho delictivo por una persona natural al interior de la organización, normalmente por una persona que sea integrante de sus órganos o la represente. Ese hecho delictivo se transfiere a la persona jurídica, al considerarse, por la relación funcional entre estos órganos y la persona jurídica, que los actos de dichos órganos son a la vez los actos de la persona jurídica.

“Tales hechos, por lo demás, pueden ser de comisión activa o, también, de comisión por omisión, en la medida en que los órganos omitan deberes de vigilancia, de coordinación o de selección, que den lugar a la conducta delictiva activa de un integrante de la empresa situado en los niveles inferiores de ésta⁶. lo que queda abierto en todo caso, para este modelo, es la cuestión del título en cuya virtud la responsabilidad por ese hecho puede ser transferida a la persona jurídica”²².

²² SÁNCHEZ, María Silva Jesús. (2008). La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” De las personas Jurídicas. Pg. 130,131.

1.3.3.2 Modelo del hecho propio

Esta teoría está cimentada en la sociología de las organizaciones, cuyo máximo exponente fue Charles Perrow, para este, el alto grado de especialización interna de las corporaciones permite un alto control de la actividad.

Como dice Pérez: *“Siguiendo este modelo, la responsabilidad de la persona jurídica no es resultado de una transferencia por la responsabilidad de la persona física, sino de su propia realidad como estructura organizada independiente de las personas que la hacen actuar”*²³, para este modelo se debe analizar la relación de causalidad entre la organización y los daños producidos.

La génesis, de este modelo se debe al hecho de que el modelo por transferencia (identificación), aun con su evolución frente a las críticas, seguía sin ser un modelo apto para responder a los casos en que no es posible identificar a la persona o personas físicas autoras del hecho, o quizás estas han obrado de modo no culpable.

Y adicionalmente el modelo del hecho propio, toma bajo consideración el modo en que operan las grandes organizaciones, en las que las decisiones no responden estrictamente a criterios individuales, si no, en gran medida a prácticas y procedimientos estructurales de esta, de acá la importancia de prescindir de las reglas de atribución y hacer a las personas jurídicas directamente responsables.

Hay aplicación del modelo de responsabilidad por hecho propio, cuando los delitos son cometidos, por quienes, estando sometidos a la autoridad (representante legal o autorizados a tomar decisiones), han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

²³ ARIAS. Pérez, Jacinto. 2013. Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas Universidad de Murcia, Departamento de historia jurídica y de ciencias penales y criminológicas pg. 76.

Se ha señalado que no es necesaria la transferencia a la persona jurídica, la responsabilidad de las personas naturales que conforman la organización, bajo el presente modelo de atribución se entiende que *“es una responsabilidad de estructura “anónima” en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realizaren directamente la actuación delictiva”*²⁴.

La mencionada culpabilidad por defecto de organización, tiene estrecha relación con el presente modelo de atribución.

Para los casos en que los delitos cometidos por las personas sometidas a la autoridad de sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, es de gran importancia resaltar que se requiere adicionalmente, que dichas personas hayan podido concretar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos un debido control.

Así pues, la atribución de responsabilidad deviene en responsabilidad de la persona jurídica por la ausencia de control, que propicio que se generara la comisión de un delito por parte de las personas sometidas a autoridad.

De lo anterior devino el concepto de defecto de organización, el cual fue desarrollado en primer lugar por Klaus Tiedemann, en 1996 (La Responsabilidad Penal de las Persona Jurídicas, en Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg).

Pero aun cuando el defecto de organización, “pretenda ser el eje que orienta la responsabilidad de la persona jurídica por un hecho propio, en realidad no puede ser predicado más que de la propia persona física que administra el ente²⁵.

Por su parte, Aller Dopico Gómez²⁶ presenta la tesis por medio de la cual sostiene que estamos ante el verdadero criterio de imputación a la persona jurídica, concretado en el

²⁴ SÁNCHEZ, María Silva Jesús. (2008). La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” De las personas Jurídicas. Pg. 130,131. Pg 133.

²⁵ ARIAS. Pérez, Jacinto. 2013. Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas Universidad de Murcia, Departamento de historia jurídica y de ciencias penales y criminológicas Pg.122.

incumplimiento, imputable a ésta, del debido control sobre el trabajador, atendidas las circunstancias del caso. Así pues, se trata de una infracción de los deberes de evitación de delitos, imputable a la propia persona jurídica.

Para hablar de delito se debe exigir que la persona jurídica haya incurrido en un defecto de organización (por no haber adoptado las medidas preventivas exigibles para evitar dicho delito).

1.3.4 Consecuencias penales para las personas jurídicas como sanciones accesorias en el marco de un proceso penal contra una persona natural

Antes de entrar a analizar el régimen legislativo colombiano para la atribución de responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de delitos, es oportuno hacer referencia al artículo 91 de la Ley 904 Código de Procedimiento Penal colombiano, en el que se consagran unas penas accesorias a la persona jurídica, dentro del proceso penal que se adelante contra las personas naturales investigadas por la comisión de delitos.

Artículo por medio del cual, en cualquier momento y antes de presentarse la acusación, el juez de garantías podrá ordenar a la autoridad competente para que proceda a la suspensión de la personaría jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos de la persona jurídica, en el evento en que existan motivos fundados que permitan inferir que estos se han dedicado al desarrollo de actividades delictivas. Igualmente, se consagra que dicha suspensión puede mudar y derivar en la cancelación de la personería jurídica, en la sentencia condenatoria, cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

²⁶ ORTIZ. De Urbina Gimeno. (2010). Memento Experto Reforma Penal, Ley Orgánica 5/2010, Santiago de Compostela. .Pg 20. Ediciones Francis Lefebvre

Ahora bien, es de resaltar que, aunque por medio de este artículo sea posible la imposición de penas accesorias a la persona jurídica, como la suspensión y cancelación de la personería jurídica, no significa que mediante el señalado artículo se instaure en Colombia la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Más aun, cuando los instrumentos internacionales en la materia exigen que se trate de una responsabilidad autónoma a la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

Las Convenciones de las Naciones Unidas desarrolladas con anterioridad estipulan que se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos y de igual forma las Notas Interpretativas de las Recomendaciones 3 y 5 del GAFI consagran que se debe tratar de una responsabilidad autónoma, al mencionar que estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales.

De otra parte, es de resaltar que la Ley 1778 de 2016, la cual se tratará en el presente capítulo, buscó incorporar dicha exigencia de una responsabilidad autónoma, mediante el Artículo 35 de Ley, referente a las Medidas contra personas jurídicas, y por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, procediendo a quedar de la siguiente forma.

“Artículo 34. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente (...)”.

Así pues, se establece la posibilidad de que las medidas del artículo 91 del Código de Procedimiento penal se apliquen a las personas jurídicas que haya buscado beneficiarse, con independencia a la responsabilidad las personas físicas, únicamente

para los delitos contra la administración pública o relacionados con el patrimonio público.

Pero aun cuando el anterior artículo, permite que se apliquen dichas medidas independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, ni las penas accesorias del artículo 91 Código de Procedimiento Penal, ni el modificado artículo 34 de la Ley 1474, cumplen con las exigencias de las Convenciones de las Naciones Unidas, ratificadas por Colombia, puesto que estas se dan al interior de un proceso penal en contra de una persona natural, lo que presupone la existencia de uno, y por lo contrario, lo que buscan los instrumentos internacionales es que se pueda adelantar un proceso de responsabilidad de la persona jurídica, con independencia de la situación de las personas naturales involucradas, principalmente para cuando no haya sido posible dirigir la acción penal contra la personas física.

1.3.5 La responsabilidad administrativa por la comisión de delitos en Colombia

Se evidencia que los estándares internacionales admiten que haya un esquema de responsabilidad administrativa, pero es de vital importancia aclarar que las convenciones hacen referencia a un esquema de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, **pero por el hecho de que una persona jurídica cometa un delito**, es decir, que en el caso de que prexista, en la normativa interna, un régimen administrativo preventivo que dé lugar a que se puedan imponer sanciones administrativas por el incumplimiento de las normas de carácter preventivo, ajena a la circunstancia de que se haya cometido o concretado o no un delito, **este tipo de responsabilidad administrativa no cumple con los requerimientos de las convenciones**, siendo que en este caso lo que se estaría aplicando es el Derecho administrativo sancionador.

Es común que se genere confusión frente a estas dos figuras jurídicas, dado que las dos son manifestaciones de la facultad punitiva del Estado.

La potestad sancionadora de la administración se encuentra establecida y mencionada en diversas disposiciones de la Constitución política de 1991, desde el artículo 2 en el señalamiento de los fines del estado, hasta el artículo 209 el cual instituye los principios que guían la función administrativa, así como cuando el artículo 29 reconoce la aplicación del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Y aun cuando la potestad sancionadora de la administración hace parte de un amplio género, en el cual igualmente están comprendidos el derecho disciplinario, el derecho de las contravenciones, el derecho correccional y también el derecho penal, el derecho penal se puede diferenciar del derecho administrativo sancionador, principalmente al observarse las diferencias, entre las finalidades que persiguen y los bienes jurídicos que son objeto de protección.

Por su parte el derecho penal apela a objetivos sociales más amplios, tal como lo establece la Corte Constitucional en Sentencia C-616 de 2002:

“La potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente de la potestad punitiva penal. Con la potestad punitiva penal, además de cumplirse una función preventiva, se protege “el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente”, mientras que con la potestad administrativa sancionatoria se busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales. La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la administración es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones”²⁷.

Una principal diferencia, es la que señala Aller Dopico Gómez y es la de que en las estructuras dogmáticas que manejan, por su lado el derecho administrativo sancionador se rige por la concepción de la infracción de corte “causalista”, en la cual el dolo e imprudencia son formas de culpabilidad, y por el contrario el sistema del

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-616/02, Magistrado Ponente:Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Referencia: expediente D-3860, Norma Acusada: Artículo 41 de la Ley 633 de 2000, Demandantes: Álvaro Edgar Hernández Conde, Bogotá, D. C., 6 de agosto de (2002).

derecho penal predomina una concepción finalista en la cual el dolo e imprudencia son elementos típicos²⁸.

Así pues, para establecer claramente la diferencia, es oportuno mencionar que el *“El derecho administrativo sancionador corresponde a una potestad de la administración para velar por el adecuado cumplimiento de sus funciones mediante la imposición, a sus propios funcionarios y a los particulares, del acatamiento de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos”*²⁹, por consiguiente el derecho administrativo sancionador propende por garantizar la organización y el correcto funcionamiento de las actividades a cargo de la administración.

Con base, en lo anterior es de resaltarse que para que un país, que decide optar por una responsabilidad administrativa de la persona jurídica, cumpla con los requerimientos de las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas, debe incluir en su legislación una responsabilidad administrativa, distinta de la responsabilidad por faltas en la prevención, y debe instaurar una responsabilidad por el hecho de la comisión de un delito.

Por lo que, es del caso mencionar, los siguientes tres postulados, los cuales permiten dilucidar la responsabilidad de las personas jurídicas que exigen los estándares internacionales en la materia en una ley de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de un delito:

²⁸ ORTIZ. De Urbina Gimeno. (2010). Memento Experto Reforma Penal, Ley Orgánica 5/2010, Santiago de Compostela. .Pg 20. Ediciones Francis Lefebvre

²⁹Corte Constitucional. Sentencia C-703/10, Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Referencia: expediente D-8019, Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 32 (parcial), 36 (parcial), 38, 39, 40 (parcial), 43, 44, 45, 46, 47, 48, y 49 de la Ley 1333 de 2009, *“Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones”*, Demandante: Luís Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá D.C., 6 de septiembre de 2010.

1. Este tipo de responsabilidad **será solo aplicables cuando se haya presentado la comisión de un delito**, no aplica por el solo hecho de un incumplimiento de las normas administrativas.
2. **Delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, o en su beneficio directo o indirecto**, por sus representantes legales o por aquellos **que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica. Responsabilidad por transferencia (Vicarial) la persona natural integrada en la organización transfiere parte de la responsabilidad** de sus actos a la persona jurídica o moral.
3. **Delitos cometidos**, por quienes, estando sometidos a la autoridad (representante legal o autorizados a tomar decisiones), han podido realizar los hechos **por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso**. Responsabilidad por Hecho Propio.

Diferenciándose claramente de los eventos de la responsabilidad administrativa (de carácter preventivo) por el incumplimiento de las normas administrativa, a la cual aplican las siguientes premisas:

- La responsabilidad administrativa se origina a cargo de la persona jurídica o personas naturales vinculadas a ella, **no por la comisión de los delitos que se busca prevenir, sino por el incumplimiento de las normas administrativas**
- Se aplica a la imposición de sanciones administrativas los **procedimientos y principios del derecho administrativo**.
- Los supervisores deben y pueden imponer las **medidas administrativas independientemente de que se haya incurrido o no en los delitos** que las normas administrativas buscan prevenir.
- La imposición de sanciones administrativas de **enfoque preventivo es independiente de la responsabilidad penal de la persona jurídica o natural**.

1.3.6 Primera Ley en Colombia – Responsabilidad administrativa de la persona jurídica por la comisión de delitos de corrupción transnacional - Ley 1778 de 2016

El 2 de febrero de 2016 se aprobó en Colombia la Ley 1778 de 2016, por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción", dicha ley acoge un modelo de responsabilidad administrativa de la persona jurídica.

En primer lugar, capítulo I desarrolla la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, siendo en este caso la Superintendencia de Sociedades la entidad encargada de investigar y sancionar, con la aclaración de que no se trata del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de dicha Superintendencia. De otra parte, la norma precisa que la investigación adelantada en este proceso, no se encontrará condicionada o supeditada a la iniciación de otro proceso y la decisión de la actuación no constituirá prejudicialidad.

En el capítulo II, se consagran las sanciones aplicables las cuales se realizarán mediante resolución motivada, así como los criterios de graduación de las sanciones, por último, se desarrolla en el capítulo III las disposiciones procedimentales aplicables.

La legislación colombiana introdujo en el artículo 18 la remisión a otras autoridades, en los siguientes casos:

"Si los hechos materia del procedimiento sancionatorio pudieren llegar a ser constitutivos de delito, falta disciplinaria o de otro tipo de infracción administrativa, la Superintendencia de Sociedades pondrá en conocimiento de los hechos a la Fiscalía

*General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación o la entidad que corresponda, y acompañará copia de los documentos pertinentes”.*³⁰

Por lo que independientemente de la responsabilidad administrativa en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, la Fiscalía General de la Nación puede entrar a conocer de los mismos hechos, si estos pudieren llegar a ser constitutivos de delitos.

Ahora bien, se claro que la expedición de la Ley 1778 de 2016, fue el resultado del afán del gobierno del ex Presidente Juan Manuel Santos para cumplir con los requerimientos para el ingreso del país a la OCDE, y de igual forma, esta es la razón de las diversas deficiencias de la mencionada Ley para responder a los estándares internacionales en la materia.

La principal falencia de la ley, es el hecho de únicamente incluir la responsabilidad de las personas jurídicas para el delito de soborno transnacional, sin incluir siquiera los delitos de tipificación obligatoria de la Convenciones de las Naciones Unidas Contra la Corrupción del año 2003, de igual forma la Ley tampoco incluye el delito de lavado de activos y sus delitos conexos tal como lo sugiere la nota interpretativa de la Recomendación número 3 de las Recomendaciones del GAFI, delitos graves definidos en la Convención de Palermo o el delito de financiamiento del terrorismo señalado en la Nota Interpretativa de la Recomendación número 5 de las Recomendaciones del GAFI.

1.3.7 Primer intento legislativo para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Proyecto de Ley número 117 de 2018

Buscando cumplir con las convenciones de las Naciones Unidas y estándares internacionales citados en el numeral 1, el 28 de agosto de 2018 el Gobierno presentó, ante el Congreso de la República un nuevo Proyecto de Ley 117 capítulo V, por medio del **se pretendía establecer una ley de responsabilidad penal de las personas**

³⁰ Artículo 18, Ley 1778 de 2016, Colombia.

jurídicas que cumpliera con las Convenciones Internacionales en la materia, ratificadas por Colombia.

Al momento de establecer una legislación penal de responsabilidad de personas jurídicas, el Estado debe asegurar que dicha regulación no vulnere los principios fundamentales del régimen penal instaurado en Colombia, dando cumplimiento principalmente al principio de legalidad, para el cumplimiento de dicho principio, la doctrina ha exaltado la importancia de que la norma establezca por lo menos unas características esenciales, entre las cuales menciona Bacigalupo³¹: la determinación de las personas jurídicas responsables / destinatario de la norma, la determinación de las personas físicas con posición de garante, la responsabilidad acumulativa, determinación de culpabilidad, determinación de los delitos, determinación de las sanciones penales, otros criterios de imputación y cuestiones procesales.

Por lo que, es oportuno estudiar el texto del primer Proyecto de Ley, por medio del cual se pretendía establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, frente a algunos de los mencionados rasgos esenciales, así como su cumplimiento de los instrumentos internacionales ratificados.

El Proyecto de Ley establecía que la norma se aplicará a las personas jurídicas de derecho privado (sin que ello implicará que las personas jurídicas de derecho público, no deban gestionar los riesgos penales, tal como se desarrollará en el siguiente capítulo), pero el proyecto de ley no establecía un artículo puntal de ámbito de aplicación, por lo que podría eventualmente generarse discrepancias sobre si la mencionada ley aplicaría por ejemplo a sociedades de economía mixta o a personas jurídicas interpuestas, igualmente la norma no delimitaba en qué medida el concepto de persona jurídica permitía incluir a grupos de sociedades, como sucursales, filiales, uniones temporales de empresa etc. Así pues, lo más recomendable sería incluir en el

³¹ BACIGALUPO, Saggese. Silvana y LIZCANO. Jesús (2013). Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Madrid. Colección Estudios no 1, Serie Análisis, Área Institucionalidad Democrática. Pg. 50.

siguiente proyecto de ley, un artículo exclusivo para especificar el ámbito de aplicación de la norma, delimitando de manera detallada la cuestión.

La norma igualmente debe establecer las personas naturales con posición de garante, y delimitar los modelos de atribución de responsabilidad que se van a aceptar, frente a este punto se observa que el Proyecto de Ley en el artículo 100B, establecía que:

“Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 100A del Código Penal, que fueren cometidos en su interés o para su provecho, por sus representantes legales, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”³²

En este artículo determinaba las personas naturales que dentro de la estructura organizacional serían garantes para desarrollar acciones u omisiones que pudieran llegar a considerarse como hecho propio de la persona jurídica. Bajo lo anterior se encuentra que el Proyecto de Ley 117 de 2018, incorporaba el modelo de atribución de responsabilidad por transferencia, pero no es claro que se acogiera en su totalidad el modelo de atribución de responsabilidad por hecho propio (modelos que se desarrollaran en el presente capítulo), el cual ha sido incorporado en la mayoría de legislaciones de responsabilidad de personas jurídicas como la española, chilena, peruana, ecuatoriana, entre otras. Así pues, aunque es facultativo del país determinar los modelos de atribución que se van a incorporar, es de considerarse que al no incorporar en su totalidad el modelo por hecho propio, se estaba dejando por fuera del alcance de la ley los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la

³² Gaceta del Congreso 631, 31 de agosto de 2018, Proyecto de Ley 117 de 2018.

autoridad de las personas físicas encargadas de la administración y supervisión, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, y siendo que en gran medida las personas jurídicas operan por medio de sus subordinados, se estaría dejando por fuera un amplio número de eventos.

Ahora bien, en relación a la responsabilidad acumulativa, o la llamada responsabilidad autónoma de la persona jurídica, es oportuno recordar que el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo 1999, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional – Palermo 2000 y la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción Merida de 2003, exigen a los países que ratificaron dichos instrumentos, que se trate de una responsabilidad autónoma, de la responsabilidad de las personas naturales que hayan perpetrado los delitos, por lo que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se debe suprimir, aun cuando la persona natural no haya sido individualizada, o hubiese fallecido o no haya sido posible dirigir la acción penal contra ella. En cumplimiento a la menciona exigencia de las Convenciones de Naciones Unidas, el Proyecto de Ley integraba en el artículo 100C, la responsabilidad penal autónoma de la personas jurídica.

De otra parte, referente a la determinación de los delitos y sobre cuales deben estar incluidos en la Ley para este tipo de responsabilidad, en el derecho comparado se evidencian dos modelos, uno correspondiente al catálogo abierto como lo consagra la legislación del Ecuador y Francia, donde puede existir responsabilidad de las personas jurídicas por cualquiera de los delitos del Código Penal, y otro modelo de catálogo taxativo de delitos, como es el caso de la legislación española, chilena, argentina, peruana y la cual era la que incluía Colombia en el Proyecto de Ley.

Al optarse por un catálogo taxativo se debe establecer que delitos debe incluir la ley de responsabilidad de las personas jurídicas, para cumplir con las tres convenciones internacionales de Naciones, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y

sus Protocolos, Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo 1999 y las Notas Interpretativas tres (3) y cinco (5) de las Recomendaciones Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), así pues, para que una ley de responsabilidad de personas jurídicas cumpla con los estándares internacionales, debe como mínimo incluir los delitos que consagran dichos instrumentos internacionales.

Así pues, la Convención contra la Corrupción, establece unos de delitos de tipificación obligatoria y unos de tipificación facultativa:

Es de tipificación obligatoria

- Art. 15. Soborno de funcionarios públicos nacionales.
- Art.16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas. *."cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales".*
- Art. 17. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras de desviación de bienes por un funcionario.
- Art. 23. Blanqueo del producto del delito
- Art. 25. Obstrucción de la justicia.

Es de tipificación facultativa:

- Art. 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas. En la modalidad en que *"se cometan*

intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

- Art. 18. El tráfico de influencias.
- Art. 19. Abuso de funciones.
- Art. 20. Enriquecimiento ilícito
- Art. 21. Soborno en el sector privado
- Art. 22. Malversación o peculado de bienes en el sector privado.
- Art. 24. Encubrimiento.

De otra parte, la Convención de la Organización Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, estipula **que deben ser tipificados todos los delitos graves (debiendo ser estos delitos determinantes de lavado de activos)** que entrañen la **participación de grupos delictivos organizados, actos de corrupción, obstrucción a la justicia**, así como el tipo penal de blanqueo del producto del delito y el espectro más amplio posible de los delitos determinantes de este, los cuales corresponderán a los delitos graves. La Convención consagra la definición en el artículo 2 de delitos graves *“Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”*³³, lo que constituye una herramienta para los estados a la hora que establecer cuáles son los delitos determinantes del lavado de activos. De igual forma, la Convención toma en cuenta como delitos determinantes los delitos de corrupción, obstrucción a la justicia y delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Incluirán los delitos cometidos dentro y fuera de la jurisdicción del Estado interesado, cuando el *“acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y*

³³ Naciones Unidas. (2000), Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Artículo 2 Inciso b. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf

constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí³⁴

La Nota Interpretativa número (3) de las Recomendaciones del GAFI, entró a replicar lo estipulado en las Convenciones, incluyendo el delito de lavado de activos y los delitos determinantes del lavado de activos, pero incorpora un nuevo elemento en su Nota Interpretativa número cinco (5) relacionada con el financiamiento del terrorismo, en busca de que los Estados cuenten con la capacidad legal para procesar y aplicar sanciones penales a la quienes financien el terrorismo, adicionalmente trae como objetivo que los Estados incluyan los delitos de financiamiento del terrorismo como delitos determinantes para el lavado de activos.

En este orden de ideas, una ley que desarrolle la responsabilidad de las personas jurídicas no debe solo incluir, delitos de corrupción, el delito de lavado de activos, sino también los delitos determinantes de este último, los cuales, con base en las Convenciones Internacionales, principalmente se entiende que son los delitos graves, teniendo de guía la definición del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, y los delitos de financiamiento del terrorismo dada su estrecha conexión.

Por lo anterior, para dar cumplimiento a los estándares exigidos por los Convenios internacionales, la ley de responsabilidad de las personas jurídicas debería incluir como mínimo la **responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos** de:

- Lavado de activos y sus delitos determinantes (Recomendaciones del GAFI)
- Delitos graves definidos por la Convención de Palermo (Delincuencia organizada)

³⁴ ONU, (2004). Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Artículo 6. Inciso c. Recuperado de: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

- Delitos relacionados con la corrupción a los que hace referencia la Convención de Mérida
- De los delitos relacionados con el terrorismo y la financiación del terrorismo

Incluyéndose así, tipos penales como los siguientes:

1. Soborno de funcionarios públicos nacionales.
2. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.
3. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras de desviación de bienes por un funcionario.
4. Blanqueo del producto del delito
5. Obstrucción de la justicia.
6. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.
7. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras de desviación de bienes por un funcionario.
8. Financiamiento del terrorismo
9. Delitos graves definidos por la Convención de Palermo (Delincuencia organizada)

Por su parte, el Proyecto de Ley establecía que podía existir responsabilidad *“por los delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada y por todos aquellos delitos que afecten el patrimonio público”*³⁵, así pues, el Proyecto de Ley consagraba un amplio catálogo de delitos, incluyendo gran parte de los delitos consagrados en los instrumentos internacionales.

³⁵ Proyecto de Ley 177 de 2018, Artículo 100A, Colombia.

Por otro lado, es necesario determinar de forma taxativa las causas específicas que en el marco de la imputación de un delito pueden llegar a considerarse como circunstancias de atenuación o como eximentes de responsabilidad, sobre este punto como parte de la autonomía de los países, el Proyecto de Ley colombiano establecía en el Artículo 100D las siguientes circunstancias de atenuación.

“Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes: a) Reparar con diligencia el daño o impedir sus ulteriores consecuencias. b) Colaborar sustancialmente con el esclarecimiento de los hechos. Se entenderá que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando su representante legal, o el revisor fiscal, o el contador, o el auditor, o alguno de los socios, o de los accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión hayan denunciado a las autoridades el hecho punible, o cuando hayan suministrado información útil para su esclarecimiento. La información a la que se refiere este numeral puede ser entregada en cualquier momento del procedimiento, hasta antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra la persona jurídica. c) La adopción por parte de la persona jurídica, antes de la comisión de la conducta punible y sin estar obligada a ello, de un programa de ética empresarial que cumpla los requisitos técnicos y de eficacia establecidos por las autoridades de inspección, vigilancia y control”³⁶.

Se evidencia que la existencia de programa de cumplimiento y ética empresarial, sería un elemento considerado por la autoridad competente como una circunstancia de atenuación de responsabilidad en el Proyecto de Ley 117, o puede ser un eximente de responsabilidad como lo es en el caso español, siendo estos programas de cumplimiento un elemento que será desarrollado a mayor profundidad en el presente trabajo.

Adicionalmente, el Proyecto de Ley Colombia daba tal importancia a la existencia de programas de gestión de riesgos penales y cumplimiento, al interior de las personas jurídicas, que establecía su inexistencia o inconformidad con los requisitos establecidos

³⁶ Proyecto de Ley 177 de 2018, Artículo 100D, Colombia.

por la Superintendencia de Sociedades, como la una circunstancia de agravación de la responsabilidad.

Ahora bien, es de resaltar que la implementación de programas de gestión de riesgos penales y cumplimiento, no es únicamente un requisito de los sujetos obligados, en cumplimiento de las instrucciones impartidas por las autoridades de supervisión, sino también una herramienta frente a la gestión y mitigación de los riesgos penales, para cualquier persona jurídica, sin importar su naturaleza o si esta es un sujeto obligado o no.

De lo desarrollado en el presente numeral de este trabajo, se puede concluir que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional es viable adoptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico colombiano.

De otra parte, se observa que para la fecha Colombia no ha adoptado la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos, así pues, el país cumple únicamente parcialmente con los instrumentos internacionales, al consagrar la responsabilidad “administrativa” por la comisión actos de soborno transnacional.

El régimen vigente en Colombia que sanciona administrativamente a algunas personas jurídicas por la no adopción de sistemas de gestión de riesgos asociados a determinadas actividades delictivas (lavado de activos y financiamiento de terrorismo), no constituye una sanción suficiente para dar cumplimiento a los estándares y compromisos internacionales mencionados en el numeral 1 del capítulo I.

Adicionalmente, se evidencia falta de voluntad política en El Congreso de la República, siendo que el Proyecto de Ley 117 de 2018 que pretendía consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fue archivado en la anterior legislatura sin que sea presentado un estudio y debate juicioso y profundo de la cuestión.

Por consiguiente, el país está en mora de adoptar esta figura en los términos consagrados en las convenciones internacionales y compromisos asumidos por el país y el Gobierno Nacional debe insistir ante el Congreso de la República presentando un nuevo proyecto de Ley.

En línea con lo anterior, y luego del análisis realizado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos en el régimen jurídico colombiano, se propone en el presente trabajo el articulado de un nuevo Proyecto de Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, que cumpla con las exigencias de los instrumentos internacionales en la materia e incluya las pautas o guía de gestión de riesgos legales a nivel internacional. Dicho articulado es incorporado mediante el anexo No. 1, de este trabajo.

1.4 La responsabilidad administrativa por la no adopción de sistemas de gestión de asociados al lavado de activos y la financiación del terrorismo

En Colombia, en cumplimiento de los estándares internacionales sobre la materia, se exige a determinados sectores económicos vulnerables a ser utilizados para el lavado de activos y financiación del terrorismo (LA/FT) a adoptar sistemas de prevención de LA/FT para prevenir, detectar y reportar estos delitos. Su incumplimiento puede dar lugar a una responsabilidad administrativa, por la no adopción de estas medidas, pero no por la comisión de delitos.

Así pues, en Colombia, tienen la calidad de sujetos obligados a adoptar sistemas de prevención de los delitos de LA/FT las personas jurídicas que se relacionan en el anexo No. 2 (Listado de entes de supervisión y sistemas de supervisión).

En el citado anexo se recoge la entidad de supervisión, el sector vigilado, los sujetos obligados en el respectivo sector, el tipo de sistema de prevención que deben adoptar

dichas entidades, para prevenir los delitos de LA/FT y las normas en la que se establece dicha obligación.

No obstante que el incumplimiento de las normas legales y de los instructivos de las distintas autoridades de supervisión, no implica una responsabilidad penal para las personas jurídicas obligadas a adoptar dichos sistemas, lo cierto, es que estos sistemas son verdaderos sistemas de gestión de *compliance* para gestionar y prevenir los delitos de LA/FT.

Sin embargo, los sujetos obligados o personas jurídicas relacionadas en el anexo no solo están expuestas a los riesgos asociados a los delitos de LA/FT. En desarrollo de las tendencias internacionales y de las normas y convenciones que se citan en el numeral 1 del capítulo I, vemos que **la gran mayoría de los países vienen exigiendo a los particulares sistemas de gestión de compliance penal, para gestionar y mitigar los riesgos asociados a todos los delitos a los cuales puedan estar expuestas y no solo para el LA/FT, como ocurre en Colombia.**

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 1778 de 2016, se sugiere la adopción de sistemas de gestión de riesgos asociados al delito de soborno transnacional, y se recomienda la adopción de un sistema de prevención con unos requerimientos diferentes a los que las entidades supervisiones vienen exigiendo para la prevención del LA/FT.

Es decir, no existe en el país un sistema único de *compliance* y gestión de riesgos penales para todos los delitos.

Además, de la lectura y análisis de las normas que menciona en el anexo No. 2, se puede concluir que tampoco existe uniformidad de criterios al momento de expedir los instructivos mediante los cuales se exige a los sujetos obligados supervisados adoptar los sistemas de prevención del LA/FT.

No es razonable ni conveniente que los particulares se vean obligados a desarrollar distintos sistemas de prevención de distintos delitos, así como, tampoco es adecuado que para la prevención de unos mismos delitos (LA/FT) no haya un estándar uniforme.

Colombia debería exigir a los “sujetos obligados” la adopción de sistemas de gestión de *compliance* penal, para todos los delitos a los cuales puedan estar expuestos, cubriendo por lo menos todos los delitos a los que se hace referencia en las convenciones de las Naciones Unidas mencionadas en el numeral 1 y del capítulo primero.

Estos sistemas de gestión de *compliance* penal deberían ser uniformes y responder a los estándares internacionales de *compliance* penal de las normas ISO.

Así pues, en Colombia se debería exigir normativamente que los sistemas de prevención sean para todos los delitos y que las autoridades de supervisión al momento de expedir los respectivos instructivos tengan presente los estándares internacionales para la adopción de sistemas de *compliance* penal.

Como se anota en el numeral 2 del capítulo segundo, para la gestión de los riesgos penales (*compliance* penal) las diferentes legislaciones del mundo vienen acogiendo (los estándares para el diseño y adopción de Programas de Cumplimiento Normativo de la Organización Internacional de Estandarización (*International Standard Organization* – ISO). Esta Organización promovió la elaboración de la Norma ISO 19600 (gestión de *compliance*), norma que con el complemento de las siguientes normas o estándares son hoy la base para el diseño Programas de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales:

Norma ISO 37001, “Sistemas de Gestión Anti-Soborno”

España: Norma UNE 19601, “Sistema de gestión de *compliance* penal”

Norma ISO 31000, “Gestión de Riesgos” (adoptada por Colombia mediante la NTC-ISO 31000).

Norma ISO 31010,” Técnicas de Evaluación de Riesgos”.

La 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) Esta propuesta facilita a los particulares la gestión de todos los riesgos penales (no solo los delitos de LA/FT), sino que además será más fácil la adopción de los Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal, cuando Colombia consagre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Uno de los problemas que tenía el Proyecto de Ley 117 de 2018 con el cual hizo el primer intento de adoptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene que ver con la coexistencia de normas o sistemas expedidos por diferentes autoridades, cuando el Sistema de Gestión de *Compliance* Penal debe ser uno solo y debe ser el que las normas ISO sugieren.

Otro elemento que refuerza esta propuesta es la aplicación en Colombia del sistema de certificación de los Operadores Económicos Autorizados (OEA), sistema que se basa en el enfoque basado en riesgos que abarca todos los delitos y no solo los delitos de LA/FT.

El artículo 1 de la Resolución 4089 del 22 de mayo de 2018 de la DIAN, modificó el artículo 4.2 de la Resolución 0015 del 17 de febrero de 2016, en el cual se fijan los requisitos mínimos para solicitar y mantener la autorización como operador económico autorizado para agencia de aduanas, se exige la adopción de un sistema de gestión de riesgos que cubra todas las actividades delictivas, como se observa en el texto que se transcribe a continuación:

“El Operador Económico Autorizado debe cumplir los siguientes requisitos mínimos:

1. ANÁLISIS Y ADMINISTRACIÓN DEL RIESGO *La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales validará el cumplimiento de los siguientes requisitos: La agencia de aduanas con base en un proceso de análisis y evaluación de riesgos debe:*

*1.1 Tener una política de gestión de la seguridad **basada en la evaluación del riesgo de sus cadenas de suministro**, la cual debe tener establecidos objetivos, metas y programas de gestión de la seguridad.*

1.2 Tener un sistema de administración de riesgos enfocado en su cadena de suministro internacional, que prevea actividades ilícitas, entre otras, lavado de activos, contrabando, tráfico de estupefacientes, tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, terrorismo, financiación del terrorismo y tráfico de armas.³⁷

Así pues, de lo anterior se puede afirmar que en Colombia debe existir uniformidad en los instructivos para la gestión de los riesgos penales, y de la forma como los supervisores cumplen su función de supervisión con un enfoque basado en riesgo, como al expedir sus instructivos en la materia.

Para estos efectos las autoridades deberían acoger los estándares internacionales sobre la materia (sistemas de gestión de *compliance* y supervisión basada en riesgos).

Adicionalmente, se propone que las autoridades de supervisión deberían tener delegaturas o direcciones de *compliance* y adoptar esquemas de supervisión basados en riesgos.

³⁷ DIAN. (2018). Resolución 4089 de mayo 22. Artículo 1. Por el cual se modifica el artículo 4.2 de la Resolución 0015 del 17 de febrero de 2016.

CAPÍTULO II

LA GESTIÓN DE RIESGOS PENALES EN LAS ORGANIZACIONES O PERSONAS JURÍDICAS

Todas las personas jurídicas están expuestas a todo tipo de riesgos legales, para su gestión y mitigación se han expedido y adoptado estándares internacionales.

En el presente capítulo se hará referencia a los distintos riesgos legales a los que están expuestas las organizaciones o personas jurídicas y de los distintos sistemas de gestión de *compliance* para mitigarlos y gestionarlos, de conformidad con los estándares internacionales.

Igualmente, se expondrán los estándares internacionales para el diseño y adopción de sistemas de gestión de *compliance* penal.

En Sentencia C-823 de 2004 del Magistrado ponente Álvaro Tafur La Corte Constitucional consideró que *“la consolidación de una cultura de cumplimiento está dada por la creación de procedimientos por parte del legislador y del aparato estatal en general, para asegurar en el corto y mediano plazo el cumplimiento de los fines del Estado y de las obligaciones en cabeza de los particulares”³⁸.*

Las “organizaciones” (entidades públicas y empresas privadas) deben darle prioridad a la función preventiva del cumplimiento legal en desarrollo de una cultura de legalidad y cumplimiento de la ley. Sin embargo, no se observa en el ámbito público y privado una aplicación real de la cultura de la legalidad, toda vez que esta cultura no es solo una manifestación de voluntad, para que exista, es necesario trabajar para alcanzarla, lo cual se puede lograr con la adopción y aplicación de sistemas de cumplimiento legal y gestión de riesgos legales. El “*Compliance* es el resultado de que una organización cumpla con sus obligaciones” (Norma ISO 19600).

2.1 El riesgo legal o riesgo de cumplimiento en las organizaciones

Al momento de hablar de riesgos legales es importante hacer énfasis en las teorías de la gestión de los riesgos y las distintas responsabilidades que surgen por no mitigar o gestionar los riesgos.

En primer lugar, entendemos por **riesgo de legal**, como las consecuencias o responsabilidades que pueden surgir para una persona natural o jurídica (u organización) por el incumplimiento del régimen normativo aplicable a una organización.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-823 de 2004 del Magistrado ponente Álvaro Tafur, Corte Constitucional, Referencia: expediente D-5503, Bogotá D. C., diez (10) de agosto de dos mil cinco (2005).

En todo estado de derecho existen normas que buscan la protección de un bien jurídico tutelado específico, por lo que el incumplimiento de las normas que afectan estos bienes jurídicos genera responsabilidades de tipo civil, administrativa, fiscal, disciplinaria, o **penal**.

Por lo tanto, los responsables de la administración o gestión de las organizaciones y las propias organizaciones pueden ver comprometida su responsabilidad sino gestionan los distintos riesgos legales (Responsabilidad personal de los administradores - Ley 222 de 1995 art. 23).

Al interior de las organizaciones se establece una estructura para su administración, el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus objetivos, estructura con la cual a cada uno de los miembros de la organización se le asignan unos roles y responsabilidades.

Las normas que regulan las actividades de las “organizaciones” (de derecho privado o público), asignan responsabilidades de diferente tipo (civil, administrativa, fiscal, disciplinaria, o penal) a las organizaciones y a sus administradores, y establecen consecuencias por su incumplimiento.

Ahora bien, toda actividad que desarrolle cualquier organización lleva implícita unos riesgos inherentes que pueden poner en peligro o afectar bienes jurídicos que deben ser protegidos por el ordenamiento. Así pues, la afectación del bien jurídico protegido por la acción u omisión al interior de la organización, de parte de un administrador o de un empleado, genera la responsabilidad correspondiente. Entre más alto sea el riesgo inherente al que esté expuesta una organización y se ponga en peligro bienes jurídicos que afecten derechos de terceros o intereses generales o colectivos, existirán por lo general más normas que regulen la actividad.

En relación con la anterior, es de resaltar que el Estado, por medio de las entidades de supervisión, deben velar por la protección de los derechos o intereses jurídicos que

puedan verse afectados por la acción u omisión de la organización, sus administradores o empleados. Por lo que, dependiendo de la trascendencia de los bienes jurídicos tutelados y del impacto de los riesgos que no hayan sido gestionados o mitigados, el Estados debe consagrar una responsabilidad penal, por la no gestión de los riesgos penales.

En este orden de ideas, el incumplimiento del ordenamiento jurídico de parte de una organización o persona jurídica implica una responsabilidad legal (civil, administrativa, fiscal, disciplinaria, o penal). Y para asegurar el cumplimiento legal los Estados deben contar con estructuras que sancionen el incumplimiento de la ley y aseguren la protección de los distintos bienes jurídicos.

Es por esto que se justifica la existencia de entes de supervisión o de control de carácter administrativa (autoridades de policía o administrativas para la protección de los respectivos bienes jurídicos o del orden público, económico, laboral, tributario, etc) o autoridades “administrativas” de cumplimiento de ley, encargadas de imponer las sanciones administrativas en caso de “incumplimiento legal”.

Así mismo, existen autoridades “judiciales” encargadas de hacer efectiva la responsabilidad civil o penal, por la “violación a la ley” y afectación de los bienes jurídicos tutelados por los respectivos ordenamientos jurídicos, por las acciones u omisiones de las organizaciones, sus administradores o empleados.

En conclusión, todas las normas existentes buscan proteger bienes jurídicos de distinta índole (que afectan o ponen en peligro bienes o intereses particulares, colectivos, generales o públicos) y el “incumplimiento de todo ordenamiento legal” genera una “responsabilidad legal” para la organización, sus administradores o empleados.

La responsabilidad legal surge entonces por las acciones u omisiones de la organización, sus administradores o empleados y de la “debida diligencia” que la misma ley o jurisprudencia define para cada tipo de responsabilidad y del riesgo

inherente de actividad (actividades principales o conexas) ejecutada por la organización.

Es entonces, el “incumplimiento legal” un riesgo propio e inherente para cualquier la organización o persona jurídica, sus administradores o empleados, y por la naturaleza del riesgo legal, quienes están llamados a generar el sistema de protección y gestión de los riesgos legales, no pueden ser otros que los “expertos” en los temas legales, es decir, los responsables de los asuntos legales de la organización: los abogados internos o externos (asesores jurídicos).

Así pues, los responsables de los riesgos legales que pueden generar responsabilidades de distinta naturaleza (civil, administrativa, disciplinaria, fiscal, tributaria, penal, etc) para la organización o persona jurídica, sus administradores o empleados, son los abogados de la organización (abogados internos o asesores jurídicos externos). Son éstos los que deben ser los responsables de que exista en la organización sistemas de prevención de riesgos legales y de asegurar a la organización o persona jurídica, sus administradores o empleados, socios, clientes, mercado y demás grupos de interés (entre los que están las autoridades de control y supervisión y las autoridades judiciales).

Para asegurar el cumplimiento legal, se debe contar con sistemas y elementos que permitan demostrar que la organización, sus administradores o empleados, actuaron con la “debida diligencia (controles)” acorde a los riesgos inherentes a los que está expuesta la organización, es decir, que adoptaron y aplicaron las medidas de debida diligencia y control que aseguran la mitigación del riesgo. Para estos efectos existen los sistemas de cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales (Sistemas de Gestión de *Compliance*).

La no mitigación y gestión de los riesgos legales se ve reflejada en el incumplimiento legal, ante el cual deben actuar las autoridades administrativas y judiciales cuando se concretan los riesgos legales que pueden conllevar para la organización, sus administradores o empleados, graves impactos o consecuencias.

Las organizaciones o personas jurídicas, sus administradores o empleados en lugar de tener abogados para atender los procesos que inician las autoridades para aplicar las sanciones o consecuencias por el incumplimiento legal, requieren de **abogados que prevengan y eviten la existencia de estos procesos, es decir, que aseguren el “cumplimiento legal”**.

Uno de los principales problemas que tienen las organizaciones, sus administradores o empleados, es que **los abogados no han sido capacitados y preparados para la adopción y aplicación de sistemas de cumplimiento legal y gestión de riesgos legales (Sistemas de Gestión de Compliance)**.

En las facultades de derecho se enseñan las normas y cómo actuar ante las autoridades cuando se han iniciado actuaciones por un posible “incumplimiento normativo”, pero no se está preparando al abogado para mitigar y prevenir el “incumplimiento normativo”, es decir, para gestionar y mitigar el riesgo legal.

Deben existir en las facultades de derecho materias que le permitan a los abogados la adopción y aplicación de sistemas de cumplimiento legal y gestión de riesgos legales (Sistemas de Gestión de *Compliance*).

Así como se pretende exigir a los abogados que litigan ante las autoridades (para atender asuntos en los cuales los riesgos legales ya se materializaron) que demuestren estar preparados para estas gestiones, también debería exigirse a los abogados de las organizaciones o los que las asesoren, estar capacitados en la prevención y mitigación de riesgos, y que éstos cuenten con certificaciones que demuestren sus conocimientos y habilidades en la adopción y aplicación de sistemas de cumplimiento legal y gestión de riesgos legales (Sistemas de Gestión de *Compliance*).

De otra parte, en el ámbito público se debe incluir en el ordenamiento jurídico, el rol de las autoridades de prevención y control, encargadas del cumplimiento legal, contar con un enfoque basado en riesgos y los sistemas de cumplimiento legal.

La estructura de un sistema de cumplimiento legal (Sistemas de Gestión de *Compliance*) con la que debe contar una persona jurídica se refleja en el análisis de la aplicación de las tres líneas de defensa, que se expone en el tercer capítulo de este trabajo, en el cual se hace énfasis en el rol de los abogados en la prevención y gestión de los riesgos legales en las organizaciones.

Así pues, de lo expuesto anteriormente se puede afirmar que El “incumplimiento legal” es un riesgo inherente para cualquier organización o persona jurídica, sus administradores o empleados, y por la naturaleza del riesgo legal quienes están llamados a generar el sistema de protección y gestión de los riesgos legales, no pueden ser otros que los “expertos” en los temas legales, es decir, los responsables de los asuntos legales de la organización: los abogados internos o externos (asesores jurídicos)

La “primera línea de defensa” de los riesgos legales que pueden generar responsabilidades de distinta naturaleza (civil, administrativa, disciplinaria, fiscal, tributaria, penal, etc) para la organización o persona jurídica, sus administradores o empleados, son los abogados de la organización (abogados internos o asesores jurídicos externos). Son éstos los que deben ser los responsables de que existan en la organización sistemas de prevención de riesgos legales.

2.2 Estándares internacionales para el diseño de programas de cumplimiento y gestión de riesgos penales – Sistema de Gestión de *Compliance* Penal.

De conformidad con lo expuesto en el capítulo primero y desarrollado en mayor profundidad en el anexo No. 2 algunas de las personas jurídicas tienen la calidad de

“sujetos obligados”, por lo tanto, están en la obligación de adoptar y aplicar sistemas de gestión de riesgos asociados al lavado de activos, sus delitos precedentes (incluye los delitos graves y delitos de corrupción) y los delitos de financiación del terrorismo.

Aquellas personas jurídicas que no tengan la calidad de sujetos obligados, de todas formas, siempre están expuestas a los riesgos penales o asociados a las actividades delictivas y no contar con medidas de prevención será interpretado por las autoridades como un incumplimiento a los deberes de diligencia que todo empresario debe tener para mitigar sus riesgos.

Definido el régimen legal que determina la obligación o deber de las organizaciones (personas jurídicas) de adoptar Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal, surge el interrogante de **¿qué deben hacer las organizaciones para gestionar y mitigar los riesgos asociados a las actividades delictivas?**

La respuesta es, **adoptar Sistemas de Gestión de Compliance Penal que respondan a los estándares internacionales sobre la materia y a las normativas locales o de otros países que le sean aplicables a la respectiva organización.**

Con el fin de brindar a las organizaciones la mayor seguridad jurídica posible, veremos en este numeral como las organizaciones internacionales de estandarización, han venido trabajando en la estandarización de los procesos de gestión de riesgos y han expedido algunas normas técnicas que las organizaciones en el mundo entero deben tener presente al adoptar los Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal, estos estándares no solo ayudan a las organizaciones gestionar y mitigar los riesgos penales, sino que además tienen el propósito de ayudar a las autoridades, al momento de determinar si una organización cumplió o no con sus deberes de debida diligencia al momento de gestionar los riesgos penales.

En este orden de ideas, si una organización desea tener la seguridad razonable de que su Sistema de Gestión de *Compliance* Penal, es adecuado y suficiente debería buscar que éste cumpla con los estándares que se mencionan adelante y con las regulaciones aplicables (nacional o internacionales).

En algunos países se establece la posibilidad de demostrar la existencia y adecuada aplicación de los Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal, mediante los respectivos procesos de certificación o es viable que se acuda a estas certificaciones como una buena práctica de la organización. Estos programas de cumplimiento normativo, son certificables frente a la Norma ISO 19600 (gestión de *compliance*).

Las organizaciones interesadas en obtener estas certificaciones deben tener presente que las entidades certificadoras desarrollarán su proceso de certificación frente a una norma técnica certificable.

Por lo anterior, es recomendable que los Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal, contengan, por lo menos, los elementos de las normas técnicas sobre estas materias y desarrollen los aspectos de cada uno de los elementos del programa.

Ahora bien, definido qué es lo que debe hacer una organización para gestionar y mitigar los riesgos penales, (adoptar un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal), el siguiente interrogante es **¿cómo se debe adoptar y aplicar el Sistema de Gestión de Compliance Penal?**

Las normas técnicas y los estándares internacionales, describen las actividades que toda organización debe ejecutar para la elaboración del Sistema de Gestión de *Compliance* Penal, así pues, para facilitar e ilustrar cómo se diseña y aplica dicho programa, en el Anexo No. 1 se pone a consideración una **guía para el diseño de un sistema de gestión de compliance penal**, en el cual se describen los pasos que toda organización debe llevar a cabo para la elaboración de los referidos programas.

Ahora bien, la Organización Internacional de Estandarización (*International Standard Organization* – ISO) promovió la elaboración de la Norma ISO 19600 (gestión de *compliance*), norma que con el complemento de las demás normas ISO, mencionadas en el primer capítulo, son hoy la base para el diseño de Programas de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales:

La Organización Internacional de Estandarización (International Standard Organization – ISO) es una organización internacional independiente, de carácter no gubernamental, con sede en Ginebra (Suiza) y compuesta por más de 160 miembros que, a través de un proceso voluntario de consenso, se encarga de crear, desarrollar, promover y publicar aquellos estándares internacionales que servirán de base para la innovación y mejora del comercio internacional.

La estandarización de los sistemas de gestión es hoy una función esencial, es así como se produjo un giro dentro de los objetivos de creación de estándares de ISO, a través de la estandarización de los procesos de gestión para abarcar todas las actividades que desarrollan las organizaciones, con independencia del sector concreto al que pertenezcan. Producto de ello en los últimos años se han publicado numerosos estándares internacionales orientados a los sistemas de gestión, entre ellos los procesos de gestión de riesgos.

- **Norma ISO 19600 (gestión de *compliance*)**

La Norma 19600 es una herramienta para detectar y gestionar los riesgos por posibles incumplimientos de sus obligaciones, establece un referente de buenas prácticas en materia de gestión de *compliance*, más allá de fronteras, culturas y jurisdicciones.

La norma ISO 19600 se dirige a las organizaciones que quieran implantar un sistema de gestión que les permita demostrar su compromiso con el cumplimiento de sus obligaciones legales y con aquellos otros requisitos con los que voluntariamente ha decidido comprometerse. Se puede implantar a todo tipo de organizaciones. Cada

implantación será diferente ya que cada alcance será diferente en base a las diferentes naturalezas de cada organización. La ISO 19600 recoge directrices para implantar, mantener y mejorar un sistema de gestión de *compliance*.

- **Norma ISO 37001**

La norma “ISO 37001 Sistemas de Gestión Antisoborno” es una norma publicada en el mes de octubre de 2016, por medio de la cual se busca dar herramientas a las empresas para combatir el soborno y promover una cultura de ética empresarial, mediante controles que acrecienten la capacidad de prevención, detección y tratamiento del riesgo de soborno, así como el control de la utilización de eufemismos por medio de los cuales se puedan estar soterrando conductas antiéticas.

En relación a un modelo anticorrupción, se encuentra que existen propuestas de modelos reconocidos internacionalmente, algunos consagrados en normas nacionales de aplicación extraterritorial tal como La Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) norteamericana y la Bribery Act Británica, las cuales disponen de textos que facilitan directrices para desarrollar sus respectivos modelos de cumplimiento, emitidos por el Departamento de Justicia de los EE:UU y el Ministerio de Justicia británico, respectivamente. Así pues, una persona jurídica que realice actividades internacionales debería analizar hasta donde al elaborar su modelo de prevención penal debe recoger los requisitos que exigen las citadas normas.

De otra parte, se denotan otros estándares que facilitan directrices para el diseño de modelos para la prevención de la corrupción como los Principios Empresariales para contrarrestar el Soborno emitidos por Transparencia Internacional (2003), los Principios PACI (2005) o las Reglas de conducta y recomendaciones de la Cámara de Comercio Internacional para combatir la extorsión y el soborno (2005).

Los cuales propenden por auxiliar, en el cumplimiento de los mandatos para la prevención de la corrupción, que exijan las normas locales o provengan de instituciones internacionales, como las Naciones Unidas o la OCDE.³⁹

- **España: Norma UNE 19601, sistema de gestión de *compliance* penal**

Fruto del consenso de destacados expertos representativos de los diferentes grupos de interés del ámbito del *compliance* penal, la Asociación Española de Normalización (AENOR), publicó en mayo de 2017 la Norma española UNE 19601 Sistemas de gestión de *compliance* penal.

La Norma UNE 19601, establece los requisitos para implantar un sistema de gestión de *compliance* penal con el objetivo de prevenir la comisión de delitos y reducir el riesgo penal en las organizaciones y con ello, favorecer una cultura ética y de cumplimiento. Las organizaciones que implanten correctamente este modelo estandarizado pueden llegar a ver atenuada su responsabilidad penal o incluso ser eximidas, al demostrar la debida diligencia y las mejores prácticas a la hora de prevenir y detectar la comisión de delitos en su seno. Dicha norma será certificable por una tercera parte independiente.

- **Norma ISO 31000, gestión de riesgos (adoptada por Colombia mediante la NTC-ISO 31000).**

La Norma ISO 31000 enumera once principios para una gestión eficaz del riesgo. El propósito de estos principios es el de conformar y reorientar los aspectos del enfoque

³⁹ CASANOVAS. Alain (2013). KPMG cutting through complexity, Serie de Cuadernos sobre Cumplimiento Legal / No. 10, Estándares específicos: la prevención penal. Pg. 9. Recuperado de: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Cuadernos Legales N10.pdf>.

de la organización u empresa a la gestión del riesgo, dichos principios describen las características de una gestión eficaz del riesgo.

Las organizaciones con la aplicación de la Norma ISO 31000 podrán diseñar indicadores de desempeño de la gestión del riesgo, y reforzar el valor que tiene para la organización, el hecho de tener que gestionar el riesgo de una manera eficaz y sobre todo profesional. La Norma ISO 31000 identifica elementos de un marco de trabajo de gestión del riesgo en donde existen ventajas que se muestran cuando los elementos de todo ese trabajo, están integrados en la alta dirección de la organización o empresa, así como en sus funciones y procesos.

- **Norma ISO 31010, técnicas de valoración de riesgos**

La Norma ISO 31010 para la Gestión de Riesgos se caracteriza por su recopilación a nivel mundial de técnicas de análisis y evaluación de riesgos, lograda gracias a distintos grupos de expertos en Risk Management. (Técnicas de apreciación del riesgo que plantea ISO 31010 en Risk Management).

Entre las técnicas más significativas, plasmadas en ISO 31010 para el análisis y la evaluación de los riesgos se encuentran, de manera enunciativa, las siguientes: Tormenta de ideas o brainstorming, Técnica Delphi, Listas de verificación o check list, Estructura ¿qué pasaría si? (What it?-SWIFT), Análisis de escenario, Análisis del impacto del negocio (BIA), Análisis de la causa principal, Análisis de consecuencia, Análisis de causa y efecto, Índices de riesgo y Matriz de consecuencias/probabilidad.

La identificación, evaluación y tratamiento del riesgo debe comprender los conceptos de variabilidad, azar y mapa de objetivo. En consecuencia, hay que diseñar métodos que permitan utilizar estos términos con la única finalidad de medir.

En materia de técnicas para la gestión de riesgos legales, son de mayor utilización el criterio de experto (asesores jurídicos internos o externos especializados) con la técnica o método Delphi, entrevistas estructuradas, elaboración de matrices con base

de eventos de riesgos legales según las normas aplicables, análisis de consecuencia y de causas y efecto y análisis de las matrices de consecuencias y probabilidad.

- **Futura norma ISO 37301 Sistemas de gestión de cumplimiento, requisitos con orientación para su uso**

Ahora bien, ha dado a conocer que la TC309 solicitó a un grupo de trabajo revisar la ISO 19600 como un estándar de requisitos, con un nuevo número, ISO 37301, la cual entrará a remplazar a la ISO 19600. Dicho trabajo se ha asignado al Grupo de trabajo 4 (WG4) ISO / TC 309 cuya primera reunión se llevó a cabo en Sydney, Australia, del 5 al 8 de noviembre de 2018, y se pronostica la finalización de la norma para fines de 2020, tiempo por el cual continuara en aplicación la ISO 19600.

La norma ISO 37301 especificará los requisitos y proporcionará orientación para su uso para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento efectivo y receptivo dentro de una organización.

Los requisitos de este documento son genéricos y están destinados a ser aplicables a todas las organizaciones, independientemente del tipo, tamaño y naturaleza de la actividad, y ya sea en los sectores público, privado o sin fines de lucro.

Así mismo, es de mencionar que la Norma se basa en los principios de buen gobierno, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad.

Es de resaltar que dicha norma “cambiará de familia” de la cual depende, siendo que ahora colgará de la familia 37000, la misma de la que depende la ISO anticorrupción 37001, lo cual evidencia el camino de un sistema integrado de gestión de riesgos legales.

Por último, la referida norma traerá una importante novedad, y es la de que la ISO 37301 será un estándar certificable, a diferencia de su antecesora la norma ISO 19600, con lo anterior se evidencia que se busca imprimir un carácter de mayor formalidad y

severidad a la norma. Así pues, se alcanzará “una norma internacional de referencia y certificable capaz de adaptarse a cualquier marco legislativo”.⁴⁰

- **Recomendaciones del GAFI**

El GAFI ha expedido las 40 Recomendaciones del GAFI, las cuales recogen los estándares para adoptar sistemas para la prevención del lavado de activos, sus delitos precedentes y la financiación del terrorismo, los cuales deben ser tenidos en cuenta por los países, las autoridades de supervisión y las personas jurídicas o entidades públicas obligadas.

Dichas recomendaciones establecen que los sistemas para la prevención, control y reporte de operaciones que puedan estar vinculadas a tales actividades delictivas, deben diseñarse y aplicarse con un enfoque basado en riesgo.

Según las recomendaciones del GAFI:

“los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (RBA, por sus siglas en inglés) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifiquen riesgos mayores, éstos

⁴⁰ ISOTOOLS. (2019). ISO 37301 la alternativa certificable de norma ISO 19600. Recuperado de: https://www.isotools.org/2019/06/26/iso-37301-la-alternativa-certificable-de-norma-iso-19600/?__hstc=93132994.893808a7faaa6cedd9bdb8a239b44eb8.1569273528129.1569273528129.1569273528129.1&__hssc=93132994.1.1569273528130&__hsfp=931818671

deben asegurar que sus respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, éstos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones⁴¹.”

Colombia en cumplimiento de las recomendaciones del GAFI debe exigir a las personas jurídicas, que realicen operaciones vulnerables a las actividades delictivas, lo siguiente:

Una evaluación del riesgo acorde a la naturaleza y la dimensión de la actividad comercial, mediante la adopción de medidas apropiadas para identificar y evaluar sus riesgos de LA/FT para los clientes, países o áreas geográficas; y productos, servicios, transacciones o canales de envío. Evaluación que debe ser documentada y mantenerse actualizada. De igual forma es de resaltar que las autoridades competentes o los OAR pueden determinar que no se requiere de evaluaciones individuales del riesgo documentadas, si los riesgos específicos inherentes al sector han sido identificados y se entienden con claridad.

De igual forma, se insta para que estas administren y mitiguen el riesgo, contando con políticas, controles y procedimientos, autorizadas por la alta gerencia, los cuales deben corresponder con los requisitos nacionales y con la guía ofrecida por las autoridades competentes y los OAR; así como a monitorear la implementación de esos controles. Teniéndose el deber de intensificar las medidas cuando se identifique un riesgo mayor, o pudiendo simplificarlas cuando se trata de un riesgo menor. Al evaluar el riesgo deben considerar todos los factores relevantes al riesgo antes de determinar cuál es el nivel de riesgo general y el nivel apropiado de mitigación a aplicar.

De conformidad con las recomendaciones del GAFI los países deben exigir a las personas jurídicas obligadas, a prevenir estas actividades delictivas que identifiquen,

⁴¹ GAFI. (2012). *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las recomendaciones del GAFI.* <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Así mismo, en relación con la supervisión y monitoreo del riesgo, las recomendaciones del GAFI, exigen que los supervisores deben asegurar que sus supervisados implementen con eficacia las obligaciones para prevención y detección. Para estos efectos las autoridades de supervisión deben desempeñar su función aplicando metodologías de supervisión por riesgos.

En este orden ideas, para cumplir con las recomendaciones del GAFI, Colombia debe expedir normas que obliguen a los “sujetos obligados” y a las autoridades de supervisión aplicar los enfoques basados en riesgos, para lo cual será necesario que el país, las autoridades de supervisión y los sujetos obligados den aplicación a las normas técnicas o estándares mencionados anteriormente.

Así pues, de lo expuesto en el presente numeral es cardinal resaltar que, en la actualidad, existen estándares internacionales en la materia que son guía indispensable de las organizaciones al momento de gestionar los riesgos legales, especialmente penales, a los que está expuesta, y que el hecho de seguir dichos parámetros le dará certeza y seguridad a la organización de que está desarrollando una adecuada debida diligencia.

2.3 Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal - Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales

El Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales, recibe diferentes denominaciones en la regulación que han expedido algunos países:

- Modelo de prevención de los delitos: Chile.
- Programa de Integridad: Argentina

- Modelos de organización y gestión: España.
- El modelo de prevención: Perú.
- Programas de ética empresarial: Colombia.

De otra parte, tal como se observa en el anexo No. 2 en Colombia existen algunas personas jurídicas obligadas a adoptar sistemas de gestión de riesgos asociados a determinados delitos (lavado de activos, sus delitos determinantes – delitos graves y corrupción – y la financiación del terrorismo). Para verificar y velar por la adopción y aplicación de dichos sistemas, las autoridades que ejercen su supervisión podrán imponer las sanciones administrativas del caso.

En desarrollo de sus facultades legales las respectivas autoridades de supervisión han expedido las instrucciones que se relacionan en el anexo No. 2, las obligaciones que surgen de las normas legales aplicables y de dichos instructivos, de adoptar los sistemas de gestión de riesgos asociados a los mencionados delitos, son obligaciones de medio y no de resultado.

- **La gestión de las fuentes de peligro desde la óptica del derecho penal:**

Ahora bien, podría presentarse una responsabilidad penal para los administradores de las organizaciones por la inadecuada gestión de los riesgos penales. Un aspecto de importancia a analizar es la mitigación de las **fuentes de peligro**, o factores de riesgos penal, para lo cual es importante tener presente que:

- La actividad empresarial (de las personas jurídicas) es una actividad riesgosa por su naturaleza. (Riesgo inherente)
- Uno de esos riesgos es la exposición a ser utilizado para actividades delictivas – Riesgo penal
- Al igual que existen otros riesgos asociados como lo son, el riesgo reputacional, pérdidas de clientes, de mercado y financieras, entre otros.

Existen diversas personas jurídicas que se dedican a actividades económicas que impactan el orden económico y social: por lo que éstas se enfrentan a un riesgo grave de exposición a actividades delictivas, el cual se entiende como, aquel riesgo que tiene una persona natural o jurídica de ser utilizada como instrumento para la realización de conductas delictivas.

Por lo que muchas de estas personas jurídicas actualmente son sujetos obligados al cumplimiento específico de la regulación sobre la prevención de actividades delictivas, por lo que el “sujeto obligado” debe cumplir mandatos legales que le son exigibles. Una herramienta de gran utilidad, para las personas jurídicas, sean sujetos obligados o no, es la adopción de Programas de Cumplimiento Normativo y Sistemas de Gestión de Riesgos Penales (Sistema de Gestión de *Compliance Penal*).

Los riesgos deben ser administrados o gestionados, de tal manera que se aceptan bajo ciertos criterios - fuentes de riesgo derivadas de la naturaleza o de la actividad del hombre. Y las actividades riesgosas se toleran, siempre y cuando se mantengan dentro de los límites del riesgo permitido, derivándose de este punto la gran importancia de la existencia de controles.

Cuando los controles permanecen inactivos o son insuficientes y la fuente de la actividad sobrepasa el nivel de riesgo permitido causando un resultado lesivo, la no actividad puede constituir un delito de comisión por omisión; ello porque el encargado de los controles de seguridad (posición de garante) con su inactividad puede determinar que un peligro lícito se tornara en prohibido.

Un programa de cumplimiento (Sistema de Gestión de *Compliance Penal*), puede ser genéricamente definido como aquellos cuerpos normativos en los que se recogen sistemas empresariales internos de gestión de riesgos.⁴²

⁴² GALLO. Alonso, (2011). Los Programas de Cumplimiento, en Díaz- Maroto y Villarejo/Rodríguez Mourullo (eds.), Estudios sobre las reformas del Código Penal, 2011, pp143 y ss., (143).

Los Sistemas de Gestión de Cumplimiento (Compliance) y de Gestión de Riesgos Penales (Sistema de Gestión de *Compliance* Penal) que deben cumplir las personas jurídicas con un notable contenido técnico, códigos de ética y conducta y procedimientos que van más allá de las exigencias legales que permite a las instituciones detectar y gestionar los riesgos de inobservancia o incumplimiento de obligaciones normativas, mitigar los riesgos de sanciones y las pérdidas patrimoniales o de reputación que se deriven de un incumplimiento.

Hay dos tipos de exigencias:

- 1) Exigencias de la ley. (De orden público, Sujetos obligados)
- 2) Exigencias que se eligen cumplir voluntariamente.

Dentro de las funciones de un "*compliance penal*" se encuentran el velar por el cumplimiento de ambas exigencias, es decir, va más allá de la adecuación de la ley, está vinculado a los principios y ética – valores que se han asumido voluntariamente. Por tanto, un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal busca establecer políticas adecuadas dentro de una persona jurídica (empresa – organización), para prevenir, detectar y gestionar los riesgos penales y las conductas que puedan suponer incumplimientos.

Así mismo, el Sistema de Gestión de *Compliance* Penal permite evitar sanciones y otras consecuencias legales, ayuda a identificar y gestionar riesgos penales, determinar posibles causas y efectos, análisis de cambios y regulaciones y determinar medidas preventivas, correctivas y represivas frente a posibles incumplimientos de obligaciones.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que el Sistema de Gestión de *Compliance* Penal (*compliance penal*), no se limita únicamente a modelos de prevención de lavado de activos y la financiación de terrorismo (LA/FT) y corrupción, estos sistemas son de amplia aplicación, para todos los riesgos penales a los que pueda estar expuesta la persona jurídica.

Estos programas o Sistema de Gestión de *Compliance* Penal deberían ser incluidos en la legislación interna de todos los países que adopten la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.4 Beneficios de la existencia y aplicación de un programa de cumplimiento y gestión de riesgos penales - un eximente o atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica

El establecimiento de programas de cumplimiento o Sistema de Gestión de *Compliance* Penal surge en unos casos de las exigencias legales y de las instrucciones de las autoridades de supervisión y, en otros, así mismo, surge del compromiso de las asociaciones gremiales o de las propias personas jurídicas en desarrollo de decisión de autorregulación.

La adopción y aplicación de un Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales o Sistema de Gestión de *Compliance* Penal, para algunos sectores puede verse como complejo, costoso y se puede pensar que puede generar burocratización en la organización, pero es importante resaltar sus beneficios y su relevancia para garantizar la continuidad del negocio.

La presencia de riesgos penales y sus consecuencias o impactos en una persona jurídica, pueden ser tan graves que pueden dar lugar a grandes pérdidas económicas, incluso puede originar la desaparición de la persona jurídica por la decisión de las autoridades o la imposibilidad de continuar con la realización de sus operaciones, por los riesgos reputacionales asociados a la responsabilidad penal.

La adopción y aplicación de un Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales o Sistema de Gestión de *Compliance* Penal, no puede verse por los

empresarios como un costo o burocratización de la persona jurídica, sino como una inversión necesaria para garantizar la continuidad del negocio, como un instrumento para la protección de los derechos de los accionistas, los empleados, clientes y el resto de grupos de interés y el cumplimiento de las normas de obligatorio cumplimiento que buscan la protección de bienes jurídicos que involucran el orden económico y social o bienes jurídicos de terceros.

Así como la ausencia de un Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales o Sistema de Gestión de *Compliance* Penal, puede conllevar graves consecuencias para la organización o sus empleados, **la adopción de dicho Programa y adecuada aplicación trae importantes beneficios como lo sería la exención o atenuación de la responsabilidad penal para la persona jurídica, según la regulación vigente en los respectivos países**, o permite demostrar a las autoridades administrativas o judiciales, que se ha actuado con la debida diligencia y cuidado, y con la buena fe requerida por los diferentes mandatos legales y de paso evitar las consecuencias o responsabilidades legales de diferente tipo (civil, administrativa, penal, etc).

En las leyes que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe existir un régimen que defina si la existencia del programa de cumplimiento o *compliance* penal debe ser considerado como un eximente o un atenuante de la responsabilidad o si su inexistencia debe ser considerada como un agravante de la responsabilidad de las personas jurídicas.

En este orden de ideas, si las personas jurídicas obligadas a adoptar sistemas de gestión de riesgos penales demuestran que se dio cumplimiento a las normas administrativas aplicables, la autoridad de supervisión no deber imponer sanciones administrativas.

Por lo tanto, la demostración de la adopción de los sistemas de gestión de riesgos penales y su adecuada aplicación, debe ser tenido como eximente de la

responsabilidad administrativa y no sería viable la aplicación de las sanciones administrativas.

En el marco de una responsabilidad penal o administrativa por la ocurrencia de delitos, cuando la persona jurídica no cuenta o no aplica el programa de cumplimiento debería constituir un agravante, pero en el caso, de que, si se exista dicho programa de cumplimiento, y éste sea adecuado, se aplique en los términos exigidos y existan adecuados mecanismos de control y de supervisión, es posible que se defina en las respectivas normas como una causal eximente o atenuante de responsabilidad.

2.4.1 Derecho comparado – consecuencias de la adopción y aplicación de los Programas de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales - (Sistema de Gestión de *Compliance* Penal)

Se evidencia que un gran número de países que han adoptado en sus legislaciones la responsabilidad de la persona jurídica, y establecen la existencia de Programas de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Asociados a las Actividades Delictivas (Sistema de Gestión de *Compliance* Penal), como causal de eximente de responsabilidad o atenuante de responsabilidad.


Países como España mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo incluyó la posibilidad de atenuar o eximir la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno, cuando las mismas hubieran adoptado y ejecutado eficazmente, con anterioridad a la comisión del ilícito penal, modelos de organización y gestión que incluyeran medidas de vigilancia y control adecuadas para la prevención de la comisión de delitos o “*compliance* penal”, así mismo, la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/2016, de 22 de enero, estableció expresamente que el hecho de que una persona jurídica dispusiera de un programa de prevención de riesgos penales o *Compliance*, no suponía la exclusión automática de la responsabilidad penal de la misma, exigiéndose un compromiso real de la entidad con la cultura del

cumplimiento normativo, valorándose tanto las medidas adoptadas con anterioridad a la comisión del delito como las adoptadas tras la comisión del delito.


En las leyes que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe existir un régimen que defina si la existencia del programa de cumplimiento o *compliance penal* debe ser considerado como un eximente o un atenuante de la responsabilidad o si su inexistencia debe ser considerada como un agravante de la responsabilidad de las personas jurídicas.

En el marco de una responsabilidad penal o administrativa, cuando la persona jurídica no cuenta o no aplica el programa de cumplimiento debería constituir un agravante, pero en el caso de que, si exista dicho programa de cumplimiento, éste sea adecuado, se aplica en los términos exigidos y existen adecuados mecanismos de control y de supervisión, es posible que se defina en las respectivas normas como una causal eximente o atenuante de responsabilidad.

Así pues, en el régimen legal de cada país se debe definir si la existencia de los mencionados programas de cumplimiento es eximentes o atenuantes de responsabilidad. En referencia estos dos últimos temas encontramos en el derecho comparado lo siguiente:

<p>CHILE LEY 20393</p> 	<p>LEY 20393 <u>Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos.</u> <i>Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Designación de un encargado de prevención. • Definición de medios y facultades del encargado de prevención. • Establecimiento de un <u>sistema de</u> 	<p>Artículo 3°. - Atribución de responsabilidad penal. Inciso 3 <i>Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, <u>la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y</u></i></p>
--	---	--

	<p><u>prevención de los delitos.</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Supervisión y certificación del</u> sistema de prevención de los delitos. (Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador). 	<p><u>supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.</u></p> <p><u>Las personas jurídicas NO SERÁN RESPONSABLES en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.</u></p>
--	---	---

<p>ARGENTINA Ley 27401</p> 	<p>Art. 22.- Programa de Integridad. Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley...</p> <p>Art. 23.- Contenido del Programa de Integridad.</p>	<p>“quedará EXIMIDA DE PENA Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:</p> <p>b) <u>hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la</u></p>
--	--	--

	<p>“a) un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;</p> <p>b) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;</p> <p>c) la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.</p> <p>Asimismo también podrá contener los siguientes elementos: ...”</p>	<p><u>comisión del delito”;</u></p>
--	--	--

<p>ESPAÑA Ley Orgánica 1/2015</p>	<p>Modelos de organización y gestión requisitos:1.º Identificarán las actividades...</p>	<p>Artículo 31 bis 2... la persona jurídica QUEDARÁ EXENTA DE RESPONSABILIDAD si se cumplen las siguientes condiciones:</p>
---	--	--



2.º Establecerán los protocolos o procedimientos **que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica**, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados...

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos ...

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura..


1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos...;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar..



3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención s y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano...

En los casos en los que las **anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de ACREDITACIÓN PARCIAL, esta circunstancia será valorada a los efectos de ATENUACIÓN DE LA PENA**

<p>PERU Decreto legislativo 1352</p> 	<p>17.2. El modelo de prevención, elementos:</p> <p>17.2.1. <u>Un encargado de prevención,</u> designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.</p> <p>17.2.2. <u>Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.</u></p> <p>17.2.3. <u>Implementación de procedimientos de denuncia.</u></p> <p>17.2.4. <u>Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.</u></p> <p>17.2.5. <u>Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.</u></p> <p>El contenido del modelo de prevención, atendiendo a las características de la persona jurídica, se desarrolla en el Reglamento de la presente Ley. En caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y</p>	<p>Artículo 12. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES</p> <p><u>d. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención.</u></p> <p><u>e. La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención.</u></p> <p>Artículo 17. EXIMENTE por implementación de modelo de prevención</p> <p><u>...si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.</u></p>
--	--	--

	<i>características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados.</i>	
--	--	--

<p>COLOMBIA Ley 1778 de 2016</p> 	<p>Artículo 23, Programas de ética empresarial. La Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia la <u>adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y de mecanismos de prevención de las conductas señaladas</u> en el artículo 2° de la presente ley.</p> <p>La Superintendencia determinará las personas jurídicas sujetas a este régimen, teniendo en cuenta criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social.</p>	<p>“Artículo 7°. Criterios de graduación de las sanciones. Las sanciones por las infracciones a la presente ley se graduarán atendiendo a los siguientes criterios:</p> <p>7.La <u>existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa</u>, conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley.</p>
<p>PROYECTO DE LEY AGOSTO DE 2018</p> 	<p>“Artículo 100F. Programas de ética empresarial. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, la Superintendencia de Sociedades</p>	<p>Artículo 100D. Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la</p>

	<p>definirá, mediante reglamento, qué sociedades están obligadas a implementar programas de ética empresarial. Así mismo, definirá cuáles son las características, elementos, requisitos, procedimientos y controles mínimos que deberán tener esos programas. Dichos programas deberán ser diseñados e implementados con enfoque basado en el riesgo, y deberán ser útiles para la detección, prevención y reporte de operaciones que resulten sospechosas, de ser constitutivas de algunos de los delitos por los cuales pueden responder las personas jurídicas.</p> <p>La Superintendencia de Sociedades también deberá vigilar el cumplimiento de estas obligaciones, haciendo uso de las facultades de inspección, vigilancia y control con las que cuenta. Para tal efecto, en el reglamento que emita deberá definir los indicadores que usará para evaluar la eficacia mínima que deben tener los programas de ética empresarial..."</p>	<p>persona jurídica, las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La adopción por parte de la persona jurídica, antes de la comisión de la conducta punible y sin estar obligada a ello, de un programa de ética empresarial que cumpla los requisitos técnicos y de eficacia establecidos por las autoridades de inspección, vigilancia y control. <p>Artículo 100E. Circunstancias agravantes. Serán circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:</p>
--	---	---

Fuente: Elaboración propia

Las personas jurídicas del sector privado tienen un deber de cooperación y colaboración con las autoridades en la prevención y detección de los delitos, además son las primeras expuestas a este tipo de riesgos penales, teniendo así un deber de cuidado establecido legalmente, pero aun cuando estas cuentan con amplios y exigentes, deberes y obligaciones de cuidado y control, se debe entender, como lo han entendido diversas legislaciones, como la española, peruana, argentina, chilena, entre

otras, que debe estipularse o definirse la forma mediante la cual la persona jurídica, si demuestra que cumplió con todo lo que se le obligaba, y se presentaron hechos específicos imputables a una persona natural, dicha responsabilidad no debe ser trasladada a la persona jurídica.

Por lo que se considera que, si la persona jurídica cuenta con el adecuado programa de cumplimiento que cumpla con los requisitos estipulados en los estándares internacionales y en la legislación interna, y si dicho programa era completo que efectivamente los mecanismos de control y supervisión de ese sistema eran adecuados, así como, que se invirtió recursos y capacitación al capital humano y que adicionalmente que el acto delictivo no fue en beneficio de la persona jurídica, se considera que se debe tener en cuenta, este evento como una causal de eximente de responsabilidad.

*“Si la culpabilidad de la persona jurídica o del ente colectivo se determina por la existencia de un defecto de organización la exclusión de la culpabilidad por defecto de organización debe estar vinculada a la existencia de adecuados programas de cumplimiento normativo que permitan afirmar una correcta auto organización de la empresa para prevenir y disminuir los riesgos de su concreta actividad empresarial. Por tanto, bajo los anteriores presupuestos, de la culpabilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, les permite a las personas jurídicas contar con la tranquilidad de que la responsabilidad solo surge **por un déficit de organización o infracción al debido cuidado**, traduciéndose esto en cumplimiento de normas específicas⁴³.*

Así pues, no se trata únicamente de la existencia de un Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales, si no también que éste se encuentre en efectivo funcionamiento, que los actores individuales han cometido los delitos, eludiendo fraudulentamente los Programas y que no se ha producido omisión o ejercicio insuficiente.

⁴³ BACIGALUPO, Saggese. Silvina y LIZCANO. Jesús (2013). Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Madrid. Colección Estudios no 1, Serie Análisis, Área Institucionalidad Democrática. Pg. 55.

En la propuesta normativa, integrada a este trabajo mediante el Anexo No. 2, se sugiere adoptar el modelo de la exoneración en los siguientes términos:

“Art. 6. Eximente por implementación de un programa de prevención y gestión de riesgos penales. *La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un programa o modelo de prevención y gestión de riesgos penales adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión, siempre y cuando se presenten todas las siguientes condiciones:*

a. El órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, programas de prevención y gestión de riesgos penales que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

b. La vigilancia del funcionamiento y del cumplimiento del programa de prevención y gestión de riesgos penales implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; o en los casos de las micro, pequeñas y medianas empresas las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

c. Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los programas de prevención y gestión de riesgos penales.

d. No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de administración a que se refiere el literal a) del presente artículo.

En los casos en los que las anteriores condiciones solamente puedan ser acreditadas de forma parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”⁴⁴.

⁴⁴ Anexo No.2, Artículo 6, Propuesta de proyecto de ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia.

2.5 Certificación de los programas de cumplimiento normativo y gestión de riesgos penales

¿Cómo se puede demostrar la existencia y adecuado funcionamiento de dichos programas, para que una organización consiga eximirse o atenuar su responsabilidad?: puede darse su demostración dentro de la fase probatoria del proceso penal y pueden tenerse en consideración, dentro del proceso, la existencia de certificación de los programas de cumplimiento normativo o *compliance penal*.

En el derecho comparado se evidencia el reconocimiento, dentro de las leyes de responsabilidad de las personas jurídicas, la posibilidad certificación de los programas o modelos de prevención, siendo una certificación expedida por una entidad competente y autorizada para ello.

- **Legislación Chilena**

En el caso chileno la Ley 20393:

*“Artículo 4°. - Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos: 4) Supervisión y **certificación del sistema de prevención de los delitos**.*

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal”.

En la legislación peruana se reconoce las certificaciones con que cuentan las personas jurídicas, las cuales les permiten tener una mayor seguridad jurídica de que cuentan con un programa adecuado que les permite protegerse principalmente de estos riesgos penales.

Es importante que, en las regulaciones de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se incentive a las personas jurídicas para que éstas cuenten con un adecuado sistema de cumplimiento o modelo de prevención que les permita blindar sus compañías o actividades, de la realización de actividades delictivas y así poder mitigar los riesgos principalmente penales a los que se pueden ver expuestos.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que las personas jurídicas suelen tener estructuras organizaciones complejas y de gran tamaño, por lo que, para los representantes legales y demás encargados de la supervisión y control, es de gran dificultad reducir o mitigar los riesgos por completo, puesto que siempre van a existir circunstancias que no pueden ser controladas por la persona jurídica.

Una herramienta a la que pueden acudir las distintas personas jurídicas es la de la “certificación de su modelo de cumplimiento”, la cual les permita tener la seguridad de que cuentan con el modelo adecuado para su estructura y adicionalmente que dicho sistema funciona de manera correcta y es adecuadamente supervisado.

En nuestra propuesta normativa se sugiere adoptar la posibilidad de acudir a la certificación de los Programas de Cumplimiento o Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal, acogiendo el modelo chileno, en los siguientes términos:

“Art. 28. Certificación del programa de prevención y gestión de riesgos penales.
Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su programa de prevención o gestión de riesgos penales, por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos por la autoridad competente.

La existencia de una adecuada certificación del programa de m prevención y gestión de riesgos, constituirá un elemento probatorio favorable, dentro del proceso de responsabilidad de la persona jurídica.

En el certificado constará que dicho programa contempla todos los requisitos establecidos en esta ley y en el instructivo que expedirá la Fiscalía General de la Nación y los estándares internacionales sobre cumplimiento normativo y gestión de riesgos, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas especializadas que cumplan con los requisitos que se definan en instructivo que expedirá la Fiscalía General de la Nación. Las empresas certificadoras deberán estar inscritas en las respectivas autoridades de supervisión, control, fiscalización y vigilancia, las cuales previamente deberán verificar que cumplen dichos requisitos.”⁴⁵

⁴⁵ Anexo No.2, Artículo 28, Propuesta de proyecto de ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia.

CAPÍTULO III

LAS TRES LÍNEAS DE DEFENSA EN UN SISTEMA DE GESTIÓN DE *COMPLIANCE* PENAL – EL ROL DE ABOGADO EN LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS PENALES.

El Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés) en enero de 2013, expidió la “Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL”, en la cual se definen las funciones que deberían tener las distintas áreas de una persona jurídica para gestionar sus riesgos en un sistema de gestión de riesgos.

Ahora bien, tratándose de un sistema de gestión de riesgos legales y más concretamente de un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal, la responsabilidad de

los abogados es sumamente importante, motivo por el cual en la primera parte de este capítulo se hace especial énfasis al rol que deben tener los abogados en el diseño y adopción de estos sistemas en la organización o persona jurídica.

Analizaremos como algunos abogados (junto con otros profesionales) han sido llamados por las Recomendaciones del GAFI a jugar un papel importante en la prevención, control, detección y reporte de ciertas actividades.

Así mismo, expondremos cuál debe ser la función del abogado en una organización o persona jurídica en el marco de las tres líneas LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA **GESTION DE RIESGOS LEGALES** Y CONTROL, en un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal.

En este capítulo también expondremos cómo debería ser la estructura y funciones de todas las áreas de la persona jurídica para gestionar los riesgos penales, tomando como guía las Normas ISO y demás estándares mencionados en el numeral 2 del capítulo segundo, y el esquema de las tres líneas de defensa del Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés).

3.1 La actividad profesional del abogado y la gestión de los riesgos penales

Teniendo presente que el diseño y adopción de un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal, es un asunto que es o debe ser responsabilidad de las gerencias legales o de los responsables de los asuntos jurídicos de la organización (persona jurídica) en el presente capítulo se torna obligatorio analizar cuál debe ser el rol del abogado de la persona jurídica.

Por lo anterior, a continuación se hace un estudio de cómo debe actuar el abogado de la organización y las áreas de cumplimiento, en el diseño y adopción de un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal.

También se estudia, con base en las recomendaciones internacionales de prevención de actividades delictivas, cuál es rol y responsabilidades de los abogados.

Es importante poner de presente que la profesión de abogado ha sido considerada como una actividad vulnerable a ciertas actividades delictivas y calificada como actividad o profesión no financiera designada (APNFD) por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y se les obliga a reportar operaciones sospechosas a las autoridades.

Los abogados que presten asesoría jurídica a las personas jurídicas (al interior de las empresas o como asesores externos), son los responsables de la gestión y mitigación de los riesgos legales a los que esté expuesta la organización y, por lo tanto, son la primera línea de defensa de los riesgos asociados a las actividades delictivas o riesgos penales.

Los abogados **deben prestar sus servicios de asesoría un enfoque preventivo, basados en sistema de gestión de riesgos legales**, para lo cual además de expertos en la materia legal respectiva, deben ser expertos, conocedores y con experiencia en los estándares, herramientas y metodologías existentes para el diseño y aplicación de los Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal.

La especialidad del *compliance* y gestión del *compliance* legal y la gestión de los riesgos legales (entre ellos los riesgos penales) ha tenido en los últimos años un importante desarrollo y ganado gran relevancia hasta el punto que en la actualidad un abogado de una organización o asesor jurídico externo de ella, que cumpla sus funciones sin tener en cuenta el enfoque preventivo y de gestión de riesgos legales, se convierten en profesionales que terminan siendo factores de riesgo para las mismas organizaciones.

Un ejemplo claro de ello puede ser lo que ocurrió con asesorías jurídicas que pudieron recibir los directivos de entidades públicas, en las que algunas entidades públicas terminaron suscribiendo contratos estatales, que con base en el juicioso análisis que hizo la Sala de Consulta del Consejo de Estado (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto del 27 de agosto de 2015 ¡- Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS), sobre la obligación legal de las entidades públicas de considerar al riesgo de corrupción como un “riesgo previsible” que debe ser objeto de gestión, no debieron ser suscritos sin la adopción de los controles del caso para mitigar los riesgos que con posterioridad se concretaron; situación que han llevado a la vinculación de procesos penales, disciplinarios, fiscales, etc, a los responsables de la administración de las entidades.

Es decir, si falla la primera línea de defensa para identificar, valorar y controlar los eventos de riesgos penales en una organización, es decir, si el abogado de la empresa no ha ejercido en debida forma su función de gestionar y mitigar los riesgos penales y además fallan las funciones de cumplimiento y gestión de riesgo legal (la segunda línea de defensa), la organización, sus directivos y empleados se encuentran desprotegidos y expuestos a las consecuencias e impactos de los riesgos penales.

Es este orden de ideas, todo persona a la que se le ofrezca ser el gerente de una organización vulnerable a riesgos penales, antes de aceptar su designación debería tener una reunión con el responsable de los asuntos jurídicos de la organización (primera línea de defensa del riesgo penal) y responsable de las funciones de cumplimiento (segunda línea de defensa) y responsable del control interno (tercera línea de defensa) con miras a que pueda tener la certeza razonable de que los riesgos legales, en especial el riesgo penal, está debidamente gestionado y mitigado.

Si esto no existe no debería aceptar su designación o debería incluir entre las actividades prioritarias de la organización el diseño y adopción del Sistema de Gestión de *Compliance* Penal.

La existencia y adecuado funcionamiento de estas tres líneas de defensa, unido a que se cuente con profesionales, éticos e íntegros, con conocimiento y experiencia en la gestión de los riesgos penales a cargo de estas tres áreas, será garantía de defensa del gerente de la persona jurídica o miembros de la junta directiva.

El no contar con lo expresado en el párrafo anterior es una evidencia clara de un alto riesgo de incumplimiento de los mandatos legales y de garantizar el cumplimiento normativo y la adecuada gestión de riesgos penales, lo cual deja expuesta la persona jurídica y a sus administradores a los eventos de riesgos penales y de sus impactos y consecuencias.

- **Recomendaciones del GAFI**

El GAFI ha expedido las 40 Recomendaciones, las cuales recogen los estándares que los países, las autoridades de supervisión y las personas jurídicas obligadas debe adoptar para integrar sistemas para la prevención del lavado de activos, sus delitos precedentes y la financiación del terrorismo.

Dichas recomendaciones establecen que los sistemas para la prevención, control y reporte de operaciones que puedan estar vinculadas a tales actividades delictivas, deben diseñarse y aplicarse con un enfoque basado en riesgo.

Según las recomendaciones del GAFI:

“los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (RBA, por sus siglas en inglés) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento

*del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifiquen riesgos mayores, éstos deben asegurar que sus respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, éstos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones.*⁴⁶

Colombia en cumplimiento de las recomendaciones del GAFI debe exigir a las personas jurídicas que realicen operaciones vulnerables a las actividades delictivas, lo siguiente:

“8. Evaluación del riesgo - Debe exigirse a las instituciones financieras y las APNFD que tomen medidas apropiadas para identificar y evaluar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (para los clientes, países o áreas geográficas; y productos, servicios, transacciones o canales de envío). Éstas deben documentar esas evaluaciones para poder demostrar sus bases, mantener estas evaluaciones actualizadas, y contar con los mecanismos apropiados para suministrar información acerca de la evaluación del riesgo a las autoridades competentes y los OAR. La naturaleza y el alcance de estas evaluaciones de los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo deben corresponderse con la naturaleza y la dimensión de la actividad comercial. Las instituciones financieras y las APNFD deben siempre entender sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, pero las autoridades competentes o los OAR pueden determinar que no se requiere de evaluaciones individuales del riesgo documentadas, si los riesgos específicos inherentes al sector han sido identificados y se entienden con claridad.

9. Administración y mitigación del riesgo - Debe exigirse a las instituciones financieras y a las APNFD que cuenten con políticas, controles y procedimientos que les permitan administrar y mitigar con eficacia los riesgos que se hayan identificado (ya sea por el país o por la institución financiera o la APNFD). A éstas se les debe exigir que monitoreen la implementación de esos controles y que los intensifiquen, de ser necesario. Las políticas, controles y procedimientos deben ser aprobados por la alta gerencia, y las medidas tomadas para administrar y mitigar los riesgos (sean mayores o

⁴⁶ GAFI. (2012). *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las recomendaciones del GAFI.* Pág. 10 <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

menores) deben corresponderse con los requisitos nacionales y con la guía ofrecida por las autoridades competentes y los OAR.

10. Riesgo mayor - Cuando se identifiquen riesgos mayores, debe exigirse a las instituciones financieras y a las APNFD que tomen medidas intensificadas para administrar y mitigar los riesgos.

11. Riesgo menor - Cuando se identifiquen riesgos menores, los países pueden permitir a las instituciones financieras y a las APNFD que tomen medidas simplificadas para administrar y mitigar esos riesgos.

12. Al evaluar el riesgo, las instituciones financieras y las APNFD deben considerar todos los factores relevantes al riesgo antes de determinar cuál es el nivel de riesgo general y el nivel apropiado de mitigación a aplicar. Las instituciones financieras y las APNFD pueden diferenciar el alcance de las medidas, dependiendo del tipo y nivel del riesgo para los distintos factores de riesgo (ej.: en una situación en particular, pueden aplicar una DDC normal en cuanto a medidas de aceptación del cliente, pero una DDC intensificada para un monitoreo continuo o viceversa).⁴⁷”

De conformidad con las recomendaciones del GAFI los países deben exigir a las personas jurídicas obligadas a prevenir estas actividades delictivas que identifiquen, evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Así mismo, en relación con la supervisión y monitoreo del riesgo, las recomendaciones del GAFI, exigen que los supervisores deben asegurar que sus supervisados implementen con eficacia las obligaciones para prevención y detección. Para estos efectos las autoridades de supervisión deben desempeñar su función aplicando metodologías de supervisión por riesgos.

En este orden ideas, para cumplir con las recomendaciones del GAFI, Colombia ha expedido normas que obliguen a los “sujetos obligados” (Ver anexo No. 2. Listado entes supervisores y sistemas de prevención) y a las autoridades de supervisión deben aplicar los enfoques basados en riesgos, para lo cual será necesario que el país, las

⁴⁷GAFI. (2012). Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las recomendaciones del GAFI. Págs. 33,34 <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

autoridades de supervisión y los sujetos obligados den aplicación a las normas técnicas o estándares mencionados en el numeral 2 del capítulo segundo.

3.2 El rol del abogado en la prevención de las actividades delictivas, de conformidad con las Recomendaciones del GAFI

Las recomendaciones del GAFI para la prevención, control y reporte de operaciones que puedan estar vinculadas a los delitos de lavado de activos, sus delitos precedentes y la financiación del terrorismo, establecen que los países deben exigir la adopción de las medidas de debida diligencia y el mantenimiento de registros establecidos en las Recomendaciones 10, 11, 12, 15 y 17 de GAFI, se aplican a las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD).

Entre las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD) el GAFI incluye a los abogados que realicen presten los siguientes servicios:

*“(d) **Abogados**, notarios, **otros profesionales jurídicos independientes** y contadores – cuando se disponen a realizar transacciones o realizan transacciones para sus clientes sobre las siguientes actividades:*

! compra y venta de bienes inmobiliarios;

! administración del dinero, valores u otros activos del cliente;

! administración de las cuentas bancarias, de ahorros o valores;

! organización de contribuciones para la creación, operación o administración de empresas;

! creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales.

(e) Proveedores de servicios societarios y fideicomisos cuando se disponen a realizar transacciones o realizan transacciones para un cliente sobre las siguientes actividades:

! actuación como agente de creación de personas jurídicas;

! actuación (o arreglo para que otra persona actúe como) como director o apoderado de una sociedad mercantil, un socio de una sociedad o una posición similar con relación a otras personas jurídicas;

! provisión de un domicilio registrado, domicilio comercial o espacio físico, domicilio postal o administrativo para una sociedad mercantil, sociedad o cualquier otra persona jurídica o estructura jurídica;

! actuación (o arreglo para que otra persona actúe como) como fiduciario de un fideicomiso expreso o que desempeñe la función equivalente para otra forma de estructura jurídica;

! actuación (o arreglo para que otra persona actúe como) como un accionista nominal para otra persona.”⁴⁸

Colombia ha dado cumplimiento parcial a esta recomendación del GAFI, mediante la expedición de la Circular Externa 100-000006 de la Superintendencia de Sociedades, la cual modifica la Circular Básica Jurídica en el Capítulo X, referente al “Autocontrol y gestión del riesgo de LA/FT y reporte de operaciones sospechosas a la UIAF, la cual al respecto exige adoptar sistemas de gestión de riesgos asociados a las actividades delictivas a algunas empresas del sector de servicios jurídicos. Se establece en la citada Circular lo siguiente:

“5. Ámbito de aplicación

Serán Empresas Obligadas y por lo tanto deberán darle cumplimiento a lo previsto en el presente Capítulo X, las Empresas que pertenezcan a cualquiera de los sectores que se señalan a continuación, siempre y cuando que cumplan con todos los requisitos que enseña se indican para el respectivo sector:

K Sector de servicios jurídicos.

⁴⁸ GAFI. (2012). Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las recomendaciones del GAFI. Págs. 20,21 <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

a. Que estén sujetas a la vigilancia permanente o al control que ejerce la Superintendencia de Sociedades conforme lo previsto en los artículos 84 y 85 de la Ley 222 de 1995,

b. Que su actividad económica inscrita en el registro mercantil o la actividad económica que genera para la Empresa el mayor ingreso operacional o el mayor ingreso de actividades ordinarias según las normas aplicables, sea la identificada con el código M6910 del CIU Rey. 4 A.0 y

c. Que a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, hubieren obtenido ingresos totales iguales o superiores a 30.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV).”

De lo anterior se considera que, para dar cumplimiento a las recomendaciones del GAFI, **este deber no debe limitarse a las empresas mencionadas por la Superintendencia de Sociedades, debe extenderse a todos los abogados que realicen las actividades mencionadas atrás al transcribir la Recomendación de GAFI, sobre este asunto.**

Así mismo, **que la supervisión de los abogados para verificar el cumplimiento de estas obligaciones de prevención, control y reporte, debe estar en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura.**

Sería importante que los Colegios de Abogados adopten Códigos de Ética para efectos de estar alienados a las Recomendaciones del GAFI para la actividad profesional de los abogados.

No obstante que no se ha exigido la obligación de adoptar sistemas de gestión de riesgos penales a todos los abogados, es importante que los profesionales del derecho sean conscientes de los riesgos asociados a estos delitos a los servicios que ofrece y su deber de evitar que sus servicios sean utilizados para facilitar la realización de este tipo de delitos.

De otra parte, debe recordarse que, en el Proyecto de Ley presentado la Fiscalía General de Nación en la primera legislatura del 20/07/2018, “por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción”, se pretendía incluir el deber de reporte de operaciones sospechosas para los abogados y consecuencias penales por su incumplimiento. Se transcriben los siguientes artículos:

“Artículo 4 – Omisión de reportes sobre operaciones sospechosas de corrupción. Los abogados, contadores, revisores fiscales y jefes de control interno, que estando obligados a reportar en los términos definidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho, omitan el cumplimiento de los reportes de operaciones inusuales o sospechosas de corrupción a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Artículo 41 – Sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas de corrupción. Los abogados, contadores, revisores fiscales y jefes de control interno están obligados a reportar operaciones inusuales o sospechosas de corrupción a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), en los términos, condiciones, actividades o sectores que para el efecto señale el Ministerio de Justicia y del Derecho.”⁴⁹

De haberse aprobado esta norma los abogados internos o externos de una empresa, ya no solo serían la primera línea de defensa de los riesgos penales de la empresa, es decir, no solo deben ser los responsables de las gestión y mitigación de los riesgos asociados a las actividades delictivas, también tendrían el deber de reportar operaciones sospechosas que hayan detectado en el ejercicio de su función de asesoría al interior de la persona jurídica a la cual está prestando sus servicios.

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley para sustentar el artículo 41 se expresaba:

⁴⁹ Proyecto de Ley 117 de 2018, Fiscalía General de la Nación, Estado: Archivado.

“Justificación del artículo La Fiscalía General de la Nación en cumplimiento de sus fines constitucionales y legales, debe enfrentarse periódicamente al accionar delictivo de complejas organizaciones y grupos criminales que disponen de la estructura, recursos y contactos necesarios, para evadir de manera efectiva la persecución del Estado. Esta situación se evidencia particularmente en la ejecución de delitos asociados con la corrupción, pues generalmente estos son el resultado de concertaciones y asociaciones de personas que prometen o acceden a cuantiosas sumas de dinero como retribución a su accionar delictivo.

*Ahora bien, en ocasiones ese tipo de conductas son conocidas por personas que con ocasión de su profesión u oficio tienen acceso a información privilegiada, y que por desconocimiento o falta de una norma que lo disponga, omiten denunciar esos hechos ante la autoridad competente. **La finalidad del artículo propuesto busca precisamente establecer una obligación legal para los profesionales que con mayor regularidad tienen conocimiento de operaciones sospechosas de corrupción o constitutivas de delitos contra la administración pública, y adicionalmente, precisa sanciones penales y disciplinarias a quien omita el cumplimiento de ese deber.***

Este tema en particular tiene antecedentes legislativos y jurisprudenciales en el marco de la prevalencia del secreto profesional sobre el deber de denuncia que les asiste a todos los ciudadanos.

Para el caso específico del revisor fiscal, el artículo 7º de la Ley 1474 de 2011 estableció como causal para cancelar la inscripción de un Contador Público la de “no denunciar o poner en conocimiento de la autoridad disciplinaria o fiscal correspondiente, los actos de corrupción que haya encontrado en el ejercicio de su cargo, dentro de los seis (6) meses siguientes a que haya conocido el hecho o tuviera la obligación legal de conocerlo, actos de corrupción (sic). En relación con actos de corrupción no procederá el secreto profesional⁵⁰”.

Desde luego, este tema fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en Sentencia C-200/12, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en contra del mismo artículo 7º, y frente a la cual se precisó lo siguiente:

⁵⁰ Exposición de Motivos, Proyecto de Ley 117 de 2018.

“En este sentido dijo expresamente la Corporación que la labor del revisor fiscal no se agota en la simple asesoría o conservación de expectativas privadas. La suya es “una tarea que involucra intereses que van más allá de la iniciativa particular y atañe, por tanto, a la estabilidad económica y social de la comunidad. Es pues natural que de tan importante papel se desprendan aún más importantes deberes, propios sí de todo ciudadano, pero que en cabeza de los revisores de la actividad social adquieren trascendencia impar. Por eso cuando se habla de la necesidad de poner en conocimiento de las autoridades aquellos hechos que afectan el normal desenvolvimiento de la sociedad mercantil y que en muchos casos pueden violar leyes vigentes, elevamos el ya referido principio de solidaridad del nivel de colaboración y complementación de la actividad estatal, al de verdadero control de la conducta social y defensa de los derechos jurídicamente reconocidos. No se trata entonces de una carga accesoria o secundaria, eventualmente exigible a algunos agentes, sino de la renovación del compromiso colectivo de la comunidad de cooperar efectiva y realmente con el Estado y contribuir a la eficacia de las garantías reconocidas por el derecho. Se evidencia aquí una característica fundamental de la estructura de nuestro Estado, a saber, que los principios de libertad, participación, solidaridad y buena fe, que definen los textos constitucionales, han de aplicarse no sólo en el ámbito de los derechos y de lo que se espera de los demás, sino en el de los deberes, del comportamiento propio, del compromiso con la sociedad⁵¹.”

Esta base jurídica sería extensiva para justificar la inclusión de los abogados y jefes de control interno (tercera línea de defensa), en cuanto son profesiones que tienen acceso privilegiado a la información que puede ser constitutiva de operaciones sospechosas o de ejecución de delitos contra la administración pública o de otras actividades delictivas (en especial el lavado de activos).

“La propuesta está encaminada a reforzar la trascendencia del principio de solidaridad consagrado en el artículo 95 Superior, y que en este caso cobra vigencia al entregar una herramienta efectiva a las autoridades para perseguir e investigar acciones que atenten contra los intereses estatales y colectivos protegidos en los tipos penales asociados a la corrupción. - Constitucionalidad de la norma. Ya se anotó anteriormente que la propuesta contenida en el artículo en examen, se fundamenta parcialmente en la

⁵¹ Corte constitucional .Sentencia C-200/12, Referencia: expediente D-8682, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7, (parcial) de la Ley 1474 de 2011, por medio de la cual se adicionó un numeral 5 al artículo 26 de la ley 43 de 1990. Demandante: David Castellanos Carreño, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

prevalencia del interés general sobre el particular. Hay razones para afirmar que cuando se trata de delitos contra la administración pública o hechos de corrupción en general, se están afectando intereses públicos medidos en términos de detrimento patrimonial y transparencia en la administración pública.

Esa característica esencialmente sustenta la tesis de que en estos casos el secreto profesional no puede estar por encima del deber de denuncia de esa clase de acciones criminales. Empero, es necesario precisar que la misma jurisprudencia ha establecido que en los casos donde se enfrente el secreto profesional con el deber de denuncia de delitos, no pueden operar reglas generales, sino que, deberá atenderse criterios de ponderación”⁵².

Concretamente, la Corte Constitucional estableció frente al tema lo siguiente:

“Adicionalmente, esta interpretación reconoce que las causales de justificación o de exclusión de la responsabilidad como el estado de necesidad permiten la solución de conflictos jurídicos, que de lo contrario presentarían soluciones inconstitucionales que deben ser rechazadas en una interpretación conforme a la Constitución. En este sentido, el abogado que en virtud de la relación profesional con su cliente ha conocido de la futura comisión de un delito se encuentra en una situación límite entre su sanción por la revelación del secreto y su condena por omisión de denuncia, omisión de socorro u omisión por omisión al no haber impedido la comisión del delito. En estos casos, no pueden formularse reglas generales, sino que debe atenderse a criterios particulares de ponderación propios del estado de necesidad” ⁵³

3.3 El rol del abogado en la gestión de los riesgos penales en una organización (persona jurídica) en el marco de las tres líneas de defensa.

Las organizaciones (personas jurídicas) están expuestas a diversos riesgos en el ejercicio de sus funciones, entre ellos se encuentran los riesgos penales.

⁵² Proyecto de Ley 117 de 2018, Fiscalía General de la Nación, Estado: Archivado.

⁵³ Corte constitucional .Sentencia C-200/12, Referencia: expediente D-8682, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo7, (parcial) de la Ley 1474 de 2011, por medio de la cual se adicionó un numeral 5 al artículo 26 de la ley 43 de 1990.Demandante: David Castellanos Carreño, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Los riesgos legales a los cuales puede estar expuesta una organización (**que deberían ser objeto de un Sistema de Gestión de Compliance**) son de diferente naturaleza, entre ellos, se pueden citar los siguientes:

Riesgos penales (delitos cubiertos por las convenciones de las Naciones Unidas: Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo, corrupción, delitos graves)

- Riesgos legales empresariales (gobierno corporativo, protección de datos, competencia, relaciones de consumo, propiedad intelectual e industrial).
- Riesgos laborales (seguridad industrial).
- Riesgos tributarios.
- Riesgos aduaneros (certificación OEA - DIAN)
- Riesgos ambientales.
- Regulaciones del mercado de capitales y regulaciones prudenciales.
- Riesgos legales en las entidades públicas - Compliance público (riesgos penales, disciplinarios, fiscales, etc).

Para la mitigación de los riesgos legales en el marco de la Normas ISO, en el 2015 se publicó la Norma ISO 19600, que contiene los estándares internacionales y guías para el diseño y adopción de los programas de cumplimiento normativo. Por su parte en el 2017 se publicó la Norma UNE 19601 que recoge las guías para la adopción de los programas de cumplimiento penal (*compliance* penal).

Dichas guías deben ser complementadas con los estándares para la gestión de riesgos que contienen la Norma ISO 31000 y Norma ISO 31010.

Para la gestión de todos los riesgos a los que está expuesta una organización, ésta debe contar con la estructura organizacional necesaria y acorde a los niveles de riesgo. Así mismo, es necesario asignar claras responsabilidades y roles a cada una de áreas de la organización.

Como se anotó, el Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés) en enero de 2013, expidió la “Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL”, en la cual se definen las funciones que deberían tener las distintas áreas de una persona jurídica para gestionar sus riesgos.

En este numeral se hará un resumen y análisis de dicho documento para determinar **cuál es rol y responsabilidades del abogado de una empresa en la gestión del riesgo legal (en especial del riesgo penal) y del compliance penal en una organización.**

Este aspecto es de vital importancia, toda vez que teniendo presente el desarrollo que ha tenido en los últimos años las normas que exigen la adopción de programas de cumplimiento normativo y la implementación de sistemas de gestión de riesgos penales, obliga a que los abogados deban ser expertos y conocedores de los estándares y normativa al respecto.

Estas normativas y estándares internacionales son a su vez, guía de las normas que cada uno de los países vienen expidiendo para que las personas jurídicas mitiguen los riesgos asociados a las actividades delictivas.

Es imperioso como elemental hacer ver que los abogados de las organizaciones (personas jurídicas) deben tener un rol esencialmente preventivo en el cumplimiento de

sus funciones, por lo tanto, veremos a continuación, en el marco de las tres líneas de defensa, cuáles deben ser las responsabilidades y funciones del abogado de organización en la gestión de los riesgos legales y podremos determinar si es él el responsable o “dueño de los riesgos legales” (primera línea de defensa).

Así mismo, es importante determinar cuáles son los roles y responsabilidad del “oficial de cumplimiento” o responsable de cumplimiento frente a los riesgos legales y su relación con el abogado de la organización.

3.4 Las tres líneas de defensa para una efectiva gestión de riesgos penales y control”– Su aplicación en la gestión de los riesgos penales

A continuación, se hace un resumen de la “Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL” del IIA, para luego con base en este documento, exponer cuál es en nuestra consideración, el rol del abogado de la organización y del oficial de cumplimiento en el manejo y gestión del riesgo penal (riesgos asociados a las actividades delictivas) y las funciones de las diferentes áreas o estructuras de la persona jurídica en la gestión de los riesgos penales.

La gestión de los riesgos no es exclusiva de un área específica de una persona jurídica, en ella deben participar todas las áreas de la empresa, es así como en la declaración que se resume se dice que:

“en las organizaciones del siglo XXI, no es raro encontrar diversos equipos de auditores internos, especialistas en gestión de riesgos corporativos, oficiales de cumplimiento, especialistas en control interno, inspectores de calidad, investigadores de fraude y otros profesionales del riesgo y del control, trabajando juntos para ayudar a sus organizaciones a gestionar el riesgo. Cada una de estas especialidades tiene una perspectiva única y habilidades específicas que pueden ser invaluable para las organizaciones donde prestan sus servicios, pero las responsabilidades relacionadas con la gestión de riesgos y el control están cada vez más distribuidas en múltiples

departamentos y divisiones, y las obligaciones deben ser coordinadas cuidadosamente para asegurar que los procesos de riesgo y control funcionen de forma satisfactoria”⁵⁴.

De conformidad con el texto transcrito para el abogado de una organización es necesario conocer cuáles son sus responsabilidades relacionadas con la gestión de los riesgos legales (entre ellos el riesgo penal).

No basta con asignar diversas funciones de riesgo y control, se deben asignar roles específicos.

“Deben ser definidas responsabilidades claras, de modo que cada grupo de profesionales de riesgo y control entienda los límites de sus responsabilidades y cómo encaja su rol en la estructura general de riesgo y control de la organización”.... Sin un enfoque cohesionado y coordinado, los limitados recursos de riesgo y control podrían no ser desplegados efectivamente, y riesgos significativos podrían no ser identificados o gestionados adecuadamente. En el peor de los casos, las comunicaciones entre los diversos grupos de riesgo y control pueden caer en un debate permanente sobre qué tareas específicas deben ser cumplidas por cada grupo⁵⁵”.

Por lo tanto, el abogado o responsable de los asuntos jurídicos de una organización debe tener claro cuál es su responsabilidad y su rol en la gestión de los riesgos legales (y penales) y debe definir cómo interactúa y trabaja de manera coordinada con todas las otras áreas de la organización, en especial con el área de cumplimiento y las áreas de control interno.

La Declaración de Posición de la IIA, resalta importancia de ayudar a las organizaciones (personas jurídicas) a delegar y coordinar las tareas esenciales de la gestión de riesgos mediante un enfoque sistemático.

⁵⁴ Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés) en enero de 2013, expidió la Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL” del IIA.

⁵⁵ Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés) en enero de 2013, expidió la Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL” del IIA.

“El modelo de las Tres Líneas de Defensa proporciona una manera simple y efectiva para mejorar las comunicaciones en la gestión de riesgos y control mediante la aclaración de las funciones y deberes esenciales relacionados... el modelo de Las Tres Líneas de Defensa puede aumentar la claridad respecto a los riesgos y los controles y ayudar a mejorar la efectividad de los sistemas de gestión de riesgos.”⁵⁶

La Declaración de Posición de la IIA, en el modelo de las Tres Líneas de Defensa, el control de la gerencia es la primera línea de defensa en la gestión de riesgos; las varias funciones de supervisión de riesgos, controles y cumplimiento establecidas por la administración, son la segunda línea de defensa; y el aseguramiento independiente es la tercera.

Cada una de estas "líneas" juega un papel distinto dentro del marco amplio de gobernabilidad de la organización.

El esquema del modelo de las tres líneas de defensa, es el siguiente:

⁵⁶ *Ibíd*

Modelo de las tres Líneas de Defensa para una efectiva gestión de riesgos y control

Declaración de la IIA



En un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal (gestión de riesgos penales), las tres líneas de defensa pueden representarse de la siguiente forma:

LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS PENALES EN EL MODELO DE LAS TRES LÍNEAS DE DEFENSA



En la Declaración de Posición de la IIA se reitera que “El modelo de las Tres Líneas de Defensa” distingue tres grupos (o líneas) que participan en una efectiva gestión de riesgos:

- Las funciones que son propietarias de los riesgos y los gestionan.
- Las funciones que supervisan los riesgos.
- Las funciones que proporcionan aseguramiento independiente.

3.4.1 La primera línea de defensa: La Gestión Operativa – La Gerencia Legal

Como primera línea de defensa, **son las gerencias operativas que a su vez son propietarias de los riesgos y los gestionan (dueño del riesgo)**. Estas gerencias en

su calidad de gestores de los riesgos y propietarios de ellos también son responsables de la implementación de acciones correctivas para hacer frente a deficiencias de proceso y control.

Así mismo, las gerencias operativas son responsables de mantener un control interno efectivo y de ejecutar procedimientos de control sobre los riesgos de manera constante en el día a día.

Las gerencias operativas, son los dueños de los riesgos de las “operaciones” mediante los cuales se lleva a cabo el desarrollo del objeto social principal o conexo de la persona jurídica y, por ende, son la primera línea de defensa de todos los riesgos vinculados a la realización de la “operación” a su cargo.

Normalmente los riesgos penales en las personas jurídicas están asociados a las contrapartes con las que éstas tienen relación y en las actividades de cada uno de los procesos en los que se basa la operación de la persona jurídica.

En este orden de ideas, en la realización de las “operaciones propias de objeto social principal” la contraparte que puede ser un factor de riesgo como lo son los “clientes” y otras contrapartes. El responsable de los riesgos o dueño de los riesgos asociados a los “clientes” y otras contrapartes vinculadas a la gestión comercial sería el área o gerencia encargada de cada tipo de contraparte y, por lo tanto, es la primera línea de defensa.

En el desarrollo de las “operaciones conexas o complementarias” una de las contrapartes que puede ser un factor de riesgo pueden ser los “proveedores” de bienes o servicios. El responsable de los riesgos o dueño de los riesgos asociados a los “proveedores de bienes o servicios” sería el área o gerencia encargada de este tipo de contraparte.

De otra parte, otra de las contrapartes que puede ser un factor de riesgo pueden ser los “empleados”. El responsable de los riesgos o dueño de los riesgos asociados a los “empleados” sería el área o gerencia encargada de las relaciones humanas o recursos humanos.

Estas áreas de la organización (persona natural o entidad pública) son la primera línea de defensa porque los controles están diseñados dentro de los sistemas y procesos bajo su dirección como administración operacional. Deberían estar implementados adecuados controles de gestión y supervisión para asegurar su cumplimiento y para destacar excepciones de control, procesos inadecuados y eventos inesperados.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la identificación, medición y control de los riesgos legales asociados a las “operaciones” a cargo de las “gerencias operativas”, se requiere la participación directa y activa del gerente legal, o el responsable de los asuntos jurídicos de una organización.

No puede ser el responsable de las áreas operativas el encargado de la definición de las políticas y controles legales o jurídicos. No son estas las áreas las que definen o determinan las políticas y controles legales (como, por ejemplo, políticas, procedimientos legales para la instrumentación de las operaciones de la organización interpretaciones legales, cláusulas contractuales, relación con las autoridades judiciales o autoridades administrativas encargadas de supervisar el “cumplimiento normativo”).

El gerente legal, o el responsable de los asuntos jurídicos de una organización es y deber ser el responsable de la gestión de los eventos de riesgos legales (y de los asociados a las actividades delictivas) para lo cual son éstos los que definen los “controles legales” que deben aplicar los responsables de la realización de las “operaciones” de la organización (operaciones del objeto social principal o conexo).

El primero que debería a ser llamado a responder por la concreción de un eventual riesgo legal, debe ser el gerente legal, o el responsable de los asuntos

jurídicos de una organización, si esta situación obedece a la ausencia o deficiencia y de políticas o controles legales. Su principal razón de ser, o función y objetivo es la gestión y mitigación de los riesgos legales a los que puede estar expuesta la organización.

Cosa distinta ocurre si la materialización del riesgo legal (o riesgo penal) se presenta por la “falta de aplicación de los controles legales” por parte de las áreas “operativas” (evento en el cual la responsabilidad radica en ellas) o la materialización del riesgo se origina en las fallas de control, supervisión o aseguramiento (actividad propia de la tercera línea de defensa).

En materia de riesgos penales o riesgos asociados a las actividades delictivas, la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización son la garantía de seguridad y confianza que existe en una organización para evitar que, ésta, sus administradores y demás empleados, se vean involucrados en procesos que puedan comprometer su responsabilidad penal.

Es por ello que la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización también hace parte de la primera línea de defensa para gestionar y mitigar los riesgos penales y, por lo tanto, deben ser personas con las calidades, capacidades, conocimiento y entrenamiento, no solo en los asuntos legales o jurídicos, sino también lo deben ser en la aplicación de las metodologías y herramientas de gestión de riesgos y cumplimiento normativo.

Como garantes de la seguridad jurídica y del “cumplimiento normativo” de la organización y de sus miembros, los administradores de las organizaciones deben velar porque el responsable de los asuntos jurídicos sea la persona adecuada para ser su “primera línea de defensa” de los riesgos penales.

Con base en lo expuesto la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización hace parte de la primera línea de defensa y, por lo tanto,

debe definir de manera clara y precisa sus roles y funciones en materia de gestión de riesgos, para lo cual se debe dar respuesta a los siguientes interrogantes:

¿Quién debe ser el propietario o dueño de los riesgos legales (y riesgos penales) de la organización (persona jurídica o empresa)?: la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización.

¿Quién es el responsable de “identificar los eventos de riesgos legales y definir controles legales” de la organización (persona jurídica o empresa) que deben aplicar las “gerencias operativas” para su mitigación?: la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización.

¿Qué implica gestionar los riesgos legales (y riesgos penales) de la organización (persona jurídica o empresa)?: implica que esta gerencia es también la responsable de la implementación de acciones correctivas para hacer frente a deficiencias de proceso y control.

La gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización como responsable y gestor de los riesgos legales, debe identificar, evaluar los riesgos legales a los que pueda estar expuesta la organización (persona jurídica o entidad pública) y definir los controles que deben aplicar las áreas operativas para su mitigación. Para estos efectos debe diligenciar las respectivas matrices de riesgos legales, con base en el desarrollo e implementación de políticas jurídicas y procedimientos internos que debe adoptar la organización.

Las funciones de la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización como primera línea de defensa, frente al Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Legales (y riesgos penales), podrían ser las siguientes:

- Ser el responsable de la implementación de acciones correctivas para hacer frente a deficiencias de proceso y control de los riesgos legales (y riesgos penales).
 - Ser el responsable de asegurar que los controles legales son adecuados y suficientes.
 - La elaboración y diseño de las matrices de riesgos legales (incluyendo los riesgos penales) para identificar, evaluar, controlar y mitigar los riesgos penales a los que pueda estar expuesta la organización (persona jurídica).
-
- Diseñar y adoptar los controles legales dentro de los sistemas y procesos bajo su dirección, controles que deben ser aplicados por las gerencias operativas.
 - Diseñar controles legales para la gestión y mitigación de los riesgos penales y ejercer actos de supervisión para asegurar el cumplimiento normativo y mitigación de los riesgos penales.

De revivirse en el Congreso, el proyecto de ley al que se hizo referencia en el numeral 2 del presente capítulo, también sería función del abogado de la empresa el reportar operaciones sospechosas a la UIAF y su incumplimiento podría dar lugar a una responsabilidad penal.

Alain Casanovas Socio de KPMG Abogados, en su publicación *“El cumplimiento de las normas y su relación con la Gobernanza y la Gestión de Riesgos”*, hace un interesante análisis sobre las relaciones entre las funciones del área jurídica de la organización y la función de cumplimiento legal, resaltando las diferencias que existen entre la función de asesoría jurídica propia de la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización y el área o función de cumplimiento. Expresa el abogado Casanovas lo siguiente:

“¿Son lo mismo la función jurídica y la de cumplimiento? Es una pregunta de gran calado que nos conduce finalmente a tratar el cambio de paradigma que vivimos actualmente y que impacta muchísimo en el abogado de empresa.

Si analizamos los departamentos de cumplimiento que históricamente se han definido como tales, veremos que normalmente corresponden a organizaciones que operan en mercados regulados y que tienen por objeto, de forma prácticamente exclusiva, velar por el cumplimiento del bloque normativo que ordena el modo de desarrollar sus actividades. Observamos ejemplos evidentes en la banca, la intermediación financiera, la actividad aseguradora, el sector de producción y distribución de la energía, las telecomunicaciones, la industria farmacéutica, etc. La función de cumplimiento se asocia en estos contextos al concepto de cumplimiento regulatorio (anglicismo terrible, pero de utilización muy frecuente), compuesto por normas que son normalmente de origen público o sectorial y tienen una marcada dimensión técnica (habitualmente de naturaleza económica). Suele ser una función separada de la asesoría jurídica interna.

Sin embargo, el volumen y complejidad de las normas ha dejado de ser patrimonio exclusivo de los sectores regulados, observándose en las últimas décadas como un creciente grupo de bloques normativos afecta a cualquier organización: la normativa medioambiental, la relativa a la privacidad y el tratamiento de datos personales, protección de consumidores y usuarios, lucha contra la corrupción, etc. A ello se añade el incremento en la complejidad de las normas que tradicionalmente afectan a las actividades de negocio, como las leyes societarias o las fiscales. La globalización de la economía supone, además, que las organizaciones deban gestionar el cumplimiento de estos bloques normativos en las diferentes jurisdicciones donde operan, normas que no están armonizadas y que, además, en algunas ocasiones son contradictorias. Si a este escenario, ya de por sí complejo, añadimos la voluntad de las organizaciones por auto-imponerse obligaciones por motivos de gobernanza o buenas prácticas sectoriales, obtenemos una complejidad normativa general que nada tiene que envidiar a la de los sectores regulados de hace algunos años.

A causa de lo anterior, los marcos de referencia para sistemas de cumplimiento, ... (Sistemas para la gestión del cumplimiento, CMS), identifican estos y otros bloques normativos como el objetivo natural de todo sistema para la gestión del cumplimiento

con vocación general, desmarcándose de su vinculación tradicional a unos pocos bloques regulatorios.

Entre las funciones típicas de las asesorías jurídicas de empresa se encontraba el velar por el cumplimiento de la normativa. Ahora bien, respecto de las últimas décadas se aprecian tres cambios relevantes: (i) a causa del volumen y complejidad de las normas, la vigilancia de su cumplimiento deja de ser una tarea residual en términos de tiempo y procesos, (ii) el incumplimiento de las normas pueden reportar daños económicos y reputacionales importantes a cualquier organización -aunque no opere en mercados regulados- susceptibles incluso de amenazar su continuidad, y (iii) el nivel de cumplimiento no sólo afecta a la organización sino que también beneficia o perjudica a sus grupos de interés. Estos factores impactan necesariamente en la concepción tradicional de la función jurídica”⁵⁷.

De todo lo anterior, se desprende la prioridad de profesionalizar la función de cumplimiento, como la de procesos y recursos para su operatividad.

Las funciones de los abogados responsables de los asuntos jurídicos, deben desarrollarse con un enfoque basado en riesgos y con carácter preventivo, el cumplimiento de sus funciones debe llevarse a cabo con el apoyo de la gerencia o área de riesgos y cumplimiento.

Se debe dejar en el pasado la visión del abogado como el profesional encargado de “apagar los incendios jurídicos”, y pasar al abogado como el encargado de prevenirlos. Para lo cual los abogados que trabajen como gerentes legales o responsables de los asuntos jurídicos o como asesores jurídicos externos de las empresas, deben ser expertos en las normas que regulan la actividad principal de su objeto social, así como expertos en *compliance* o cumplimiento normativo, en especial en Sistema de Gestión de *Compliance* y gestión de riesgos legales (u riesgos penales).

⁵⁷ CASANOVAS. Alain (2013). KPMG cutting through complexity, Serie de Cuadernos sobre Cumplimiento Lgela / No. 10, Estándares específicos: la prevención penal. Pg. 9. Recuperado de: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Cuadernos_Legales_N10.pdf.

Es entonces imperioso la capacitación de los abogados en el diseño, adopción e implementación de Programas de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Legales – (Sistemas de Gestión de Compliance Penal).

3.4.2 La segunda línea de defensa: funciones de gestión de riesgos y cumplimiento – el oficial o responsable de cumplimiento.

En el entendido que la primera línea de defensa es la dueña, responsable y gestora de los riesgos penales, como se expresa en la Declaración de Posición de la IIA⁵⁸, *“tal vez sólo una línea de defensa sería necesaria para asegurar una gestión de riesgos efectiva. En el mundo real, sin embargo, una sola línea de defensa con frecuencia puede resultar insuficiente”*.

Así pues, se considera que las organizaciones establezcan diversas funciones de gestión de riesgos y cumplimiento para ayudar a crear y/o monitorear los controles de la primera línea de defensa.

Estas funciones de gestión de riesgos se han convertido en la segunda línea de defensa, la cuales, según la Declaración de Posición de la IIA, comprenden:

“• Una función de gestión de riesgos (y/o comité) que facilita y monitorea la implementación de prácticas efectivas de gestión de riesgos por parte de la gerencia operativa y que asiste a los propietarios del riesgo en la definición del objetivo de exposición al riesgo y en la presentación adecuada de información relacionada con riesgos a toda la organización.

• Una función de cumplimiento para monitorear diversos riesgos específicos tales como el incumplimiento de leyes y regulaciones aplicables. Con esta capacidad, esta función

⁵⁸ Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés) en enero de 2013, expidió la “Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL”.

independiente reporta directamente a la alta dirección, y en algunos sectores económicos, directamente a los organismos de gobierno corporativo. Múltiples funciones de cumplimiento con frecuencia existen en una misma organización, con responsabilidades para monitorear tipos específicos de cumplimiento, como salud y seguridad, cadena de suministros, ambiente o control de la calidad.

- *Una función de contraloría que monitorea riesgos financieros y la emisión de la información financiera*.⁵⁹

Las llamadas Gerencia de Riesgo o Gerencia de Cumplimiento o áreas de cumplimiento tienen normalmente estas funciones para asegurar que la primera línea de defensa, (gerencias operativas y gerencia legal en la gestión de los riesgos legales y penales), este apropiadamente diseñada, implementada y operando según lo previsto, pero no reemplazan ni pueden asumir las funciones propias de las áreas dueñas o responsables de los riesgos a gestionar (es decir, de las áreas que hacen parte de la primera línea de defensa).

Las funciones de gestión de riesgos y cumplimiento son independientes y diferentes a las de la primera línea de defensa. En este orden de ideas, Gerencia de Riesgo o Gerencia de Cumplimiento, debe poder intervenir directamente en la modificación y desarrollo de los sistemas de control interno y riesgos.

Sin embargo, *“la segunda línea de defensa no puede ofrecer análisis del todo independientes a los organismos de gobierno corporativo respecto a la gestión de riesgos y a los controles internos.*

“Las responsabilidades de estas funciones varían según su naturaleza específica, pero pueden incluir:

- *Apoyar en la administración de políticas en cuanto a la definición de roles y responsabilidades y el establecimiento de objetivos para su implementación.*

⁵⁹ Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés) en enero de 2013, expidió la “Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL”.

- *Proporcionar marcos para la gestión de riesgos. • Identificar asuntos conocidos y emergentes.*
- *Identificar cambios en el apetito de riesgo implícito de la organización.*
- *Asistir a la administración en el desarrollo de procesos y controles para la gestión de riesgos y problemas.*
- *Proporcionar guía y entrenamiento en procesos de gestión de riesgos.*
- *Facilitar y monitorear la implementación de prácticas efectivas de gestión de riesgos por parte de la gerencia operativa*
- *Alertar a la gerencia operativa de asuntos emergentes y de cambios en los escenarios regulatorios y de riesgos.*
- *Monitorear la adecuación y efectividad del control interno, la exactitud e integridad de la información, el cumplimiento de las leyes y regulaciones, y la remediación oportuna de deficiencias”⁶⁰.*

En este orden de ideas, la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización primera línea de defensa de los riesgos legales (y penales) y sus funciones son distintas a las funciones de las llamadas Gerencia de Riesgo o Gerencia de Cumplimiento, las cuales deben ayudar a crear y/o monitorear los controles legales de la primera línea de defensa. Para determinar cuál debe ser rol y funciones y responsabilidades de la Gerencia de Riesgo o Gerencia de Cumplimiento, con respecto a la gestión de los riesgos legales, es importante dar respuesta a los siguientes interrogantes:

¿Cuáles deben ser las funciones de Gerencia de Riesgo o Gerencia de Cumplimiento con respecto a las funciones de la gerencia o responsable de los asuntos jurídicos de la organización?

⁶⁰ Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés) en enero de 2013, expidió la “Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL”.

¿El responsable de los asuntos jurídicos de la organización puede ser el mismo responsable de las funciones de cumplimiento normativo?

¿Cómo debe ser la interacción entre estas dos áreas o funciones?

El rol de la Gerencia de Riesgo o Gerencia de Cumplimiento de una organización es el de ayudar a crear y/o monitorear los controles legales que debe adoptar e implementar la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización es el área de la organización (es decir, la primera línea de defensa de los riesgos legales), sin perjuicio de la aplicación de los controles legales que deben aplicar las gerencias operativas.

Las funciones de la Gerencia de Riesgo o Gerencia de Cumplimiento, frente a los riesgos penales o asociados a las actividades delictivas (como segunda de defensa), se considera (con base en la citada Declaración), pueden ser las siguientes:

- Facilitar y monitorear la implementación de prácticas efectivas de gestión de riesgos penales por parte de la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización.
- Asiste a la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización en la definición del objetivo de exposición al riesgo al riesgo penal y en la presentación adecuada de información relacionada con riesgos asociados a las actividades delictivas.
- Ejecutar una función de cumplimiento para monitorear los riesgos penales, específicamente el riesgo de incumplimiento de leyes y regulaciones aplicables, con consecuencias penales.

- Asegurar que la primera línea de defensa de los riesgos penales está apropiadamente diseñada, implementada y operando según lo previsto.
- Intervenir en la modificación y desarrollo de los sistemas de gestión de riesgos penales y de su control interno.
- Apoyar en la administración de políticas para la gestión de los riesgos penales, para la definición de roles y responsabilidades y el establecimiento de objetivos para su implementación.
- Proporcionar marcos para la gestión de riesgos penales
- Identificar cambios en el apetito de riesgo penales de la organización.
- Asistir a la administración en el desarrollo de procesos y controles para la gestión de riesgos penales.
- Proporcionar guía y entrenamiento en procesos de gestión de riesgos penales.
- Facilitar y monitorear la implementación de prácticas efectivas de gestión de riesgos penales por parte de la gerencia legal.
- Alertar a la gerencia legal operativa de asuntos emergentes y de cambios en los escenarios regulatorios y de riesgos.
- Monitorear la adecuación y efectividad del control interno, la exactitud e integridad de la información, el cumplimiento de las leyes y regulaciones, y la remediación oportuna de deficiencias.

3.4.3 La tercera línea de defensa- auditoria interna

La principal función de la auditoría es proporcionar a los órganos de gobierno y a la alta dirección un aseguramiento de la gestión de los riesgos basado en el más alto nivel de independencia y objetividad dentro de la organización.

Este nivel de independencia, es mayor al de la segunda línea de defensa. Los auditores internos proveen aseguramiento sobre la efectividad de la gestión de riesgos y el control interno, incluyendo la manera en que la primera y segunda línea de defensa alcanza sus objetivos de gestión de riesgos y control. El alcance de este aseguramiento, que es reportado al órgano de gobierno corporativo y alta dirección, que, según Declaración de Posición de la IIA, usualmente cubre:

“• Un amplio rango de objetivos, incluyendo la eficiencia y efectividad de las operaciones, salvaguarda de activos, confiabilidad e integridad de los procesos de reporte, y cumplimiento con leyes, regulaciones, políticas, procedimientos y contratos.

• Todos los elementos de los marcos de gestión de riesgos y control interno, que incluyen: ambiente de control interno, todos los componentes del marco de gestión de riesgos de la organización (por ejemplo, identificación de riesgos, evaluación de riesgos y respuesta), información y comunicación, y monitoreo.

• La entidad en su conjunto, divisiones, subsidiarias, unidades operativas y funciones – incluyendo procesos de negocios, tales como ventas, producción, marketing, seguridad, funciones de clientes, y operaciones – como también funciones de soporte (por ejemplo, contabilización de ingresos y gastos, recursos humanos, adquisiciones, remuneraciones, presupuestos, gestión de infraestructura y activos, inventario, y tecnología de la información).”⁶¹

En un programa de cumplimiento normativo y de gestión de riesgos penales se debe definir cuál sería el trabajo y funciones de la auditoría interna frente a las actividades del área legal de la organización o responsable de los asuntos jurídicos, como dueño o

⁶¹ Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés) en enero de 2013, expidió la “Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL”.

responsable de los riesgos legales y de su gestión. Así mismo, se debe definir las gestiones de la auditoría interna frente a las funciones de la gerencia de riesgo y cumplimiento en materia de riesgos legales (penales).

De conformidad con la norma ISO 19600 y la norma UNE 19601, en un Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Legales el rol y responsabilidades de la auditoría interna debe llevarse a cabo teniendo presente lo siguiente.

La persona jurídica debe llevar a cabo auditorías a intervalos planificados, para proporcionar información acerca de si el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales está conforme con los requisitos de dicho programa establecidos por la persona jurídica a través de su política cumplimiento y el propio sistema y si se implementa y mantiene eficazmente.

El ámbito y escala de las actividades de auditoría interna de la persona jurídica pueden variar dependiendo de una variedad de factores, incluyendo el tamaño, la estructura, la madurez y la localización de la organización.

Se debe planificar, establecer, implementar y mantener uno o varios programas de auditoría que incluyan la frecuencia, los métodos, las responsabilidades, los requisitos de planificación y la elaboración de informes, teniendo en consideración la importancia de los procesos involucrados y los resultados de auditorías previas; definir los criterios de la auditoría y el alcance para cada auditoría; seleccionar los auditores y llevar a cabo auditorías para asegurarse de la objetividad y la imparcialidad del proceso de auditoría; asegurarse de que los resultados de las auditorías se ponen en conocimiento del órgano de gobierno (Junta Directiva, comité directivo o quien haga sus veces) y de la alta dirección, así como de otras áreas o funciones cuando proceda a efectos de mejorar el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales; y conservar información documentada como evidencia de la implementación del programa de auditoría y de los resultados de las auditorías.

Las auditorías, de acuerdo con la norma ISO 19600 y la norma UNE 19601, deben ser razonables, proporcionadas y realizadas con un enfoque basado en el riesgo, siguiendo procesos de auditoría interna u otros procesos de revisión de procedimientos, controles y sistemas destinados a detectar indicios de materialización de riesgos penales; no conformidades relacionadas con la política de cumplimiento y el resto del sistema de gestión de riesgos penales; fallas en el cumplimiento de los requisitos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales susceptibles de constituir riesgos penales para la persona jurídica por las conductas desarrolladas tanto por los miembros de la organización como por los socios de negocio; y debilidades o posibilidades de mejora en la política de cumplimiento o el resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

Para asegurar la objetividad y la imparcialidad de estos programas de auditoría, la persona jurídica se debe asegurar de que estas auditorías se llevan a cabo por una función independiente o una persona específicamente designada para realizar este proceso; el órgano o área de cumplimiento, excepto si el alcance de la auditoría incluye procedimientos o controles de cuya ejecución directa se ocupe el propio órgano o área de cumplimiento; una persona apropiada de un departamento o función distinta del que está siendo auditado; una tercera parte apropiada; o un grupo que comprenda cualquiera de los definidos en los cuatro puntos anteriores.

Tal como se establecía en el primer intento legislativo que hubo en Colombia referente al Proyecto de Ley 117 de 2018 de la responsabilidad penal de las personas, se considera acertado incluir en futuros proyectos de ley, la función del auditor interno de la empresa de reportar operaciones sospechosas a la UIAF y que en caso de incumplimiento pudiera dar lugar a una responsabilidad penal.

De otra parte, en relación a los auditores externos, reguladores y otros entes externos se evidencia que estos:

“se ubican fuera de la estructura de la organización, pero ellos pueden tener un rol en la estructura general de gobierno corporativo y control de la organización”. Este es

*particularmente el caso en industrias reguladas, como servicios financieros o seguros. Los reguladores en ocasiones establecen requerimientos con la intención de fortalecer los controles de una organización y en otras ocasiones realizan una función independiente y objetiva para evaluar la totalidad o una parte de la primera, segunda o tercera línea de defensa con respecto a esos requerimientos”.*⁶²

3.4.3.1 Las funciones de la revisoría fiscal como tercera línea de defensa.

En Colombia las funciones de la auditoria externa se lleva a cabo mediante la figura del revisor fiscal.

De conformidad con la norma ISO 19600 y la norma UNE 19601, en un Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Legales la auditoría externa o revisoría fiscal debe cumplir con las siguientes funciones:

- Revisa las acciones del oficial de cumplimiento, con el propósito de establecer el cumplimiento de las políticas y acciones definidas.
- Se cerciora que las operaciones de la empresa se ajustan a los estándares internacionales en materia de prevención de actividades delictivas y expresa su opinión sobre la suficiencia del Programa.
- Evalúa la efectividad del Sistema
- Informa al órgano de gobierno, y al oficial de cumplimiento, las inconsistencias y fallas detectadas en el Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Legales y, en general, todo incumplimiento que detecte a las disposiciones que regulan la materia.
- Da oportuna cuenta al órgano de gobierno y a la alta dirección, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la persona jurídica y en el desarrollo de sus negocios o funciones en relación con el tema.

⁶² IIA declaración de posición: las tres líneas de defensa para una efectiva gestión de riesgos y control, enero de 2013, Instituto de Auditores Internos, página 6.

- Elabora un reporte dirigido al órgano de gobierno, en el que informe acerca de las conclusiones obtenidas en el proceso de evaluación del cumplimiento de las normas e instructivos sobre el Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Legales.

Es importante recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1762 de 2015 y la Ley 1774 de 2011 art 7 (para las entidades públicas), una de las funciones de los revisores fiscales es la de reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) las operaciones sospechosas en el ejercicio de sus funciones.

De igual forma, de conformidad con el numeral 5) al artículo 26 de la Ley 43 de 1990, modificado por el artículo 7 de la Ley 1774 de 2011, es deber de los revisores fiscales denunciar actos de corrupción (*“5. Cuando se actúe en calidad de revisor fiscal, no denunciar o poner en conocimiento de la autoridad disciplinaria o fiscal correspondiente, los actos de corrupción que haya encontrado en el ejercicio de su cargo, dentro de los seis (6) meses siguientes a que haya conocido el hecho o tuviera la obligación legal de conocerlo, actos de corrupción. En relación con actos de corrupción no procederá el secreto profesional.”*)

Dicho deber, que podría conllevar a la responsabilidad de los revisores fiscales ha generado gran controversia, esencialmente frente a la excepción al secreto profesional, pero tal como se referencia en el presente capítulo, la Corte Constitucional tras el respectivo control de constitucionalidad declaró exequible la disposición mediante la Sentencia C-200/12.

Siguiendo la misma línea se observa que mediante el artículo 32 del Proyecto de Ley 117 de 2018 se pretendía modificar el discutido numeral estableciendo que los *“⁶³revisores fiscales tendrán la obligación de denunciar ante las autoridades penales,*

⁶³ Proyecto de Ley 117 de 2018, Fiscalía General de la Nación, estado: Archivado.

disciplinarias y administrativas, los actos de corrupción así como la presunta realización de un delito contra la administración pública, un delito contra el orden económico y social, o un delito contra el patrimonio económico que hubiere detectado en el ejercicio de su cargo”, ampliando el catálogo de presuntos delitos que deben denunciar, así como, delimitando con mayor precisión el deber que les asiste. Adicionalmente, se buscaba adicionar la obligación de poner estos hechos en conocimiento de los órganos sociales y de la administración de la sociedad, manteniendo el tiempo de denuncia de (6) meses siguientes al momento en que el revisor fiscal hubiere tenido conocimiento de los hechos y ampliando la excepción a la aplicación del secreto profesional, frente al hecho de conocer la presunta realización de algunos de los delitos señalados.

En la exposición de motivos para justificar la conveniencia y constitucionalidad de la propuesta, se expresa lo siguiente:

“5.5.1. El revisor fiscal con la expedición de la Ley 1778 de 2016, al revisor fiscal se le confirieron facultades de veeduría que sobrepasan aquellas de representación de los intereses de los asociados frente a las operaciones que se celebren o ejecuten en la empresa. En efecto, de acuerdo con los mandatos del artículo 32° del citado estatuto, los revisores fiscales adquieren el deber de denunciar ante las autoridades penales, disciplinarias y administrativas, los posibles actos de corrupción que hubieren detectado en el ejercicio de su cargo.”⁶⁴

Así pues, la revisoría fiscal (auditor externo) es considerada como parte de la tercera línea de defensa.

3.4.3.2 Las autoridades de supervisión también son consideradas como líneas adicionales de defensa – Tercera línea de defensa

En cumplimiento de convenios y estándares internacionales los países deben analizar la conveniencia y pertinencia de exigir a algunas organizaciones (personas jurídicas y entidades públicas) adoptar y aplicar sistemas para la gestión de riesgos asociados a algunas actividades delictivas (LA/FT/CO y otros delitos graves).

⁶⁴ Exposición de motivos, Proyecto de Ley 117 de 2018, Fiscalía General de la Nación.

Para lo cual, los países deben asignar a determinadas autoridades de supervisión la función de impartir instrucciones para la adopción y aplicación de tales sistemas de gestiones de riesgos asociados a algunas actividades delictivas y la función de velar por su cumplimiento.

En estos casos los incumplimientos de estas instrucciones establecidas por las autoridades de supervisión pueden implicar responsabilidad administrativa (para la organización a sus empleados) y eventual responsabilidad penal los empleados.

Incluso pueden existir consecuencias penales accesorias para las organizaciones (artículo 91 de la Ley 904 Código de Procedimiento Penal).

También podría concretarse la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por la comisión del delito de soborno trasnacional (Ley 1778 de 2016), que puede imponer la Superintendencia de Sociedades.

De otra parte, en materia de prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo, se recuerda que existe en Colombia un alto número de entes de supervisión encargados de supervisar a los sectores obligados (ver anexo No. 2 Listado entidades de supervisión y sistemas de supervisión).

Así las cosas, la actuación de las autoridades de supervisión frente al cumplimiento de las citadas normas, se constituyen en uno de los generadores de posibles riesgos legales (asociados a las actividades delictivas) más importantes que deben estar bajo la responsabilidad de la gerencia legal o responsable de los asuntos jurídicos.

En consecuencia, en el programa de cumplimiento normativo y gestión de riesgos penales (Sistema de Gestión de *Compliance* Penal) se debe tener definido de manera clara y precisa el rol de la gerencia legal o responsable de los asuntos jurídicos frente a

estas normas y su relación con las autoridades de supervisión, para estos efectos debe recordarse que estamos frente a la gestión de riesgos legales.

De conformidad con las recomendaciones 26, 27 y 28 del GAFI, los supervisores deben exigir a sus supervisados la adopción de sistemas de gestión de riesgos para mitigar los riesgos asociados a las actividades delictivas y de conformidad con las recomendaciones 26, 27 y 28 del GAFI la supervisión que lleven a cabo los entes de supervisión debe ser con un enfoque basado en riesgos.

En aplicación de esta supervisión basada en riesgos los supervisores cumplen su función externa de línea de defensa.

De otra parte, no debe perderse de vista que las autoridades de supervisión deben reportar a la UIAF operaciones sospechosas que hayan detectado en el ejercicio de sus funciones o colocar las respectivas denuncias penales cuando observen que se hayan podido presentar delitos.

La Ley 1778 de 2016 atribuyó a la Superintendencia de Sociedades amplias facultades para combatir el soborno internacional. Le otorgó funciones preventivas, tendentes a promover en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia la adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos de anticorrupción, de normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y de mecanismos de prevención de conductas de soborno internacional. Adicionalmente, la referida norma le confirió a la Superintendencia de Sociedades facultades de investigación y sanción de los posibles hechos de soborno internacional.

3.4.4 Coordinación de las tres líneas de defensa

Asignar las responsabilidades específicas y de coordinación entre las funciones de gestión de riesgos penales es útil en el trabajo de cada grupo en el proceso de gestión de estos riesgos.

La Declaración de Posición de la IIA concluye con las siguientes practicas recomendadas:

“ Los procesos de riesgo y control deben ser estructurados de acuerdo con el Modelo de las Tres Líneas de Defensa.

- *Cada línea de defensa debería ser apoyada en definiciones de funciones y políticas apropiadas.*

- *Debe existir una adecuada coordinación entre las distintas líneas de defensa para fomentar la eficiencia y la eficacia.*

- *Las funciones de riesgo y de control que operan en las diferentes líneas deben compartir apropiadamente el conocimiento y la información para ayudar a todas las funciones a un mejor cumplimiento de sus funciones y de una manera eficiente.*

- *Las líneas de defensa no deberían ser mezcladas o coordinarse en una manera que pueda comprometer su eficacia.*

- *En situaciones en que las funciones de las diferentes líneas se mezclan, los Órganos de Gobierno deben ser informados de la estructura y su impacto. Para las organizaciones que no han establecido una actividad de auditoría interna, la Alta Dirección y/o el Órganos de Gobierno deberán explicar y dar a conocer a las partes interesadas que ellos han considerado como suficiente el aseguramiento que se obtendrá de la eficacia del gobierno de la organización, gestión de riesgos y de la estructura de control.”⁶⁵*

Así pues, se pueden concluir que las áreas o gerencias operativas en una organización (primera línea de defensa) no deben ser los responsables de la definición de las políticas y controles legales o jurídicos. No son estas las áreas las que definen o determinan las políticas y controles legales (como, por ejemplo, políticas, procedimientos legales para la instrumentación de las operaciones de la organización

⁶⁵ IIA declaración de posición: las tres líneas de defensa para una efectiva gestión de riesgos y control, enero de 2013, Instituto de Auditores Internos.

interpretaciones legales, cláusulas contractuales, relación con las autoridades judiciales o autoridades administrativas encargadas de supervisar el “cumplimiento normativo”).

El gerente legal o el responsable de los asuntos jurídicos de una organización es y deber ser el responsable de la gestión de los eventos de riesgos legales (y de los asociados a las actividades delictivas) para lo cual son éstos los que definen los “controles legales” que deben aplicar los responsables de la realización de las “operaciones” de la organización (operaciones del objeto social principal o conexo).

El primero que debería ser llamado a responder por la concreción de un eventual riesgo legal, debe ser el gerente legal, o el responsable de los asuntos jurídicos de una organización, si esta situación obedece a la ausencia o deficiencia y de políticas o controles legales. Su principal razón de ser, o función y objetivo es la gestión y mitigación de los riesgos legales a los que puede estar expuesta la organización.

En esto orden de ideas, el responsable de los asuntos jurídicos de la organización, junto con las gerencias operativas deben hacer parte de la primera línea de defensa en la gestión de todos los riesgos legales y, por ende, cumplen un importante rol de la adopción de los sistemas de compliance y gestión de riesgos legales (entre ellos los riesgos penales).

3.5 Guía para el diseño de un programa de cumplimiento y gestión de riesgos penales en las personas jurídicas – Sistema de Gestión de *Compliance* Penales.

Es prioritario siempre tener presente que la inexistencia de Programas de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Legales (o penales) (Sistema de Gestión de *Compliance* Penal) puede interpretarse como una falta de debida diligencia y traer como consecuencia responsabilidades de distinta naturaleza, incluso penal.

Los Programas de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penal deben permitir alcanzar de forma razonable los objetivos de cumplimiento normativo, dichos programas se pueden y deben aplicar para todos los riesgos penales a los que puede estar expuesta una persona jurídica.

En el anexo No. 3, se presenta una **guía para el diseño de un programa para gestionar los riesgos penales a los que puede estar expuesta** una organización (persona jurídica), no sin antes dejar claro que los elementos que se explican a continuación son los mismos que se deben ejecutar para la mitigación de cualquier riesgo legal, toda vez que se basa en la Norma ISO 19600, la cual recoge los estándares internacionales aplicables al cumplimiento normativo en general. Así mismo, se tiene presente la Norma UNE 19601 (sobre el *compliance* penal), la Norma ISO 31000 sobre gestión de riesgo y la Norma 31010 (sobre técnicas de valoración del riesgo).

Para el diseño de un programa de prevención de delitos y un sistema de gestión de riesgos penales, las personas jurídicas deben tener en cuenta las instrucciones que expidan las autoridades competentes y los estándares internacionales en materia de cumplimiento (Norma ISO 19600) y de gestión de riesgos (Norma ISO 31000 – 31010 – 37001) y en especial la Norma UNE 19601 sobre gestión de riesgos penales (Recomendaciones del GAFI para los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva LA/FT/FPADM).

La guía que se presenta en el anexo No. 3 ha sido elaborada con base en dichas normas o estándares y recoge los elementos que, bajo estudio se considera, debe contener un Programas de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales (Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal), el cual sería aplicable a una persona jurídica para la mitigación de los riesgos penales.

Una de las principales dificultades que tienen las personas jurídicas y que genera inseguridad jurídica, es la existencia de distintas normas y autoridades que regulan y

supervisan la aplicación de los sistemas de gestión de riesgos asociados a las actividades delictivas.

Es de resaltar que adicional a los instructivos de las entidades de supervisión, en la regulación vigente para la gestión de riesgos asociados a los delitos de soborno transnacional, se exige a las personas jurídicas la adopción de programas de ética empresarial, que son distintos y adicionales a los sistemas de gestión de riesgo asociados al LA/FT. El artículo 23 de la Ley 1778 de 2016, establece que la Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas a su *vigilancia* la adopción de programas de transparencia y ética empresarial.

En desarrollo del artículo 23 de la Ley 1778 de 2016, la Superintendencia de Sociedades expidió la Resolución 100-002657 del 26 de julio de 2016, modificada por la Resolución 200-000559 del 19 de julio de 2018, mediante la cual se establecen los criterios para determinar qué sociedades deben adoptar los programas de ética empresarial. Así mismo, mediante la Circular Externa 100-000003 de 2016, la Superintendencia de Sociedades expidió la guía contentiva de herramientas útiles para la elaboración y puesta en marcha de programas de transparencia y ética empresarial, así como de los mecanismos internos de auditoría, anticorrupción y prevención del soborno internacional, en las sociedades vigiladas.

Y para la mitigación del riesgo asociado al LA/FT la misma Superintendencia de Sociedades ha expedido instructivo diferente mediante, la ya mencionada, Circular Básica Jurídica en su capítulo 10.

De otra parte, en el Proyecto de Ley 005/2017 presentado por el ex Fiscalía General de la Nación Néstor Humberto Martínez, en el título IX artículo 56 se establecía una obligación de adoptar un SARLAFT para el sector público, manifestando que las entidades del Estado del nivel central y las gobernaciones están obligadas a adoptar sistemas de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo.

Se considera que dicha obligación ya existe para la prevención de todas las actividades delictivas y esta prevención debe hacerse con un enfoque basado en riesgos, tal como se expone en el capítulo segundo de este trabajo.

En busca de alcanzar la integralidad y mayor eficacia, se recomienda que exista un solo Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales para todas las actividades delictivas a las cuales pueda estar expuesta la organización.

Por su parte, en el primer semestre de 2017, se adoptó la norma internacional ISO 37001 como NTC - ISO 37001 Sistema de Gestión antisoborno, mediante un proceso liderado por el ICONTEC con la participación de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República y la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

Sin embargo, teniendo presente que las personas jurídicas y las entidades públicas no solo están expuestas a los delitos de corrupción, sino a muchas otras actividades delictivas, se debería trabajar en la elaboración de una norma técnica o en un estándar para el diseño y adopción de un Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales, como se hizo en España con la Norma UNE 19601.

Esta norma o estándar se vuelve más importante y urgente para las personas jurídicas en Colombia, en el evento de aprobarse una ley que consagre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la ocurrencia de los delitos.

Mientras se adopta un estándar o norma técnica en Colombia para el diseño y adopción de un Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales, se considera conveniente que las personas jurídicas elaboren dichos programas con base en las normas técnicas mencionadas, en especial la Norma UNE 19601 (*compliance* penal), las cuales han sido la base para la elaboración de la guía que se anexa.

3.6 Estructura de un programa de cumplimiento y de gestión de riesgos penales

En el contexto en el que se desarrollan las actividades de las organizaciones (personas jurídicas), pueden cometerse delitos o ser utilizados para su comisión, especialmente aquellos vinculados con la actividad económica.

Así pues, las personas jurídicas deben establecer al interior, una adecuada cultura del cumplimiento de las normas a las cuales están sujetas, y buscar evitar o, al menos, reducir el riesgo de comisión de los delitos. El establecimiento de esta cultura de cumplimiento está asociada a la responsabilidad social corporativa o los principios de ética pública.

La comisión de comportamientos delictivos en el desarrollo de las actividades propias de las personas jurídicas genera ventajas anticompetitivas en relación con aquellos operadores respetuosos con el cumplimiento de la legalidad, afecta los fundamentos del buen gobierno corporativo y pone en riesgo bienes jurídicos especialmente protegidos.

Por todo ello, se ha considerado que consentir, posibilitar o incentivar el desarrollo de conductas punibles al interior de las personas jurídicas afecta a la actividad económica y perjudica al conjunto de las personas jurídicas y a la economía en general.

Las personas jurídicas deben disponer de sistemas de gestión y control aplicados al ámbito de la prevención y detección de actividades delictivas.

En la guía que se anexa se desarrollan los elementos que sugiere la Norma UNE 19601 para el diseño y adopción de un Sistema de *Compliance* Penal y además recoge las siguientes normas ISO: ISO 19600 *Sistemas de gestión de compliance. Directrices*, ISO 31000 *Gestión del riesgo. Principios y directrices* y otras normas internacionales sobre *modelos de gestión*.

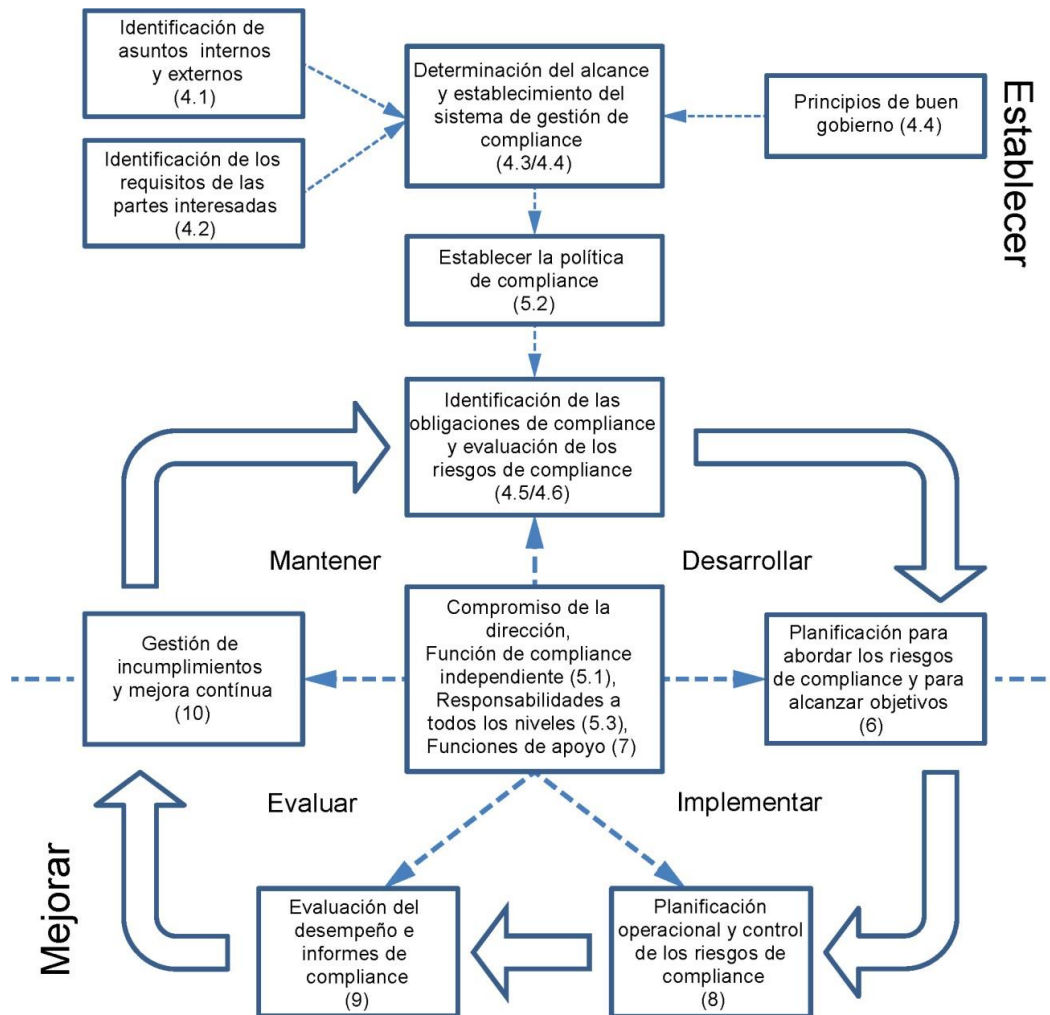
De acuerdo con las normas citadas la exposición a los riesgos penales varía según diferentes circunstancias, como su tamaño, el sector de actividad o las ubicaciones donde operen, así como por la diversidad y complejidad de sus transacciones.

En este sentido en la guía se definen los elementos y pasos a ejecutar para diseñar los programas de cumplimiento y sistemas de gestión de los riesgos penales (Sistema de Gestión de *Compliance* Penal), de conformidad con las normas o estándares internacionales mencionados.

La adopción y ejecución de los programas de cumplimiento y sistemas de gestión de los riesgos penales sirven de referencia para las autoridades judiciales, autoridades administrativas (supervisores) y demás operadores jurídicos u organismos de control externo, al momento de verificar o valorar el cumplimiento de sus deberes legales por parte de las personas jurídicas y entidades públicas.

La figura 1 (que se transcribe a continuación) describe los elementos que establece la Norma ISO 19600 (y la Norma UNE 19601) sobre los programas de cumplimiento y sistemas de gestión de los riesgos penales, que está basado en el principio de mejora continua (Planificar-Hacer-Verificar-Actuar).

Figura 1. Organigrama de un sistema de gestión de cumplimiento ISO 19600



Fuente: ISO 19600:2015

En el anexo No. 3 se desarrollan cada de uno estos elementos que deben ser parte de los programas de cumplimiento y sistemas de gestión de los riesgos penales, con miras a poder cumplir con los estándares contenidos en las Normas ISO 19600, 31000 y

37100 y en la Norma UNE 19601, y ser eventualmente objeto de programas de certificación.

3.7 Elementos del programa de cumplimiento y de gestión de riesgos penales

Figura 2. Consorcio Internacional Skol & Serna



Fuente: (Diana Gómez, 2018)

El programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales (Sistemas de Gestión de Compliance Penal), de acuerdo con lo expuesto en la Norma UNE 19601, las normas ISO: ISO 19600, ISO 31000 *Gestión del riesgo. Principios y directrices* y

otras normas internacionales sobre modelos de gestión, debe contener los siguientes elementos:

1. Comprensión de la persona jurídica, análisis del contexto y determinación del riesgo inherente
2. Alcance del sistema, políticas, principios de cumplimiento y estructura para gestión de riesgos
3. Planificación - identificación y análisis (evaluación) de los riesgos
4. Operación - Planes de tratamiento, controles y procedimientos
5. Formación y capacitación
6. Documentación, comunicación y reporte
7. Evaluación y planes de mejora continua – Monitoreo y seguimiento

Con el fin de facilitar el diseño y adopción de un Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales, en el anexo No. 3 se presenta una guía para el diseño de un programa de cumplimiento y gestión de riesgos penales en las personas jurídicas, que ha sido elaborada con base en la Norma ISO 19600 (gestión de *compliance*), la Norma ISO 37001, soborno, la Norma española UNE 19601, sistema de gestión de *compliance* penal, la Norma ISO 31000, gestión de riesgos (adoptada por Colombia mediante la NTC-ISO 31000), la Norma ISO 31010, técnicas de valoración de riesgos y las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

CONCLUSIONES

La responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos ha sido acogida por la comunidad internacional como una política internacional que debe ser acogida y desarrollada por todos los países como una estrategia de lucha contra la delincuencia organizada, el terrorismo y para combatir la corrupción.

Existen diversos mecanismos para verificar el cumplimiento de estos compromisos internacionales y los países que no adopten la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos, en los términos definidos en los documentos mencionados en este numeral 1 del capítulo primero, se encuentran en un claro incumplimiento.

Un alto número de países han cumplido con las normas y estándares internacionales y han acogido la responsabilidad de las personas jurídicas en sus legislaciones internas, con lo que podrán además contar con mejores instrumentos de lucha contra las organizaciones criminales o terroristas y combatir la corrupción.

Colombia está obligada a introducir en su régimen penal, la responsabilidad las personas jurídicas por la comisión de delitos, para poder cumplir los compromisos internacionales mencionados en el numeral 1 del capítulo primero y mejorar sus instrumentos de lucha contra la delincuencia organizada y combatir la corrupción.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional es viable adoptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al interior del ordenamiento jurídico colombiano, aun así, en Colombia, entre causas como la falta de voluntad política, no se ha adoptado la responsabilidad penal las personas jurídicas por la comisión de delitos. Así pues, el país cumple únicamente de manera parcial al consagrar la responsabilidad “administrativa” por soborno transnacional (Ley 1778 de 2016), siendo esta Ley un desarrollo legislativo incompleto y de contenido vago, fruto del apresurado interés del Gobierno pasado para lograr el ingreso del país a la ODCE.

El régimen vigente en Colombia que sanciona administrativamente a algunas personas jurídicas por la no adopción de sistemas de gestión de riesgos asociados a determinadas actividades delictivas (lavado de activos y financiamiento de terrorismo), no es suficiente, y de igual forma no da cumplimiento a los instrumentos internacionales mencionados en el numeral 1 del capítulo primero, siendo que en este caso no se trata de la responsabilidad por la comisión de un delito, siendo esta última, la que exigen los instrumentos internacionales acogidos por Colombia.

Ahora bien, en relación con el tema de la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica, la doctrina en la materia ha entrado a desarrollar el fondo de la culpabilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, demostrando que ésta no constituye un impedimento para su incorporación en las diversas legislaciones

internas de los países. Así pues, la doctrina expone que la culpabilidad se fundamenta sobre la existencia de un déficit de organización o de infracción del debido deber de cuidado.

Unido al anterior postulado, se conecta el hecho de que las personas jurídicas como tal no tienen capacidad de acción ni de omisión, el que puede ejercer control u omitirlo es una persona natural, y esta acción u omisión de la persona natural, es la que entra a ser considerada por la autoridad competente con base en los modelos de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas,

Así pues, se puede afirmar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas que han acogido un gran número de países en sus legislaciones, no obliga a modificar la concepción del delito que sirve de base al Derecho penal vigente, como comportamiento humano típico, antijurídico y culpable, ya que no es ineludible prescindir del comportamiento humano.

Colombia está en mora de adoptar esta figura en los términos consagrados en las convenciones internacionales y compromisos asumidos por el país y el Gobierno Nacional debe insistir ante el Congreso de la República presentando un nuevo proyecto de Ley. En el Anexo No. 1 se hace una propuesta normativa (texto del proyecto de ley con la respectiva exposición de motivos).

De otra parte, se concluye que en Colombia debe existir uniformidad en los instructivos para la gestión de los riesgos penales y en la forma como los supervisores cumplen su función de supervisión con un enfoque basado en riesgo.

Para estos efectos las autoridades deberían acoger los estándares internacionales sobre la materia (sistemas de gestión de *compliance* y supervisión basado en riesgos) y adoptar esquemas de supervisión basados en riesgos.

El “incumplimiento legal” es un riesgo inherente para cualquier organización o persona jurídica, sus administradores o empleados, y por la naturaleza del riesgo legal quienes

están llamados a generar el sistema de protección y gestión de los riesgos legales, no pueden ser otros que los “expertos” en los temas legales, es decir, los responsables de los asuntos legales de la organización: los abogados internos o externos (asesores jurídicos).

La “primera línea de defensa” de los riesgos legales que pueden generar responsabilidades de distinta naturaleza (civil, administrativa, disciplinaria, fiscal, tributaria, penal, etc) para la organización o persona jurídica, sus administradores o empleados, son los abogados de la organización (abogados internos o asesores jurídicos externos).

Son éstos los que deben ser los responsables de que existan en la organización sistemas de prevención de riesgos legales y de asegurar a la organización o persona jurídica, sus administradores o empleados, socios, clientes, mercado y demás grupos de interés (entre los que están las autoridades de control y supervisión y las autoridades judiciales) que los riesgos legales se encuentran bajo control.

Para dicho propósito, es prudente transformar la idea que se tiene del responsable jurídico de una organización, siendo que la función del abogado debe ser una función preventiva, y no por el contrario, la de “apagar incendios” como tradicionalmente se ha visto a los abogados y para lo que son capacitados en las facultades de derecho del país. Así pues, se necesita de abogados que sean capacitados para prevenir y evitar la existencia de estos procesos, es decir, que aseguren el “cumplimiento legal”.

Todas las personas jurídicas que tengan o no la calidad de sujetos obligados, siempre están expuestas a los riesgos penales y no contar con medidas de prevención será interpretado por las autoridades como un incumplimiento a los deberes de diligencia que todo empresario debe tener para mitigar sus riesgos.

Por lo tanto, toda persona jurídica debería contar con un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal que responda a los estándares internacionales sobre la materia y a

las normativas locales o de otros países que le sean aplicables a la respectiva organización.

La Organización Internacional de Estandarización (International Standard Organization – ISO) promovió la elaboración de la Norma ISO 19600 (gestión de *compliance*), norma que con el complemento de las siguientes normas o estándares son hoy la base para el diseño Programas de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Penales:

Norma ISO 37001, “Sistemas de Gestión Anti-Soborno”

España: Norma UNE 19601, “Sistema de gestión de *compliance* penal”

Norma ISO 31000, “Gestión de Riesgos” (adoptada por Colombia mediante la NTC-ISO 31000).

Norma ISO 31010, “Técnicas de Evaluación de Riesgos”.

La 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

Las áreas o gerencias operativas en una organización (primera línea de defensa) no deben ser los responsables de la definición de las políticas y controles legales o jurídicos. No son estas áreas las que definen o determinan las políticas y controles legales (como, por ejemplo, políticas, procedimientos legales para la instrumentación de las operaciones de la organización interpretaciones legales, cláusulas contractuales, relación con las autoridades judiciales o autoridades administrativas encargadas de supervisar el “cumplimiento normativo”).

El gerente legal, o el responsable de los asuntos jurídicos de una organización es y deber ser el responsable de la gestión de los eventos de riesgos legales (y de los asociados a las actividades delictivas) para lo cual son éstos los que definen los “controles legales” que deben aplicar los responsables de la realización de las “operaciones” de la organización (operaciones del objeto social principal o conexo).

El primero que debería ser llamado a responder por la concreción de un eventual riesgo legal, debe ser el gerente legal, o el responsable de los asuntos jurídicos de una organización, si esta situación obedece a la ausencia o deficiencia y de políticas o

controles legales. Su principal razón de ser, o función y objetivo es la gestión y mitigación de los riesgos legales a los que puede estar expuesta la organización.

En este orden de ideas, el responsable de los asuntos jurídicos de la organización, junto con las gerencias operativas deben hacer parte de la primera línea de defensa en la gestión de todos los riesgos legales y, por ende, cumplen un importante rol de la adopción de los sistemas de *compliance* y gestión de riesgos legales (entre ellos los riesgos penales).

Se recomienda a los responsables de los asuntos jurídicos de las organizaciones adoptar programas de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales (Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal), de acuerdo con lo expuesto en la Norma UNE 19601 (Sistema de *Compliance* Penal) y las normas ISO: ISO 19600 (*Sistemas de gestión de compliance. Directrices*), ISO 31000 (*Gestión del riesgo. Principios y directrices y otras normas internacionales sobre modelos de gestión*)

Para estos efectos, se podrán apoyar en la guía para el diseño de un programa de cumplimiento y gestión de riesgos penales en las personas jurídicas y las entidades públicas, que se adjunta a este trabajo y que ha sido elaborada con base en la Norma ISO 19600 (gestión de *compliance*), la Norma ISO 37001, soborno, la Norma española UNE 19601, sistema de gestión de *compliance* penal, la Norma ISO 31000, gestión de riesgos (adoptada por Colombia mediante la NTC-ISO 31000), la Norma ISO 31010, técnicas de valoración de riesgos y las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

BIBLIOGRAFÍA

Recursos electrónicos

Recomendación del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos del año 2000, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de

9 de diciembre de 1999, https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, Mérida (México) del 9 al 11 de diciembre de 2003. https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

Leyes

Ley 1778 de 2016 (Colombia) Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.

Ley 20.393 de 2009 (Chile) Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.

Ley 27401 (Argentina) Régimen de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas por Delitos contra la Administración Pública y por cohecho transnacional.

LEY N° 30424 (PERÚ) Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

Decreto Legislativo n° 1352 (Perú) que amplía la responsabilidad administrativa de las Personas jurídicas.

Artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador).

Artículo 421 de Código Nacional Procedimientos Penales Federal (Mexico).

Ley Orgánica 1 de 2015 (España)

Norma Española UNE 19601 Sistemas de gestión de *compliance* penal
Requisitos con orientación para su uso, comité técnico
CTN 307 *Gestión de riesgos*.

Concepto Consejo de Estado, presidente de la Sala ÁLVARO NAMÉN
VARGAS, CORRUPCION – Concepto / PREVENCIÓN, SANCION Y
COLABORACION EN MATERIA DE ACTOS DE CORRUPCION –
Marco normativo internacional

Estándares Internacionales Sobre la Lucha Contra el Lavado de Activos y el
Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación. Las
Recomendaciones del GAFI, febrero 2012.

Jurisprudencia

C-320 de 1998. Referencia: O.P. 024. Objeciones presidenciales al proyecto de Ley 235/96 Senado-154/96 Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones”. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio treinta (30) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

C-843 de 1999. Referencia: Expediente D-2348. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 26 de la Ley 491 de 1999, “Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el código penal y se dictan otras disposiciones” Temas: El principio de legalidad penal excluye la ambigüedad en la descripción de penas y la indeterminación en los procedimientos. Santa Fe de Bogotá, veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Sentencia nº 154/2016, Ponente José Manuel Maza Martín, Número de Recuerdo 10011/2015, Procedimiento Penal- Apelación Procedimiento Abreviado, Número

de Resolución 154/2016, Fecha de Resolución 29 de febrero de 2016, Emisor Tribunal Supremo-Sala Segunda, de lo Penal.

Sentencia nº 221/2016 Ponente Manuel Marchena Gómez, Número de Recuerdo 1535/2015, Procedimiento Penal- Procedimiento Abreviado/Sumario, Número de Resolución 221/2016, Fecha de Resolución 16 de marzo de 2016, Emisor Tribunal Supremo-Sala Segunda, de lo Penal.

Sentencia nº 516/2016 Ponente Andrés Martínez Arrieta, Número de Recuerdo 1765/2015, Procedimiento Recurso Casación, Número de Resolución 516/2016, Fecha de Resolución 13 de junio de 2016, Emisor Tribunal Supremo-Sala Segunda, de lo Penal.

Sentencia C-616/02, Magistrado Ponente:Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Referencia: expediente D-3860, Norma Acusada: Artículo 41 de la Ley 633 de 2000, Demandantes: Álvaro Edgar Hernández Conde, Bogotá, D. C., 6 de agosto de (2002).

Sentencia C-703/10, Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Referencia: expediente D-8019, Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 32 (parcial), 36 (parcial), 38, 39, 40 (parcial), 43, 44, 45, 46, 47, 48, y 49 de la Ley 1333 de 2009, *“Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones”*, Demandante: Luís Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá D.C., 6 de septiembre de 2010.

Sentencia C-823 de 2004 del Magistrado ponente Álvaro Tafur, Corte Constitucional, Referencia: expediente D-5503, Bogotá D. C., diez (10) de agosto de dos mil cinco (2005).

Sentencia C-200/12, Referencia: expediente D-8682, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7, (parcial) de la Ley 1474 de 2011, por medio de la cual se

adicionó un numeral 5 al artículo 26 de la ley 43 de 1990. Demandante: David Castellanos Carreño, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Libros

Silvina Bacigalupo y Jesús Lizcano, Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción, Colección Estudios no 1, Serie: Análisis Área: Institucionalidad Democrática, Madrid, noviembre de 2013.

Lledó Benito Ignacio, Corporate compliance: La prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables.

Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín. Responsabilidad de la Empresa y Compliance Programas de prevención, detección y reacción penal (2014).

Jesús-María Silva Sánchez, La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” De las personas Jurídicas. 2008.

MEMENTO EXPERTO FRANCIS LEFEBVRE, Reforma Penal, Ediciones Francis Lefebvre Coordinador: ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO (Profesor de Derecho penal y criminología. Universito Pompeu Fabra), · EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A. Santiago de Compostela, 100. 28035 Madrid

Documentos de investigación

Samantha Fonseca Ureña, Responsabilidad penal de la empresa y la moderna - Criminalidad económica en Costa Rica. Apropósito de la Ley No 8630:

"Modificación del Código Penal y la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito", Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho Área de investigación, 13 de noviembre 2009.

Rocio Pérez Gómez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El corporate compliance, Revista de Derecho vLex número 136, septiembre 2015.

D. Jacinto Pérez Arias. Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas. Universidad de Murcia, Departamento de Historia Jurídica y de Ciencias Penales y Criminológicas, 2013.

Documento CONPES 3714 de 2011

Instituto de Auditores Internos (IIA, sigla en inglés) en enero de 2013, expidió la "Declaración de Posición: LAS TRES LINEAS DE DEFENSA PARA UNA EFECTIVA GESTION DE RIESGOS Y CONTROL".

KPMG cutting through complexity, Alain Casanovas, Seria de Cuadernos sobre Cumplimiento Lgela / No. 10, Estándares específicos: la prevención penal. 2013, Pg.

9..[https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Cuadernos Legales N 10.pdf](https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Cuadernos_Legales_N10.pdf).

ANEXOS

Anexo A. Propuesta proyecto de ley de responsabilidad de las personas jurídicas en el Colombia

Anexo B. Listado de entes supervisores y los sistemas de prevención de Laft aplicables a los sujetos obligados a adoptar sistemas de prevención del la/ft

Anexo C. Guía para el diseño de un programa de cumplimiento y gestión de riesgos penales en las personas jurídicas sistema de gestión de compliance penal

Anexo No. 1

**PROPUESTA PROYECTO
DE LEY DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL COLOMBIA**

Exposición de motivos

Tabla de contenido

1.1.	CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO.....	167
1.2.	CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL 169	
1.3.	CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN	170
1.4.	LAS RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI)	170
2.	COLOMBIA FRENTE A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN LA MATERIA:	173
2.1.	CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL – PALERMO 2000	173
2.2.	CONVENCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN MERIDA DE 2003.....	174
2.3.	RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI), NOTA INTERPRETATIVA RECOMENDACIÓN 3. DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS	176
2.4.	CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO 1999 .	177
3.	DELITOS ESTABLECIDOS EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y DE LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI:	179
3.1.	DELITOS ESTABLECIDOS EN LA CONVENCIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN:	179
3.2.	CONVENCIÓN CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS .	184
3.3.	DELITOS QUE CONSAGRA LA CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO 1999.....	189
3.4.	NOTAS INTERPRETATIVAS DE LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI.....	191
3.5.	DERECHO COMPARADO:	196
4.	TIPO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LA COMISIÓN DE DELITOS – RESPONSABILIDAD PENAL O RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.	200
4.1.	ESQUEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA COMISIÓN DE DELITOS:.....	201
4.1.1.	CASO PERUANO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	29
4.1.2.	CASO COLOMBIANO, DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA A RESPONSABILIDAD PENAL	32

4.2.	ESQUEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA:	205
4.2.1.	DERECHO COMPARADO	206
4.2.2.	CASO ESPAÑOL	210
5.	RESPONSABILIDAD PENAL O ADMINISTRATIVA - AUTORIDAD COMPETENTE PARA ADELANTAR EL PROCESO E IMPONER LA SANCIÓN:	211
6.	LAS LEYES DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DEBEN IR DE LA MANO CON LA INSTAURACIÓN DE MODELOS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (<i>COMPLIANCE PENAL</i>).	213
6.1.	ELEMENTOS O REQUERIMIENTOS BÁSICOS DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y AUTORIDAD COMPETENTE PARA EXPEDIR EL INSTRUCTIVO DEL PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE PENAL</i>	141
6.2.	RÉGIMEN DE EXIMENTE, ATENUANTES O AGRAVANTES DE RESPONSABILIDAD	140
6.2.1.	DERECHO COMPARADO	217
6.3.	CERTIFICACIÓN DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN O CUMPLIMIENTO	223
6.3.1.	LEGISLACIÓN CHILENA	223
6.4.	¿PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO ÚNICAMENTE PARA SUJETOS OBLIGADOS?.....	225
7.	DETERMINACIÓN DE LAS PENAS O MEDIDAS ADMINISTRATIVAS	225
8.	NORMAS PROCEDIMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	228
9.	PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO O “ <i>COMPLIANCE PENAL</i> ” PARA EL SECTOR PÚBLICO	228

INTRODUCCIÓN

Este documento tiene por objeto recoger los motivos por los cuales Colombia debe adoptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el fin de cumplir con los estándares y compromisos internacionales y para mejorar los instrumentos de lucha contra la delincuencia organizada, organizaciones terroristas y para combatir la corrupción.

1. Estándares internacionales:

La responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos ha sido considerada por las Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas como una de las herramientas de lucha contra las actividades delictivas. En la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la corrupción (2003, en la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (2000) y sus protocolos y en la Convenio para la represión de la financiación del Terrorismo (1999) se solicita a los

países consagrar en sus regulaciones internas la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos a los que hace referencia estas Convenciones. Así mismo, en las notas interpretativas tres de la Recomendación tres (3) del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), también sugiere incluir en las normas internas esta responsabilidad por la comisión del delito de lavado de activos.

Estas Convenciones y las Notas Interpretativas de las Recomendaciones 3 y 5 del GAFI consagran la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de todos estos delitos en la siguiente forma:

1.1. CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

La Convención para la represión de la financiación del terrorismo fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 y abierta a la firma el 10 de enero de 2000. El cual tuvo su entrada en vigor el 10 de abril de 2002. Dicha Convención introduce la responsabilidad de las personas jurídicas en el artículo 5 por la comisión de los delitos que se enuncian en el artículo 2.

“Artículo 5

1. Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, **adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica** ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, **cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2.** Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa.

2. Se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos.

3. Cada Estado Parte velará en particular por que las entidades jurídicas responsables de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Tales sanciones podrán incluir sanciones de carácter monetario”.

“Artículo 2

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

1. a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2. a) Al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al presente Convenio, un Estado que no sea parte en alguno de los tratados enumerados en el anexo podrá declarar que, en la aplicación del presente Convenio a ese Estado Parte, el tratado no se considerará incluido en el anexo mencionado en el apartado a) del párrafo 1. La declaración quedará sin efecto tan pronto como el tratado entre en vigor para el Estado Parte, que notificará este hecho al depositario;

b) Cuando un Estado Parte deje de serlo en alguno de los tratados enumerados en el anexo, podrá efectuar una declaración respecto de ese tratado con arreglo a lo previsto en el presente artículo.

3. Para que un acto constituya un delito enunciado en el párrafo 1, no será necesario que los fondos se hayan usado efectivamente para cometer un delito mencionado en los apartados a) o b) del párrafo 1.

4. Comete igualmente un delito quien trate de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo.

5. Comete igualmente un delito quien:

1. a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo;

2. b) *Organice la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo o dé órdenes a otros de cometerlo;*
3. c) *Contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencionada y hacerse:*

i) Ya sea con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo; o

ii) Ya sea con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo”.

1.2. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

En diciembre de 2000, se suscribió en Palermo (Italia) la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual marcó un hito en el fortalecimiento de la lucha contra la delincuencia organizada. Puesto que, si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley.

Dicha Convención consagra en el artículo 10 la responsabilidad de las personas jurídicas como herramienta de los estados contra la delincuencia organizada transnacional.

“Artículo 10 Responsabilidad de las personas jurídicas

*1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin **de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves** en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, **así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.***

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”.

1.3. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Convención de la Organización de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003, constituye un instrumento que hace frente al flagelo de la corrupción a escala mundial dejando claro que la comunidad internacional está decidida a impedir la corrupción y a luchar contra ella, la Convención introduce normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para fortalecer sus regímenes jurídicos y reglamentarios. Siendo una de estas, la responsabilidad de las personas jurídicas, estipulada en el artículo 26 de la Convención.

“Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de **establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.**

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”.

1.4. LAS RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI)

Las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) tienen como propósito, “fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional. En colaboración con otras partes

involucradas a nivel internacional, el GAFI también trata de identificar vulnerabilidades a nivel nacional para proteger el sistema financiero internacional de usos indebidos”. En relación la responsabilidad de las personas jurídicas en las notas interpretativas 3 y 5, se expresa lo siguiente:

- **NOTA INTERPRETATIVA DE LA RECOMENDACIÓN 3 (DELITO DE LAVADO DE DINERO O DE ACTIVOS)**

“7. Los países deben asegurar que:

(c) Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad penal y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales de derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas”.

- **NOTA INTERPRETATIVA DE LA RECOMENDACIÓN 5. (DELITO DE FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO)**

“8. Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales de derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas”.

1.1.1. Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

Adicionalmente, es de mencionar a la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)**, fundada en 1961 conformada por 36 países miembros, la cual tiene como misión principal promover políticas que propendan por el bienestar económico y social de las personas⁶⁶, adopto el 21 de noviembre de 1997, por medio de la Conferencia Negociadora, la **Convención para Combatir el**

⁶⁶ <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, resaltando que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, así como el papel de los distintos gobiernos para prevenir la instigación al soborno por parte de personas y empresas en este tipo de transacciones comerciales, dicha convención consagra igualmente la responsabilidad de las personas jurídicas o morales, en su artículo número dos, así como también hace mención en el comentario 20 y en el anexo 1.

“Artículo 2 Responsabilidad de las personas morales

Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero”.

“Comentario 20

En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales; no deberá requerírsele a esa Parte que establezca ese tipo de responsabilidad penal”.

“Anexo I:

Guía de Buenas Prácticas para Aplicar Artículos Específicos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

Teniendo en cuenta los hallazgos y las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales en su programa de seguimiento sistemático para supervisar y promover la aplicación plena de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (la Convención Anti cohecho de la OCDE), como lo exige el Artículo 12 de la Convención, la práctica adecuada sobre aplicar plenamente artículos específicos de la Convención ha evolucionado como sigue:

B) Artículo 2 de la Convención Anticohecho de la OCDE: responsabilidad de las personas morales

Los sistemas de los países miembros para la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no

deben limitar la responsabilidad a los casos en que las personas o la persona física que cometieron el delito sean procesadas y condenadas.

Los sistemas de los países miembros para la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales deben tomar uno de los siguientes enfoques:

2. (a) el nivel de autoridad de la persona cuya conducta provoca la responsabilidad de la persona moral es flexible y refleja la amplia variedad de sistemas para la toma de decisiones en las personas morales; o
3. (b) el enfoque es equivalente en términos funcionales al precedente, aunque esté sólo es provocado por actos de personas con la autoridad directiva de más alto nivel, porque los siguientes casos están comprendidos:
 - Una persona con la autoridad directiva de más alto nivel ofrece, promete o da un soborno a un servidor público extranjero;
 - Una persona con la autoridad directiva de más alto nivel ordena o autoriza a una persona de nivel más bajo que ofrezca, prometa o dé un soborno a un servidor público extranjero, y
 - Una persona con la autoridad directiva de más alto nivel no logra evitar que una persona de nivel más - bajo soborne a un servidor público extranjero, por ejemplo, fallando al supervisarlo o mediante el fracaso para implementar controles internos adecuados, medidas o programas de ética y cumplimiento”.

2. Colombia frente a los estándares internacionales en esta materia:

Ahora bien, es del caso realizar un análisis puntal sobre cual es la situación actual de Colombia, frente a su cumplimiento de los principales instrumentos internacionales en el tema de responsabilidad de las personas jurídicas, así pues se evidencia lo que se expone a continuación:

2.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional – Palermo 2000

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional – Palermo 2000	Legislación de Colombia:
--	--------------------------

<p>La convención en su Artículo 10 habla de la obligación de <u>establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.</u></p> <p>Así mismo establece que dicha responsabilidad <u>de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.</u></p> <p>Exige que se trate de una responsabilidad autónoma, de la responsabilidad de <u>las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.</u></p> <p>Así como, que se debe propender por que se impongan sanciones penales o no penales, eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias.</p>	<p>No se observa en la legislación penal de Colombia, norma que sancione a las personas jurídicas por la comisión de los delitos cubiertos por la Convención de Palermo 2000.</p> <p>Así como tampoco se ha establecido una responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, ya sea de índole penal, civil o administrativa, por lo que tampoco se han consagrado en la legislación interna las sanciones aplicables a personas jurídicas por la comisión de delitos.</p>
---	--

2.2. Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción Merida de 2003

<p>Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Merida de 2003</p>	<p>Legislación de Colombia:</p>
<p>La presente Convención en el Artículo 26 consagra la obligación de <u>establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.</u> También establece que puede <u>ser de índole penal, civil o administrativa.</u></p> <p><u>Debe tratarse de una responsabilidad autónoma a la responsabilidad de las</u></p>	<p>No se observa en la legislación penal de Colombia, norma que sancione a las personas jurídicas por la comisión de los delitos cubiertos por la Convención de Mérida 2003, ni una responsabilidad autónoma penal, civil o administrativa, a las personas jurídicas por estos delitos, como tampoco se observan las sanciones imponibles a estas.</p>

<p><u>personas natural que haya cometido los delitos.</u></p> <p>Y por último Estado debera imponer sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, <u>a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo a dicha convención.</u></p>	<p>La Ley 1778 de 2016, establece responsabilidad administrativa de la persona jurídica por delitos de corrupción transnacional, con el propósito de cumplir con los requerimientos de la OCDE</p>
---	--

En el artículo 91 de la Ley 904 Código de Procedimiento Penal colombiano, en el que **se consagran unas penas accesorias a la persona jurídica, dentro del proceso penal que se adelante contra las personas naturales investigadas por la comisión de delitos.**

Artículo por medio del cual, en cualquier momento y antes de presentarse la acusación, el juez de garantías podrá ordenar a la autoridad competente para que proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos de la persona jurídica, en el evento en que existan motivos fundados que permitan inferir que estos se han dedicado al desarrollo de actividades delictivas.

Igualmente, se consagra que dicha suspensión puede mudar y derivar en la cancelación de la personería jurídica, en la sentencia condenatoria, cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

Ahora bien, **es de resaltar que, aunque por medio de este artículo sea posible la imposición de penas accesorias a la persona jurídica, como la suspensión y cancelación de la personería jurídica, no significa que mediante el señalado artículo se instaure en Colombia la responsabilidad penal de la persona jurídica.**

Más aun, cuando **los instrumentos internacionales en la materia exigen que se trate de una responsabilidad autónoma a la responsabilidad penal** que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

Las Convenciones de las Naciones Unidas desarrolladas con anterioridad estipulan que se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos y de igual forma las Notas Interpretativas de las Recomendaciones 3 y 5 del GAFI consagran que se debe tratar de una responsabilidad autónoma, al mencionar que estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales.

De otra parte, es de resaltar que la Ley 1778 de 2016, buscó incorporar dicha exigencia de una responsabilidad autónoma, mediante el Artículo 35 de la citada Ley, referente a las Medidas contra personas jurídicas, y por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, procediendo a quedar de la siguiente forma.

Artículo 34. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente (...).

Así pues, se establece la posibilidad de que las medidas del artículo 91 del Código de Procedimiento penal se apliquen a las personas jurídicas que haya buscado beneficiarse, con independencia a la responsabilidad las personas físicas, únicamente para los delitos contra la administración pública o relacionados con el patrimonio público.

Pero aun cuando el anterior artículo, permite que se apliquen dichas medidas independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, ni las penas accesorias del artículo 91 Código de Procedimiento Penal, ni el modificado artículo 34 de la Ley 1474, cumplen con las exigencias de las Convenciones de las Naciones Unidas, ratificadas por Colombia, puesto que estas se dan al interior de un proceso penal en contra de una persona natural, lo que presupone la existencia de uno y, por lo contrario, lo que buscan los instrumentos internacionales es que se pueda adelantar un proceso de responsabilidad de la persona jurídica, con independencia de la situación de las personas naturales involucradas, principalmente para cuando no haya sido posible dirigir la acción penal contra la personas natural.

2.3. Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), Nota Interpretativa Recomendación 3. Delito de lavado de activos

<p>Nota Interpretativa Recomendación 3. <u>Delito de lavado de activos</u></p>	<p>Legislación de Colombia:</p>
<p>La Nota Interpretativa expone que los países deben asegurar que se aplique a las personas jurídicas responsabilidad y sanciones penales, civiles o administrativas, según lo permita los principios fundamentales de derecho interno.</p> <p><u>Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales.</u> Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas.</p>	<p>No se observa en la legislación de Colombia, norma que sancione a las personas jurídicas por la comisión de los delitos de lavado de activos y sus delitos determinantes.</p>

2.4. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo 1999

<p>Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo 1999</p>	<p>Legislación Colombia:</p>
<p><i>Artículo 5</i></p> <p><i>1. Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda <u>establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su</u></i></p>	<p>No se observa en la legislación penal de Colombia, norma que sancione a las personas jurídicas por la comisión de los delitos cubiertos por la Convención para la Represión de la Financiación del Terrorismo 1999.</p> <p>Así como tampoco se ha establecido <i>una responsabilidad autónoma de las personas</i></p>

<p><u>dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa.</u></p> <p>2. <u>Se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos.</u></p> <p>3. <u>Cada Estado Parte velará en particular por que las entidades jurídicas responsables de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 supra estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Tales sanciones podrán incluir sanciones de carácter monetario</u></p>	<p><i>jurídicas</i>, ya sea de índole penal, civil o administrativa, por lo que tampoco se han consagrado en la legislación interna las sanciones aplicables a personas jurídicas por la comisión de delitos.</p>
---	---

Actualmente la legislación interna de Colombia, está incumpliendo con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, siendo que, en primer lugar, no cuenta con un esquema propiamente dicho de responsabilidad de personas jurídicas por los delitos mencionados en los citados documentos en ninguna de las leyes que integran su ordenamiento jurídico.

No se consagra en Colombia una responsabilidad de la persona jurídica para los delitos que integra la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional – Palermo 2000 y tampoco se estipula la responsabilidad por los delitos a los que hace referencia la Convención contra la Corrupción Merida de 2003, **solo se ha consagrado la responsabilidad administrativa por la comisión de delitos de corrupción transnacional** y, por ende, está incumpliendo con las convenciones internacionales ratificadas por el Estado, ya que la responsabilidad de personas jurídicas solo la consagra de naturaleza civil, únicamente por el hecho propio, y solamente responsabilidad de las personas jurídicas de manera subsidiaria para todos los delitos y de carácter solidaria para algunos delitos relacionados con la corrupción.

Se observa un incumplimiento de la Convención Internacional para la represión de la financiación del Terrorismo 1999, y de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las UN, toda vez que tampoco existe

la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos a los que hace referencia esta convención.

En la nota interpretativa de la recomendación cinco (5), de las Recomendaciones del GAFI que trata del delito de financiamiento del terrorismo; exige que se trate de una responsabilidad autónoma de la responsabilidad de la persona natural, y en la legislación colombiana no hace referencia a una responsabilidad autónoma, puesto que se trata de una medida que se puede tomar solo en el marco de un proceso penal de una persona natural, tratándose de una pena accesoria, con lo cual no se está dando cumplimiento a lo exigido por la Convención.

Con base en lo anterior, se puede concluir que Colombia debe expedir una Ley de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos a los que hacen referencia los documentos mencionados en este numeral que le permita cumplir con todo lo exigido por los estándares internacionales, y que le permita luchar de manera integral contra estas actividades delictivas y combatir la corrupción.

3. Delitos establecidos en las convenciones internacionales de la Organización de las Naciones Unidas y de las Recomendaciones del GAFI:

En primero lugar, se debe establecer que delitos se deben incluir en la ley de responsabilidad de las personas jurídicas, para cumplir con las tres convenciones internacionales de Naciones, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo 1999 y las Notas Interpretativas tres (3) y cinco (5) del las Recomendaciones Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

3.1. Delitos establecidos en la Convención contra la Corrupción:

<i>Artículo</i>	15.	Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actué o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus
<i>Soborno de funcionarios públicos nacionales</i>	<i>de</i>	

		funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actué o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.
<i>Artículo</i>	16.	1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales. 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.
<i>Artículo</i>	17.	Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público
<i>Artículo</i>	18. Tráfico	Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas

<i>de influencias</i>	<p>legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <p>a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;</p> <p>b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.</p>
<i>Artículo 19. Abuso de funciones</i>	<p>Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.</p>
<i>Artículo 20. Enriquecimiento ilícito</i>	<p>Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.</p>
<i>Artículo 21. Soborno en el sector privado</i>	<p>Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:</p> <p>a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio</p>

	<p>provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actué o se abstenga de actuar;</p> <p>b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actué o se abstenga de actuar.</p>
<p><i>Artículo 22. Malversación o peculado de bienes en el sector privado</i></p>	<p>Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.</p>
<p><i>Artículo 23. Blanqueo del producto del delito</i></p>	<p>1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <p>a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;</p> <p>ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;</p> <p>b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:</p> <p>1. i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;</p>

	<p>2. ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.</p> <p>2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:</p> <p>a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;</p> <p>b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;</p> <p>c) A los efectos del apartado b) <i>supra</i>, entre los delitos determinantes se incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;</p> <p>d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;</p> <p>e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplican a las personas que hayan cometido el delito determinante.</p>
<p>Artículo Encubrimiento</p>	<p>24. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 de la presente Convención, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas</p>

	legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente tras la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención pero sin haber participado en ellos, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
<i>Artículo 25. Obstrucción de la justicia</i>	<p>Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <p>a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;</p> <p>b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente artículo menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.</p>

3.2. Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos

Artículo 3. Ámbito de aplicación

1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de:

- a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y
- b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención;

cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

<p>Artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado</p>	<p>1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <p>a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado; 2. ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: <ol style="list-style-type: none"> 1. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; 2. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita; <p>b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.</p> <p>2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.</p> <p>3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados</p>
--	--

	<p>con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.</p>
<p><i>Artículo</i> 6. Penalización del blanqueo del producto del delito</p>	<p>1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <p>i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;</p> <p>ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;</p> <p>b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; 2. ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de

	<p>su comisión.</p> <p>2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:</p> <p>a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;</p> <p>b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;</p> <p>c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;</p> <p>d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de éstas;</p> <p>e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;</p> <p>f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como</p>
--	--

	<p>elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.</p>
<p><i>Artículo</i> 8. <i>Penalización de la</i> <i>corrupción</i></p>	<p>1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <p>a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actué o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;</p> <p>b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actué o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.</p> <p>2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.</p> <p>3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.</p> <p>4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por “funcionario público” se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función.</p>

<p><i>Artículo 23. Penalización de la obstrucción de la justicia</i></p>	<p>Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente Convención; b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente apartado menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.
<p>Delitos graves</p>	<p><u>Artículo 10: "Por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado"</u></p> <p><i>Artículo 2 Definiciones</i></p> <p>Para los fines de la presente Convención:</p> <p>b) Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;</p>

3.3. Delitos que consagra el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo 1999

<p>Artículo 2 párrafo 1</p>	<p>1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que</p>
-----------------------------	--

serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

1. a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;

Anexo

1. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970.

2. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.

3. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973.

4. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.

5. Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, aprobada en Viena el 3 de marzo de 1980.

6. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.

7. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.

8. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de

	<p>las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.</p> <p>9. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997.</p>
Artículo 2 párrafo 1	b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo
Artículo 2 párrafo 4	Comete igualmente un delito quien trate de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo.

3.4. Notas interpretativas de las Recomendaciones del GAFI

Recomendación 3. Delito de lavado de activos

Parágrafo 1. Lavado de Activos	1. Los países deben tipificar el lavado de activos con base en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988 (la Convención de Viena) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, 2000 (la Convención de Palermo).
Parágrafo 2 y 3. Delitos Determinantes del Lavado de Activos	<p>2. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la gama más amplia de delitos determinantes. Los delitos determinantes se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques.</p> <p>3. Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos</p>

	<p>determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de un año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionables con una pena mínima de más de seis meses de privación de libertad.</p>
--	---

Recomendación 5. Delito de financiamiento del terrorismo

<p>Financiamiento del terrorismo</p>	<p>1. La Recomendación 5 fue desarrollada con el objetivo de asegurar que los países contaran con la capacidad legal para procesar y aplicar sanciones penales a las personas que financien el terrorismo. Dada la estrecha conexión entre el terrorismo internacional y, entre otros, el lavado de activos, otro objetivo de la Recomendación 5 es hacer énfasis en este vínculo al obligar a los países a incluir los delitos de financiamiento del terrorismo, los delitos de terrorismo descritas en todas las Convenciones contra terrorismo, como delitos determinantes para el lavado de activos.</p>
---	--

Con base, en las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas y las Notas Interpretativas de las Recomendaciones del GAFI, anteriormente desarrolladas, se evidencia que para que una Ley de responsabilidad de personas jurídicas cumpla con los estándares internacionales, debe como mínimo incluir como delitos, por los que puede entrar a responder una persona jurídica, los delitos que consagran dichos instrumentos internacionales.

Así pues, la Convención contra la Corrupción, establece unos de delitos de tipificación obligatoria y unos de tipificación facultativa:

Es de tipificación obligatoria

- Art. 15. Soborno de funcionarios públicos nacionales.

- Art.16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.
- Art. 17. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras de desviación de bienes por un funcionario.
- Art. 23. Blanqueo del producto del delito
- Art. 25. Obstrucción de la justicia.
- Art.16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.”*cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales*”.
- Art. 17. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras de desviación de bienes por un funcionario.

Es de tipificación facultativa:

- Art. 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas. En la modalidad en que “*se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales*”.
- Art. 18. El tráfico de influencias.
- Art. 19. Abuso de funciones.
- Art. 20. Enriquecimiento ilícito
- Art. 21. Soborno en el sector privado
- Art. 22. Malversación o peculado de bienes en el sector privado.
- Art. 24. Encubrimiento.

De otra parte, la Convención de la Organización Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, estipula **que deben ser tipificados todos los delitos graves (debiendo ser estos delitos determinantes de lavado de activos) que entrañen la participación de grupos delictivos organizados, actos de corrupción, obstrucción a la justicia,** así como el tipo penal de

blanqueo del producto del delito y el espectro más amplio posible de los delitos determinantes de este, los cuales corresponderán a los delitos graves. La Convención consagra la definición en el artículo 2 de delitos graves *“Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”,* lo que constituye una herramienta para los estados a la hora que establecer cuáles son los delitos determinantes del lavado de activos. De igual forma, la Convención toma en cuenta como delitos determinantes los delitos de corrupción, obstrucción a la justicia y delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Incluirán los delitos cometidos dentro y fuera de la jurisdicción del Estado interesado, cuando el *“acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí”*

En relación el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo 1999, establece que quien provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;

“Anexo

- 1. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970.*
- 2. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.*
- 3. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973.*
- 4. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.*
- 5. Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, aprobada en Viena el 3 de marzo de 1980.*

6. *Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.*

7. *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.*

8. *Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.*

9. *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997”.*

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

La Nota Interpretativa número (3) de las Recomendaciones del GAFI, entró a replicar lo estipulado en las Convenciones, incluyendo el delito de lavado de activos y los delitos determinantes del lavado de activos, pero incorpora un nuevo elemento en su Nota Interpretativa número cinco (5) relacionada con el financiamiento del terrorismo, en busca de que los Estados cuenten con la capacidad legal para procesar y aplicar sanciones penales a la quienes financien el terrorismo, adicionalmente trae como objetivo que los Estados incluyan los delitos de financiamiento del terrorismo como delitos determinantes para el lavado de activos.

En este orden de ideas, una ley que desarrolle la responsabilidad de las personas jurídicas no debe solo incluir, delitos de corrupción, el delito de lavado de activos, sino también los delitos determinantes de este último, los cuales, con base en las Convenciones Internacionales, principalmente se entiende que son los delitos graves, teniendo de guía la definición del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, y los delitos de financiamiento del terrorismo dada su estrecha conexión.

Por lo anterior, para dar cumplimiento a los estándares exigidos por los Convenios internacionales, la ley de responsabilidad de las personas jurídicas que debería expedir el Congreso de Colombia, debe incluir como mínimo la **responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos** de:

- Lavado de activos y sus delitos determinantes (Recomendaciones del GAFI)
- Delitos graves definidos por la Convención de Palermo (Delincuencia organizada)
- Delitos relacionados con la corrupción a los que hace referencia la Convención de Mérida
- De los delitos relacionados con el terrorismo y la financiación del terrorismo

Incluyéndose así, tipos penales como los siguientes:

10. Soborno de funcionarios públicos nacionales.
11. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.
12. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras de desviación de bienes por un funcionario.
13. Blanqueo del producto del delito
14. Obstrucción de la justicia.
15. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.
16. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras de desviación de bienes por un funcionario.
17. Financiamiento del terrorismo
18. Delitos graves definidos por la Convención de Palermo (Delincuencia organizada)

3.5. Derecho comparado:

En los cuadros que se transcriben a continuación se podrá apreciar los delitos incluidos por algunos países que han regulado este tema.

Chile Ley 20393	<ul style="list-style-type: none"> - Lavado de activos - Financiamiento del terrorismo - Delitos de cohecho
Argentina Ley 27401	<ul style="list-style-type: none"> - Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal - Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas - Concusión - Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

	<ul style="list-style-type: none"> - Balances e informes falsos agravados
Ecuador Artículo 49 del código Orgánico Integral Penal	<ul style="list-style-type: none"> - Cualquier delito tipificado en el Código, siempre que se cumplan las siguientes circunstancias: <ul style="list-style-type: none"> • Que el delito cometido tenga la finalidad de generar beneficio propio a la persona jurídica o a sus asociados • Que el delito provenga de la acción u omisión de cualquiera de los agentes enunciados.
Perú Ley N 30424 y D. Leg 1352	<ul style="list-style-type: none"> - Cohecho trasnacional, doméstico - Lavado de activos - Financiación del terrorismo
Mexico Artículo 421 código Nacional Procedimientos Penales Federal	Las personas morales o jurídicas serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos y, en su caso, de la tentativa de los primeros, <u>todos previstos en el código, y en las leyes especiales del fuero común.</u>
Francia Codigo Penal Ley nº 2016/1691	<ul style="list-style-type: none"> - Homicidio imprudente (Art. 221-7) - Lesiones imprudentes (Art. 222-21) que tengan lugar dentro de accidentes de trabajo - Tráfico de drogas (Art. 222-42), - Experimentos llevados a cabo con personas (Art. 223-9); - Delitos de discriminación (Art. 225-4); - Delitos de prostitución (Art. 225-12); - trabajos en condiciones inhumanas (Art. 225-16) - Calumnia (Art. 226-12) - Hurto (Art. 311-16) Robo con amenazas (Art. 312-5) - Estafa (Art. 313-9) - Administración desleal (Art.314-2) - Daños (Art. 322-17) - Acciones de terrorismo (Art. 422-5)

	<ul style="list-style-type: none"> - Ataques contra la autoridad del Estado (Art.431-20) Corrupción (Art. 433-25)
<p>España Ley Orgánica 1/2015</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Trata de seres humanos - Tráfico / trasplante ilegal de órganos humanos - Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores - Descubrimiento y revelación de secretos - Estafa - Insolvencias punibles - Daños informáticos - Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores - Blanqueo de capitales - Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social - Tráfico ilegal /inmigración clandestina de personas - Delitos contra la ordenación del territorio - Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente - Establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos - Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes - Delitos de riesgo provocados por explosivos - Delitos contra la salud pública :tráfico de drogas - Falsificación : tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje - Cohecho - Tráfico de influencias - Corrupción en las transacciones comerciales internacionales - Financiamiento del terrorismo - Contrabando

En el derecho comparado en las legislaciones sobre la materia, de distintos países de Latinoamérica y Europa, se evidencia en algunas de ellas un catálogo amplio de tipos penales, tal como es el caso de la legislación española mediante la Ley Orgánica 1/2015, la cual consagra una diversidad de tipos penales por los que puede entrar a responder una persona jurídica.

Del mismo modo la legislación francesa optó por un amplio catálogo de delitos, consagrando como delitos sobre los cuales se puede condenar penalmente a una persona jurídica, los siguientes: *Homicidio imprudente (Art. 221-7), lesiones imprudentes (Art. 222-21) que tengan lugar dentro de accidentes de trabajo, tráfico de drogas (Art. 222-42), experimentos llevados a cabo con personas (Art. 223-9), delitos de discriminación (Art. 225-4), delitos de prostitución (Art. 225-12), trabajos en condiciones inhumanas (Art. 225-16), calumnia (Art. 226-12), hurto (Art. 311-16) Robo con amenazas (Art. 312-5), estafa (Art. 313-9), administración desleal (Art.314-2), daños (Art. 322-17), acciones de terrorismo (Art. 422-5), ataques contra la autoridad del Estado (Art.431-20), corrupción (Art. 433-25).*

Cubriendo espectro un más amplio de tipo penales la legislación de Ecuador en el Artículo 49 del código Orgánico Integral Penal, estipula que una persona jurídica puede ser responsable penalmente por *cualquier delito tipificado en el Código, siempre que se cumplan dos circunstancias: que el delito cometido tenga la finalidad de generar beneficio propio a la persona jurídica o a sus asociados y que el delito provenga de la acción u omisión de cualquiera de los agentes enunciados.* Pero se observa que hay países que han preferido introducir en sus legislaciones exclusivamente los delitos de *lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho,* como es el caso de Chile con la Ley 20393 del 2009.

Colombia debe regular en un mismo momento y en la misma Ley como mínimo todos los delitos que consagran las convenciones de Naciones Unidas y las Recomendaciones del GAFI en sus Notas Interpretativas tres y cinco, siendo que, tal como le ha ocurrido a algunos países, donde han tenido, con posterioridad, entrar a regular nuevamente un espectro más amplio de delitos, siendo que a la hora de enfrentarse a evaluaciones internacionales, se ha encontrado que no cumplen con los estándares; como es el caso de Perú, donde inicialmente se reguló únicamente para el delito de cohecho activo transnacional, pero se encuentran ratificados por Perú los principales instrumentos internacionales en materia de lucha contra la corrupción, tales como la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo; por lo que de igual forma le era exigible a Perú regular la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas por su participación en los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, sin perjuicio de la responsabilidad penal a las personas naturales que los hayan cometido.

Así mismo, conforme al compromiso de Perú desde el año dos mil, frente a las Recomendaciones tres (3) y cinco (5) del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y sus respectivas notas interpretativas, se debió asegurar que se aplique a las personas jurídicas involucradas en los delitos de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo. Por lo anterior, el Gobierno peruano se vio en la obligación de expedir el Decreto Legislativo N° 1352 ampliando el marco de tipos penales, por los que puede responder una persona jurídica.

De igual forma, Colombia se encuentra actualmente en la misma situación, con la Ley 1778 de 2016 solo consagra responsabilidad para actos de corrupción transnacional, por lo que es predecible que al momento de ser evaluados internacionalmente se va a dar la observación de incumplimiento del país por no incluir la responsabilidad de personas jurídicas por los otros delitos cubiertos por las citadas convenciones y estándares internacionales.

El gobierno colombiano, con el fin de subsanar los vacíos de la actual legislación, presentó Congreso de la República proyecto de Ley de responsabilidad de las personas jurídicas, por los delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada y por todos aquellos delitos que afecten el patrimonio público, sin embargo, este proyecto fue archivado en el Congreso de la República, en la anterior legislatura.

En conclusión y en concordancia con lo anteriormente expuesto se evidencia que cada Estado es autónomo de establecer un listado más extenso de tipos penales, incluyendo como mínimo los delitos que consagran las tres Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas y las notas interpretativas tres y cinco de las Recomendaciones del GAFI. Es viable y recomentable establecer un marco aun más amplio de delitos, lo que permita una lucha aun mas eficiente contra las actividades criminales que estén afectando en forma grave al país.

Ahora bien, se recomienda que Colombia incluya todos los delitos que estén cubiertos en las Convenciones y en las Recomendaciones del GAFI.

Así pues, el articulado objeto del Proyecto de Ley propuesto, se incluirán estos delitos.

4. Tipo de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos – Responsabilidad Penal o Responsabilidad Administrativa.

Una de las dificultades más grandes que se encuentra referente a la discusión que afrontan o afrontaron los diferentes países al momento de decidir qué tipo de responsabilidad de la persona jurídica incorporar a su legislación interna, es la del postulado que hace parte de la tradición jurídica de varios países, de que la persona jurídica no delinque "*Societas delinquere non potest*", y se ha convertido en una dificultad para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es por esto, y atendiendo a que los esquemas jurídicos y tradiciones jurídicas son diferentes en cada Estado, que los instrumentos

internacionales permiten que estos acojan un esquema de responsabilidad penal o administrativa, dependiendo del régimen existente en el país.

De cara a la discusión de si puede existir o no responsabilidad de las personas jurídicas, cada país tiene autonomía frente a la materia, pero a título de ejemplo, es enriquecedor citar esquemas como el español y varios países latinoamericanos tales como Argentina, Chile, México, Ecuador, entre otros, donde existía plena aplicación del principio "*Societas delinquere non potest*", y donde fue analizada esta situación y son países donde actualmente se encuentra superado este debate.

"En la actualidad, se puede afirmar que los tradicionales impedimentos dogmáticos para incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas (capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y la pena privativa de libertad) han encontrado en la doctrina respuestas adecuadas para ser superadas y no constituir en la actualidad un obstáculo, tal y como muestra el estudio de las legislaciones y doctrina comparada llevada a cabo. En este sentido, si se opta por la incorporación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho sancionador (ius puniendi) ya sea como responsabilidad penal o administrativa, el respeto de los principios rectores de la imputación de un ilícito en ambos sectores han de ser los mismos, como también surge del estudio de la doctrina y jurisprudencia comparada.

Así, la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas independiente de la responsabilidad penal de la de las personas físicas que actúan en su nombre debe ser concebida desde el escrupuloso respeto de los principios rectores de la imputación en el Derecho penal y con absoluto respeto a todas las garantías que limitan en general el ius puniendi del Estado: desde el principio de legalidad y culpabilidad hasta la totalidad de las garantías rectoras del proceso penal de los principios in dubio pro reo, ne bis in idem, tutela judicial efectiva, etc.

Solo desde estos puntos de partida se podrá lograr una legislación efectiva, proporcionada y disuasoria"⁶⁷.

⁶⁷ Licenciada Silvana Bacigalupo Saggese y Jesús Lizcano. Madrid, noviembre de 2013. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Colección Estudios no 1, Serie Análisis, Área Institucionalidad Democrática. Pg. 78.

4.1. Esquema de responsabilidad administrativa por la comisión de delitos:

Se evidencia que los estándares internacionales admiten que haya un esquema de responsabilidad administrativa, pero es de vital importancia aclarar que las convenciones hacen referencia a un esquema de responsabilidad jurídica administrativa, **pero por el hecho de que una persona jurídica cometa un delito**, es decir, **que en el caso de que prexista un régimen administrativo preventivo que dé lugar a que se pueda imponer responsabilidad administrativa por el hecho de presentarse fallas en los esquemas preventivos, ajena a la circunstancia de que se haya cometido o concretado o no un delito, este tipo de responsabilidad administrativa no cumple con los requerimientos de las convenciones**. Con base, en lo anterior es de resaltarse que para que un país, que decide optar por una responsabilidad administrativa de la persona jurídica, cumpla con los requerimientos de las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas, debe incluir en su legislación una responsabilidad administrativa, distinta de la responsabilidad por faltas en la prevención, y debe instaurar una responsabilidad por el hecho de la comisión de un delito.

Por lo que se puede hablar de tres eventos de este tipo de responsabilidad:

1. Este tipo de responsabilidad **será solo aplicable cuando se haya presentado la comisión de un delito**, no aplica por el solo hecho de un incumplimiento de las normas administrativas.
2. **Delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, o en su beneficio directo o indirecto**, por sus representantes legales o por aquellos **que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica. Responsabilidad por transferencia (Vicarial) la persona natural o física integrada en la organización transfiere parte de la responsabilidad** de sus actos a la persona jurídica o moral.
3. **Delitos cometidos**, por quienes, estando sometidos a la autoridad (representante legal o autorizados a tomar decisiones), han podido realizar los hechos **por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso**. Responsabilidad por Hecho Propio.

Siendo estos eventos de responsabilidad con los cuales se da cumplimiento a la responsabilidad de personas jurídicas, que puede ser de tipo administrativa, a la que hacen referencia los estándares internacionales. Y se diferencia claramente de los **eventos de la responsabilidad administrativa (de carácter preventivo) por el incumplimiento de las normas administrativa**.

- La responsabilidad administrativa se origina a cargo de la persona jurídica o personas naturales vinculadas a ella, **no por la comisión de los delitos que se busca prevenir, sino por el incumplimiento de las normas administrativas**
- Se aplica a la imposición de sanciones administrativas los **procedimientos y principios del derecho administrativo.**
- Los supervisores deben y pueden imponer las **medidas administrativas independientemente de que se haya incurrido o no en los delitos** que las normas administrativas buscan prevenir.
- La imposición de sanciones administrativas de enfoque preventivo **es independiente de la responsabilidad penal de la persona jurídica o natural.**

Así pues, diversos países han optado con un esquema de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas como lo son Colombia, Perú, entre otros.

4.1.1. Caso peruano de responsabilidad administrativa por la comisión de delitos

En relación a la posibilidad de que un Estado decida introducir una responsabilidad de tipo administrativa, es prudente traer a colación el caso de la legislación peruana, puesto que Perú decidió optar por un esquema de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

Mediante el Decreto Legislativo N° 1352 se establece la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por: socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias, la persona natural que, estando sometida a la autoridad y control, la persona natural, cuando las personas mencionadas han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control.

Aun cuando, optó por este esquema de responsabilidad se encuentra que en dicho Decreto Legislativo, **la institución pública encargada de formalizar la investigación preparatoria es la Fiscalía**, solo debiéndose contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV y de igual forma, **es un juez del Poder Judicial quien puede disponer de las medidas administrativas aplicables y complementarias que se consagran**; por lo que se evidencia que **aunque el régimen jurídico interno llevará a la consagración de una responsabilidad de tipo administrativa, no es una entidad de carácter administrativa la llamada a cumplir con dicha función**, sino que son los fiscales y jueces los funcionarios capacitados y habilitados por la legislación interna, y la entidad administrativa Superintendencia del Mercado de Valores – SMV únicamente facultada para emitir el informe técnico con calidad de pericia institucional, y que constituye un requisito de procedibilidad para la formalización de la

investigación preparatoria por los delitos contenidos, por medio del cual se analiza la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención.

La entidad administrativa en este caso solo está facultada para sancionar en el caso en que no se cumplan con las normas administrativas que le exigen que debe contar con un sistema de prevención, pero si por el contrario la sanción es por el hecho de que la persona jurídica se encuentra involucrada en la comisión de un delito, la responsabilidad por dichos actos le compete a la Fiscalía y jueces de la Nación.

4.1.2. Caso colombiano, de responsabilidad administrativa a responsabilidad penal

En principio, Colombia optó por una responsabilidad administrativa, para actos de corrupción transnacional mediante la Ley 1778 de 2016, **siendo en este caso la Superintendencia de Sociedad la entidad administrativa competente**, pero existiendo de igual forma la obligación de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

Aun así, se hace evidente que Colombia optó inicialmente por un esquema administrativo, por razones de conveniencia y agilidad para su ingreso a la OCDE, mas no porque el régimen jurídico o constitucional, no permita la existencia de un régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cual fue desarrollado por la Corte Constitucional varios años atrás, en sentencia C-320 de 1998 en la cual se manifiesta que ***“La sanción penal limitada a los gestores, tan sólo representa una parcial reacción punitiva, si el beneficiario real del ilícito cuando coincide con la persona jurídica se rodea de una suerte de inmunidad. La mera indemnización de perjuicios, como compensación patrimonial, o la sanción de orden administrativo, no expresan de manera suficiente la estigmatización de las conductas antisociales que se tipifican como delitos.***

La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva”.⁶⁸ Y así como en la sentencia C-843 de 1999 la Corte expresa “ (...) ***pueden ser sujetos activos de distintos***

⁶⁸ C-320 de 1998. Referencia: O.P. 024. Objeciones presidenciales al proyecto de Ley 235/96 Senado-154/96 Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones”.Magistrado Ponente:Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio treinta (30) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

tipos penales, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional⁶⁹

La Corte Constitucional de Colombia, abrió la posibilidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas inicialmente para los delitos contra el medio ambiente, por lo que en la actualidad dicha discusión ha sido superada y no se encuentra en contravía a la Constitución Política de Colombia de 1991. En concordancia con lo anteriormente expuesto, el pasado 28 de agosto de 2018 el Gobierno de Colombia, presentó ante el Congreso de la República un nuevo Proyecto de Ley, por medio del cual se establecía una responsabilidad de tipo penal para la persona jurídica, mantenido exclusivamente el esquema ante la Superintendencia de Sociedad para los casos de soborno transnacional, haciéndose aún más **claro que el régimen jurídico colombiano admite una responsabilidad de carácter penal de las personas jurídicas.**

4.2. Esquema de responsabilidad penal de la persona jurídica:

El tema de mayor discusión a la hora de analizar la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas es la determinación de la culpabilidad, toda vez que se ha cuestionado que esta hace parte del espectro subjetivo de una persona natural, haciendo referencia a su conciencia. Así pues, la doctrina en la materia ha entrado a desarrollar el fondo de la culpabilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, demostrando que ésta no constituye un impedimento para su incorporación en las diversas legislaciones internas de los países, así pues, la licenciada D Silvina Bacigalupo Saggese y Jesús Lizcano, han saldado de la siguiente manera dicha discusión:

- ***“Determinación de culpabilidad.*** *La responsabilidad penal de cualquier sujeto no puede tener lugar sin culpabilidad. En este sentido, la culpabilidad penal de una persona jurídica o un ente colectivo, según entiende la doctrina mayoritaria y también muestran las legislaciones de Derecho comparado, se fundamenta sobre la existencia de un déficit de organización o de infracción del debido deber de cuidado. Por tanto, la existencia de un déficit o defecto de organización debe ser el presupuesto de punibilidad de las personas jurídicas. Un modelo de imputación debe basarse, por tanto, sobre la existencia de un hecho de conexión y sobre la idea de la culpabilidad por defecto de organización. El defecto de organización no solo debe ser un requisito de la responsabilidad para los supuestos de infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que*

⁶⁹ C-843 de 1999. Referencia: Expediente D-2348. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 26 de la Ley 491 de 1999, “Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el código penal y se dictan otras disposiciones” Temas: El principio de legalidad penal excluye la ambigüedad en la descripción de penas y la indeterminación en los procedimientos. Santa Fe de Bogotá, veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

legítima la aplicación de una pena a una persona jurídica. Por último, la concurrencia en las personas físicas de circunstancias que afecten a su culpabilidad o agraven su responsabilidad tampoco excluirá ni modificará la responsabilidad de la persona jurídica. Es evidente que la culpabilidad, se la defina como se la defina, es estrictamente individual y de carácter personal, por lo que no puede afectar más que al sujeto en quien concurren.

Si la culpabilidad de la persona jurídica o del ente colectivo se determina por la existencia de un defecto de organización la exclusión de la culpabilidad por defecto de organización debe estar vinculada a la existencia de adecuados programas de cumplimiento normativo que permitan afirmar una correcta auto organización de la empresa para prevenir y disminuir los riesgos de su concreta actividad empresarial. En este sentido, en el derecho comparado —y procedente del Derecho americano— se consideran esenciales la existencia en la empresa de los denominados compliance programs o programas de cumplimiento normativos, como parte del derecho de auto organización del que goza este sujeto en el Derecho mercantil.

En el derecho penal no es fácil establecer criterios generales para un adecuado programa de cumplimiento normativo que permita excluir la responsabilidad. Toda vez que las normas penales establecen deberes generales de infracción es determinante que los programas de cumplimiento normativo estén expresamente diseñados para cada tipo de sociedad y en función de su estructura interna particular, tomando como punto de partida la concreta actividad empresarial a efectos de poder establecer los riesgos penales específicamente relacionados con dicha actividad.

En este sentido, el modelo chileno parece ser más adecuado —ya sea que se trate de un modelo de responsabilidad penal directa o de un modelo de responsabilidad administrativa de los entes colectivos— toda vez que lo relevante será determinar las características del deber de cuidado exigido. El modelo chileno de la Ley 20.393 ofrece una correcta definición de los aspectos esenciales que deben configurar el deber de cuidado exigible a una organización empresarial.

Por otro lado, este modelo, permite además no vulnerar el principio de presunción de inocencia toda vez que la existencia de un programa de cumplimiento normativo no exime per se de responsabilidad penal, ni tampoco supone su falta de funcionamiento la prueba de cargo de la existencia de culpabilidad⁷⁰.

⁷⁰ Licenciada Silvana Bacigalupo Saggese y Jesús Lizcano. Madrid, noviembre de 2013. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Colección Estudios no 1, Serie Análisis, Área Institucionalidad Democrática. Pg. 56.

Por tanto, bajo los anteriores presupuestos, de la culpabilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, les permite a las personas jurídicas contar con la tranquilidad de que la responsabilidad solo surge **por un déficit de organización o infracción al debido cuidado**, traduciéndose esto en cumplimiento de normas específicas.

4.2.1. Derecho comparado

En el derecho comparado encontramos una diversidad de legislaciones que optaron por acoger un esquema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, superando la discusión de si las personas jurídicas pueden delinquir, y aceptando un esquema de procedimiento penal y de principios de Derecho penal para el procesamiento de las personas jurídicas por hecho de la comisión de un delito. Algunas de las legislaciones solo como herramienta de referencia, que han optado por una responsabilidad penal, son:

España	Ley Orgánica 1/2015	<p><i>En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:</i></p> <p><i>a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.</i></p> <p><i>b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.</i></p>
Chile	Ley 20393	<p>Artículo 3°. - Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales,</p>

		<p>representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.</p> <p>Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.</p> <p>Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.</p> <p>Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.</p>
Argentina	Ley 27401	<p>Art. 2°- Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.</p> <p>También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tacita. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.</p>

México	Artículo 421 Código Nacional Procedimientos Penales Federal	<u>Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización.</u> Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho.
Ecuador	Artículo 49 del código Orgánico Integral Penal	<p>Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.</p> <p>La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.</p> <p>No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.</p>
Francia	Código penal	Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán

	Artículo 121-2 Ley francesa nº 2016/1691	<u>penalmente responsables</u> , conforme a lo dispuesto en los artículos 121-4 a 121-7, de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes” siempre y cuando dicha punibilidad se encuentre recogida expresamente por la ley y que el hecho haya sido realizado por un órgano o representante de la misma en su propio beneficio.
--	---	---

Así pues, se encuentra que **estos países han decidido que debe ser la Fiscalía y los jueces del poder judicial, son quienes tienen la capacidad, experiencia, conocimiento y estructura institucional, para asumir dicha competencia, permitiéndoles a estos países cumplir con los estándares internacionales.**

4.2.2. Caso español

Debido a la complejidad del asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el Tribunal Supremo español se ha pronunciado en diversas oportunidades analizado y valorado la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas como los son:

En la Sentencia nº 154/2016, de 29/02/2016⁷¹ dictada por el Tribunal Supremo en Pleno, se concretaron los requisitos que, conforme al artículo 31 bis del Código Penal, se deberían cumplir para establecer la responsabilidad penal de una persona jurídica. Mediante la cual se estipuló que el delito debía cometerlo una persona física que fuera integrante de la persona jurídica y que ésta hubiera incumplido su deber de control y vigilancia para evitar que en el seno de su organización se pudiera cometer un hecho delictivo.

De otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 221/2016⁷², del 16 de marzo de 2016, la cual presentó completa unanimidad de los magistrados de integraban la Sala, dio claridad frente a que, la condena de las personas jurídicas requería de la misma exigencia probatoria que respecto de una persona física. Y especificando que debe tratarse de una responsabilidad autónoma, puesto que la persona jurídica y la

⁷¹ Ponente José Manuel Maza Martín, Número de Recurso 10011/2015, Procedimiento Penal- Apelación Procedimiento Abreviado, Número de Resolución 154/2016, Fecha de Resolución 29 de febrero de 2016, Emisor Tribunal Supremo-Sala Segunda, de lo Penal.

⁷² Ponente Manuel Marchena Gómez, Número de Recurso 1535/2015, Procedimiento Penal- Procedimiento Abreviado/Sumario, Número de Resolución 221/2016, Fecha de Resolución 16 de marzo de 2016, Emisor Tribunal Supremo-Sala Segunda, de lo Penal.

persona física son responsables cada una de ellas del propio hecho delictivo, por lo que la persona jurídica deberá ser investigada en el procedimiento penal, con independencia de la persona física que hubiera cometido el delito, especificando igualmente que deben servirse de defensas independientes a fin de evitar conflicto de interés entre ambas que puedan vulnerar sus derechos.

El Tribunal Supremo manifiesta expresamente que las personas jurídicas son titulares de los mismos derechos procesales que las personas físicas, por lo que, de conformidad con los artículos 119 y 409 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es necesario practicar en fase de instrucción la declaración como investigada de la persona jurídica, como tal.

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 516/2016 del 13 de junio de 2016 y el Auto de 28 de junio de 2016,⁷³ la cual daba respuesta a la aclaración solicitada respecto de la mencionada Sentencia, el tribunal resalta una cuestión de gran importancia, y es la de que, el criterio que fundamenta la imputación de una persona jurídica es la auto-responsabilidad, aclarando así que debe ser la acusación la que acredite que la persona jurídica no contaba con un programa de prevención de delitos eficaz, incumpliendo así también con lo previsto en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/2016, de 22 de enero.

Al ser la consagración de una responsabilidad de las personas jurídicas en la legislación interna de cada país, una herramienta de gran importancia para la lucha contra la corrupción y las distintas actividades delictivas, cada país debe entrar a analizar dentro de su esquema constitucional o legal, que esquema de responsabilidad es acorde a su régimen constitucional.

Sin embargo, es importante recordar que en el caso de acoger el país una responsabilidad administrativa, para que esta cumpla con los estándares internacionales exigidos, debe tratarse de una responsabilidad **por el hecho de que se haya cometido un delito**. Incumbe tener presente que esta responsabilidad “administrativa” es distinta de la responsabilidad por violación al régimen administrativo preventivo que permite imponer responsabilidad administrativa por el hecho de presentarse fallas en los esquemas preventivos.

⁷³ Ponente Andrés Martínez Arrieta, Número de Recurso 1765/2015, Procedimiento Recurso Casación, Número de Resolución 516/2016, Fecha de Resolución 13 de junio de 2016, Emisor Tribunal Supremo-Sala Segunda, de lo Penal.

En el evento que un país opte por un esquema completamente administrativo en el que quien tramite el proceso y decida sobre la responsabilidad, sea una autoridad de dicha naturaleza, será necesario que el país cree o cuente un ente administrativo para estos efectos y disponga de los recursos financieros del caso.

5. Responsabilidad penal o administrativa - autoridad competente para adelantar el proceso e imponer la sanción:

Si un país acoge una responsabilidad de carácter penal, así sea por razones de conveniencia, o porque jurídicamente desde el aspecto constitucional no se puede implementar un esquema de responsabilidad penal y si se llega a la conclusión de que debe ser un ente administrativo el encargado, el primer aspecto a analizar es si todas las autoridades de supervisión cuentan con la estructura, la capacidad jurídica, conocimiento y experiencia, en la aplicación de principios de materias de responsabilidad a las personas jurídicas por la participación de delitos. Es así como la Superintendencia de Sociedades debió hacer los ajustes del caso para atender la nueva función que se le asignó con la Ley 1778 de 2016 para adelantar los procesos de responsabilidad administrativa por la comisión de delitos de corrupción transnacional.

Colombia debe asignar a las autoridades judiciales estos procesos (llámese responsabilidad penal o administrativa – como lo hizo Perú). En primer lugar, son las autoridades judiciales las expertas en el manejo de este tipo de trámites y procesos, no es necesario crear nuevas estructuras en las autoridades administrativas de supervisión, la responsabilidad penal o administrativa se exige para todas las personas jurídicas (no solo para las personas jurídicas que estén sujetas al control o vigilancia de un ente de supervisión) y lo más importante se contará con un solo procedimiento y un solo ente encargado del trámite de estos procesos.

No es razonable si se adopta la responsabilidad de las personas jurídicas, se mantenga el procedimiento en la Superintendencia de Sociedades para determinar la responsabilidad administrativa por la comisión de delitos de corrupción transnacional.

Todos los procesos por responsabilidad penal de las personas jurídicas deberían pasar a ser competencia de la Fiscalía General de la Nación, tal como lo han adoptado la gran mayoría de los países, incluso los países que han establecido la responsabilidad administrativa por la comisión de delitos (como lo hizo Perú).

Por lo anterior, se propone modificar la Ley 1778 de 2016, pasando a la Fiscalía General de la Nación todos los procesos en los que se analice la eventual responsabilidad de las personas jurídicas.

Si por algún motivo el país considera conveniente mantener el esquema de la responsabilidad administrativa por la comisión de delitos, es recomendable que Colombia acoja el modelo instaurado por el Perú, en el que, a pesar de llamarlo responsabilidad administrativa, se apoyó en toda la estructura, capacitación, conocimientos y funcionarios que ya existen, siendo la Fiscalía y los jueces del Poder Judicial quienes asumen dicha tarea. Sin embargo, no se observan razones de ninguna naturaleza para que Colombia no adopte de manera integral una responsabilidad de carácter penal para las personas jurídicas.

Se ha observado que países con distintas tradiciones jurídicas donde tenía aplicación el principio de “*Societas delinquere non potest*”, son países donde actualmente existe un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo que, aunque haya personas que puedan no estar de acuerdo con ello, ya es una realidad en la mayoría de las legislaciones, tales como la española, chilena, argentina, francesa, ecuatoriana, mexicana entre otras, adicionalmente si se adopta un esquema penal o administrativo, los principios que se apliquen en el uno o en el otro deben ser los mismos.

Al momento de tomarse esta decisión sobre el esquema de responsabilidad penal o administrativa por la comisión de delitos debe tenerse presente que hoy en Colombia las instituciones que cuentan con la estructura institucional y experiencia en estas materias para empezar a ejecutar en el menor tiempo posible sin tener que hacer grandes inversiones son la Fiscalía General de la Nación y jueces penales.

6. Las leyes de responsabilidad de las personas jurídicas deben ir de la mano con la instauración de modelos de cumplimiento normativo (*compliance penal*) Sistemas de Gestión de *Compliance Penal*.

Las personas jurídicas pueden entrar a responder en dos tipos de eventos como los son:

1. Delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, o en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica. **Responsabilidad por transferencia (Vicarial) la persona natural o física integrada en la organización transfiere parte de la responsabilidad de sus actos a la persona jurídica o moral.**
2. Delitos cometidos, por quienes, estando sometidos a la autoridad (representante legal o autorizados a tomar decisiones), han podido realizar los hechos **por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Responsabilidad por Hecho Propio.**

Relacionado con estos dos eventos anteriormente mencionados, y especialmente con el segundo, se encuentra que en las leyes que se expidan sobre la materia debe estipularse cuáles son los requerimientos o los elementos que debió haber tenido en cuenta una persona jurídica, a la hora de instaurar y aplicar modelos de prevención y supervisión. Para que el operador jurídico pueda estudiar en cada caso, si la persona jurídica incumplió o no con los requerimientos de vigilancia y control, y esto le permita determinar si se da la posibilidad de que la persona jurídica se exima de responsabilidad o se vea atenuada su responsabilidad.

Así pues, se entiende la forma de comisión de un delito es por medio de acción (actividad) y omisión (Deber jurídico de impedir un resultado, Protección del bien jurídico y Vigilancia de una Fuente de riesgo). Por lo que podría presentarse una responsabilidad por la inadecuada gestión de los riesgos penales. Un aspecto de importancia a analizar es la mitigación de las **fuentes de peligro**, siendo que:

- La actividad empresarial (de las personas jurídicas) es una actividad riesgosa por su naturaleza. (riesgo inherente)
- Uno de esos riesgos es la exposición a ser utilizado para actividades delictivas – Riesgo penal
- Al igual que existen otros riesgos asociados como lo son, el riesgo reputacional, pérdidas de clientes, de mercado y financieras, entre otros.

Existen diversas personas jurídicas que se dedican a actividades económicas que impactan el orden económico y social: por lo que estas se enfrentan a un riesgo grave de exposición a actividades delictivas, el cual se entiende como, aquel riesgo que tiene una persona natural o jurídica de ser utilizada como instrumento para la realización de conductas delictivas.

Por lo que muchas de estas personas jurídicas actualmente son sujetos obligados al cumplimiento específico de la regulación sobre la prevención de actividades delictivas, no únicamente para la prevención del LA/FT, por lo que es un rol del “sujeto obligado” a cumplir mandatos legales que le son exigibles (ver anexo de relación de sujetos obligados), constituyéndose como una herramienta de gran utilidad, para las personas jurídicas la adopción de Programas de Cumplimiento Normativo y Sistemas de Gestión de Riesgos Penales - Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal.

La gestión de las fuentes de peligro desde la óptica del derecho penal:

Los riesgos deben ser administrados o gestionados, de tal manera que se aceptan bajo ciertos criterios - fuentes de riesgo derivadas de la naturaleza o de la actividad del hombre. Y las actividades riesgosas se

toleran, siempre y cuando se mantengan dentro de los límites del riesgo permitido, derivándose de este punto la gran importancia de la existencia de controles.

Cuando los controles permanecen inactivos o son insuficientes y la fuente de la actividad sobrepasa el nivel de riesgo permitido causando un resultado lesivo, la no actividad se constituirá en un delito de comisión por omisión; ello porque el encargo de los controles de seguridad (posición de garante) con su inactividad determinó que un peligro lícito se tornara en prohibido.

Los Sistema de Gestión de Cumplimiento (Compliance) y de Gestión de Riesgos Penales que deben cumplir las personas naturales o jurídicas con un notable contenido técnico, códigos de ética y conducta y procedimientos que van más allá de las exigencias legales.

Dentro de las funciones de un “*compliance penal*” se encuentran el velar por el cumplimiento de ambas exigencias, es decir, va mas allá de la adecuación de la ley, está vinculado a los principios y ética – valores que se han asumido voluntariamente. Por tanto, busca establecer políticas de actuación adecuadas dentro de una persona jurídica (empresa – organización), para **PREVENIR, DETECTAR y GESTIONAR** los **riesgos penales** y las conductas que puedan suponer incumplimientos. Así como la función de evitar sanciones y otras consecuencias legales e identificar y gestionar riesgos penales, determinar posibles causas y efectos, análisis de cambios y regulaciones y determinar medidas preventivas, correctivas y represivas frente a posibles incumplimientos de obligaciones.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que el *compliance penal*, se no limita únicamente a modelos de prevención *LA/FT* y corrupción, estos sistemas son de amplia aplicación, para todos los riesgos penales y otros regímenes legales.

Estos programas deben ser incluidos en la legislación interna de todos los países que adopten la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo anterior, se incluye en el articulado del Proyecto de Ley la obligación de adoptar programas de cumplimiento normativo (*compliance penal*) y sistemas de gestión de riesgos penales (Sistemas de Gestión de *Compliance Penal*).

Países como España mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo incluyó la posibilidad de atenuar o eximir la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno, cuando las mismas hubieran adoptado y ejecutado eficazmente, con anterioridad a la comisión del ilícito penal, modelos de organización y gestión que incluyeran medidas de vigilancia y control adecuadas para la prevención de la comisión de delitos o “*compliance penal*”, así mismo, la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/2016, de 22 de enero, estableció expresamente que el hecho de que una persona jurídica

dispusiera de un programa de prevención de riesgos penales o Compliance, no suponía la exclusión automática de la responsabilidad penal de la misma, exigiéndose un compromiso real de la entidad con la cultura del cumplimiento normativo, valorándose tanto las medidas adoptadas con anterioridad a la comisión del delito como las adoptadas tras la comisión del delito.

6.1. Elementos o requerimientos básicos de un programa de cumplimiento y autoridad competente para expedir el instructivo del programa de *compliance penal*

En la Ley es necesario definir cuáles son los requerimientos del Programa de Cumplimiento (*compliance penal*) (o Sistema de Gestión de *Compliance Penal*) y definir la autoridad encargada de impartir el instructivo que contenga tales requerimientos.

Dichos requerimientos o elementos básicos, deben responder a los estándares internacionales de la Norma ISO 19600 en materia de cumplimiento normativo, la Norma UNE 196001 sobre *compliance penal* y la Norma ISO 31000 sobre sistemas de gestión de riesgos.

Con el surgimiento de este tipo de responsabilidad de las personas jurídicas se vio la necesidad de contar un con estándar internacional que sirva a los países, a las autoridades competentes de los países y a los sujetos obligados a mitigar los riesgos penales para poder estipular y tener plena seguridad de cuando se tiene un programa de cumplimiento acorde para la prevención de delitos (*compliance penal*).

En este orden de ideas, en la Ley de responsabilidad de la persona jurídica debe existir la exigencia de contar con un programa de cumplimiento normativo penal, tal como lo integran diversos países, y como se expondrá más adelante.

Con base en lo anterior, en el articulado del Proyecto de Ley, se establecen los requerimientos mínimos de un programa de cumplimiento (o Sistema de Gestión de *Compliance Penal*), los cuales son acordes con lo consagrado en los estándares internacionales, Normas ISO sobre la materia.

Los sujetos obligados deben adoptar código de ética y conducta, al cual deben integrarse las políticas de la institución. Con la adopción de este código, el sujeto obligado debe crear un clima de valores y elevada moral; y poner en práctica medidas encaminadas a aumentar la sensibilidad de todo el personal, ante los efectos y consecuencias de estas actividades delictivas, mediante el establecimiento de criterios que permitan anteponer los principios éticos al logro del lucro y a los intereses personales y comerciales.

El código de ética y conducta, debe incluir los aspectos concernientes a la prevención y control de estas actividades delictivas y es de obligatorio conocimiento y cumplimiento para todo el personal de la persona jurídica.

Las personas deben seleccionar cuidadosamente y vigilar la conducta de sus empleados, en especial de aquellos que desempeñan cargos relacionados con el manejo de clientes o contrapartes, recepción de dinero y control de información, a fin de evitar conflicto de intereses en el ejercicio de sus funciones o que en su defecto contribuya al debilitamiento de la gestión de negocios.

Y para el diseño de un programa de prevención de delitos y un sistema de gestión de riesgos penales, los sujetos obligados podrán tener en cuenta la guía que expida la autoridad, que se establezca como competente, la cual deberá seguir lo definido por las Recomendaciones del GAFI y en los estándares internacionales en materia de cumplimiento (Norma ISO 19600) y de gestión de riesgos (Norma ISO 31000 – 31010 - 37001) y en especial la Norma UNE 19601 sobre gestión de riesgos penales.

Así mismo, es necesario determinar en la Ley la autoridad que será la competente para expedir el instructivo que defina los requerimientos del *compliance penal*.

Otra cuestión que debe entrar a resolver el país, es el tema de cuál es la entidad que debe impartir los instructivos de cumplimiento, y que elementos deben estos incluir, en España es la Fiscalía quien lo imparte. Se propone que sea la Fiscalía General de la Nación, la entidad encargada de impartir el respectivo instructivo, en coordinación con las autoridades de supervisión. Es decir, el instructivo que expida la Fiscalía General de la Nación debe tener presente las guías impartidas por autoridades de supervisión, de conformidad con las Normas ISO 19600 y 31000 y la Norma UNO 196001.

Por lo anterior en la Ley se propone que las instrucciones que imparta la FGN y las autoridades de supervisión en sus instructivos aplicarán los estándares internacionales de cumplimiento normativo, como lo son la Norma ISO 19600 ISO 31000 y la Norma UNE 19601.


6.2. Régimen de eximente, atenuantes o agravantes de responsabilidad

De igual forma, debe existir en la Ley un régimen que defina si la existencia del programa de cumplimiento o *compliance penal* (o Sistema de Gestión de *Compliance Penal*) debe ser considerado como un eximente o un atenuante de la responsabilidad o si su inexistencia debe ser considerada como un agravante de la responsabilidad de las personas jurídicas.


En el marco de una responsabilidad penal o administrativa, cuando la persona jurídica no cuenta o no aplica el programa de cumplimiento debería constituir un agravante, pero en el caso de que si exista dicho programa de cumplimiento, y éste es adecuado, es posible que se defina en la Ley como una causal eximente o atenuante de responsabilidad.

6.2.1. Derecho comparado


Así pues, se debe entrar a definir si existencia de los mencionados programas de cumplimiento son eximentes o atenuantes de responsabilidad. En referencia estos dos últimos temas encontramos en el derecho comparado lo siguiente:

<p>CHILE</p> <p>LEY 20393</p> 	<p>LEY 20393 <u>Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos.</u> <i>Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Designación de un encargado de prevención. 2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención. 3) Establecimiento de un <u>sistema de prevención de los delitos.</u> 4) <u>Supervisión y certificación del</u> sistema de prevención de los delitos. (Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado 	<p>Artículo 3°. - Atribución de responsabilidad penal.</p> <p>Inciso 3</p> <p><i>Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, <u>la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.</u></i></p> <p><i><u>Las personas jurídicas NO SERÁN RESPONSABLES en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja</u></i></p>
--	---	---


	organismo fiscalizador).	<u>propia o a favor de un tercero.</u>
--	--------------------------	--

<p>ARGENTINA</p> <p>Ley 27401</p> 	<p>Art. 22.- Programa de Integridad. Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley...</p> <p>Art. 23.- Contenido del Programa de Integridad.</p> <p>“a) un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;</p> <p>b) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector</p>	<p>“quedará <u>EXIMIDA DE PENA Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA</u> la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:</p> <p><u>b) hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito”;</u></p>
---	---	---


	<p>público;</p> <p>c) la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.</p> <p>Asimismo también podrá contener los siguientes elementos: ...”</p>	
--	--	--

<p>ESPAÑA</p> <p>Ley Orgánica 1/2015</p> 	<p>Modelos de organización y gestión</p> <p>requisitos:1.º Identificarán las actividades...</p> <p>2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.</p> <p>3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados...</p> <p>4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos ...</p> <p>5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de</p>	<p>Artículo 31 bis 2... la persona jurídica QUEDARÁ EXENTA DE RESPONSABILIDAD si se cumplen las siguientes condiciones:</p> <p>1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, <u>modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos...</u></p> <p>2.ª <u>la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar..</u></p> <p>3.ª los autores individuales <u>han cometido el delito eludiendo</u></p>
--	--	--

	<p>las medidas que establezca el modelo.</p> <p>6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura..</p>	<p><u>fraudulentamente los modelos de organización y de prevención s y</u></p> <p><u>4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano...</u></p> <p>En los casos en los que las <u>anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de ACREDITACIÓN PARCIAL, esta circunstancia será valorada a los efectos de ATENUACIÓN DE LA PENA</u></p>
--	--	---

<p>PERU Decreto legislativo 1352</p> 	<p>17.2. El modelo de prevención, elementos:</p> <p>17.2.1. <u>Un encargado de prevención</u>, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.</p> <p>17.2.2. <u>Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos</u> previstos en el artículo 1 a través de la persona</p>	<p><u>Artículo 12. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES</u></p> <p><u>d. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención.</u></p> <p><u>e. La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención.</u></p> <p><u>Artículo 17. EXIMENTE por implementación de modelo de prevención</u></p> <p><u>...si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de</u></p>
--	---	--

	<p>jurídica.</p> <p>17.2.3. <u>Implementación de procedimientos de denuncia.</u></p> <p>17.2.4. <u>Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.</u></p> <p>17.2.5. <u>Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.</u></p> <p>El contenido del modelo de prevención, atendiendo a las características de la persona jurídica, se desarrolla en el Reglamento de la presente Ley. En caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados.</p>	<p><u>prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.</u></p>
--	--	--

<p>COLOMBIA</p> <p>Ley 1778 de</p> <p>2016</p> 	<p>Artículo 23, Programas de ética empresarial. <i>La Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia la <u>adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y de mecanismos de prevención de las conductas señaladas en el artículo 2° de</u></i></p>	<p>“Artículo 7°. Criterios de graduación de las sanciones. <i>Las sanciones por las infracciones a la presente ley se graduarán atendiendo a los siguientes criterios:</i></p> <p>7.La <u>existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética</u></p>
---	--	---

	<p><i>la presente ley.</i></p> <p>La Superintendencia determinará las personas jurídicas sujetas a este régimen, teniendo en cuenta criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social.</p>	<p><u>empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa,</u> <i>conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley.</i></p>
--	--	--

Las personas jurídicas del sector privado tienen un deber de cooperación y colaboración con las autoridades en la prevención y detección de los delitos, además son las primeras expuestas a este tipo de riesgos penales, teniendo así un deber de cuidado establecido legalmente, pero aun cuando estas cuentan con amplios y exigentes, deberes y obligaciones de cuidado y control, se debe entender, como lo han entendido diversas legislaciones, como la española, peruana, argentina, chilena, entre otras, que debe estipularse o definirse la forma mediante la cual la personas jurídica, demuestre que cumplió con todo a lo que estaba obligada, y se presentaron hechos específicos imputables a una persona natural, dicha responsabilidad no debe ser trasladada a la persona jurídica.

Por lo que se considera que, si la persona jurídica cuenta con el adecuado programa de cumplimiento que cumpla con los requisitos estipulados en los estándares internacionales y en la legislación interna y si la persona jurídica demuestra que contaba con un sistema de previsión, que dicho sistema era completo que efectivamente los mecanismos de control y supervisión de ese sistema eran adecuados, así como, que se invirtió recursos y capacitación al capital humano y que adicionalmente que el acto delictivo no fue en beneficio de la persona jurídica, consideramos que se debe incluir en la Ley, este evento como una causal de eximente de responsabilidad.

Así pues, no se trata únicamente de la existencia de un programa, si no también que este se encuentre en efectivo funcionamiento, que los actores individuales han cometido los delitos, eludiendo fraudulentamente los programas y que no se ha producido omisión o ejercicio insuficiente.

La forma como la legislación española regula este tema puede servir de guía para la Ley a adoptar en Colombia.

6.3. Certificación de los modelos de prevención o cumplimiento

¿Cómo se puede demostrar la exigente de responsabilidad?: puede darse su demostración dentro de la fase probatoria del proceso penal y pueden tenerse en consideración, dentro del proceso, la existencia de certificación de los programas de cumplimiento normativo o *compliance penal* (o Sistema de Gestión de Compliance Penal).

En el derecho comparado se evidencia el reconocimiento, dentro de las leyes de responsabilidad de las personas jurídicas, de la posibilidad certificación de los programas o modelos de prevención, siendo una certificación expedida por una entidad competente y autorizada para ello.

6.3.1. Legislación Chilena

En el caso chileno la Ley 20393 “Artículo 4°. - *Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos: 4) Supervisión y **certificación del sistema de prevención de los delitos.***

a) *El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.*

b) ***Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.***

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) ***Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal”.***

En la legislación peruana se reconoce las certificaciones con que cuentan las personas jurídicas, las cuales les permiten tener una mayor seguridad jurídica de que cuentan con un programa adecuado que les permite protegerse principalmente de estos riesgos penales.

A partir de este estudio se considera importante que, en la Ley de responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas, se incentive a las personas jurídicas para que éstas cuenten un adecuado sistema de cumplimiento o modelo de prevención que les permita blindar sus compañías o actividades, de la realización de actividades delictivas y así poder mitigar los riesgos principalmente penales a los que se pueden ver expuestos. Adicionalmente es de tenerse en cuenta que las personas jurídicas suelen tener estructuras organizaciones complejas y de gran tamaño, por lo que, para los representantes legales y demás encargados de la supervisión y control, es de gran dificultad reducir o mitigar los riesgos por completo, puesto que siempre van a existir circunstancias que no pueden ser controladas por la persona jurídica.

Una herramienta a la que pueden acudir las distintas personas jurídicas es la de la “certificación de su modelo de cumplimiento” (o Sistema de Gestión de *Compliance* Penal), la cual les permita tener la seguridad de que cuentan con el modelo adecuado para su estructura y adicionalmente que dicho sistema funciona de manera correcta y es adecuadamente supervisado.

Así las cosas, se recomienda que en la Ley de responsabilidad de las personas jurídicas que se expida en Colombia se incluya el reconocimiento de este tipo de certificaciones, por lo que el articulado propuesto se incluye la certificación de los modelos de prevención.

6.4. ¿Programas de cumplimiento normativo únicamente para sujetos obligados?

Es claro que la existencia de programas de cumplimiento al interior de las personas jurídicas, es una herramienta de protección de estas contra diversas actividades delictivas y la ley de responsabilidad de las personas jurídicas estipulará los elementos con los cuales deben contar dichos programas, pero está en discusión si dichos programas van a ser obligatorios para todas las personas jurídicas o si solo serán obligatorios para los sujetos obligados, lo que llevaría consigo una responsabilidad administrativa de carácter preventivo por el hecho de no contar con ese sistema preventivo, estableciendo para las demás personas jurídicas, que no son sujetos obligados, únicamente como una herramienta de protección o blindaje frente a las diversas actividades delictivas.

Se sugiere que los programas de cumplimiento o *compliance penal* solo deben ser obligatorios para las personas jurídicas que la o las autoridades competentes definan. Es decir, estas personas jurídicas podrían ser objeto de sanciones administrativas si no adoptan estos programas en los términos y condiciones definidos por las autoridades competentes, independientemente de si se ha presentado un delito o no.

Así mismo, se sugiere seguir el modelo peruano cuando consagra que ***“En caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados.”***

Por lo anterior, se redactarán dos normas en este sentido y se incluirán en el Proyecto de Ley.

7. Determinación de las penas o medidas administrativas

En el derecho comparado se encuentra un catálogo amplio de medidas:

De una parte, la legislación chilena consagra en el *“Artículo 8°. - Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:*

- 1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.*
- 2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.*
- 3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.*
- 4) Multa a beneficio fiscal.*
- 5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13.”*

La legislación argentina en el Art. 7° establece: *“Penas. Las penas aplicables a las personas jurídicas serán las siguientes:*

- 1. Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;*
- 2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;*
- 3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;*

4. *Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;*
5. *Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;*
6. *Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica”.*

Y la legislación peruana se establece en el “Artículo 5. Medidas administrativas aplicables. El juez, a requerimiento del Ministerio Público, puede disponer, según corresponda, las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resulten responsables de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1:

a. Multa no menor al doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.

b. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años.

2. Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será menor de un año ni mayor de cinco años.

3. Para contratar con el Estado de carácter definitivo.

c. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.

d. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no menor de un año ni mayor de cinco años.

e. Disolución”.

“Artículo 6. Medidas administrativas complementarias

El juez, a requerimiento del Ministerio Público, puede ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica que resulte responsable de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1, cuando sea necesario, para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un período de dos años.

La intervención puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez debe fijar exactamente el contenido y alcances de la intervención y determinar la entidad a cargo de la intervención y los plazos en que esta debe cursarle informes a fin de efectuar el seguimiento de la medida.

La intervención se puede modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y disposición del Ministerio Público. El interventor está facultado para acceder a todas las instalaciones y locales de la entidad y recabar la información que estime necesaria para el ejercicio de sus funciones, debiendo guardar estricta confidencialidad respecto de la información secreta o reservada de la persona jurídica, bajo responsabilidad”.

Aunque se evidencie un amplio catálogo es importante resaltar, como lo señala Silvina Bacigalupo Saggese y Jesús Lizcano, que *“habrá que establecer en cada figura típica la pena concreta (tipo de pena y marco de la pena) que corresponderá a la correspondiente infracción penal, toda vez que de lo contrario no sería acorde a las exigencias del principio de legalidad”*, siendo que en varias legislaciones han quedado definidas de forma extremadamente amplias y con un excesivo margen.

El juez o la autoridad competente, al momento de aplicar las medidas o sanciones penales, del catálogo que consagra la legislación, debe tener en cuenta que esas medidas no afecten o pongan en peligro interés o bienes jurídicos tutelados de terceros que sean completamente ajenos a los hechos y, por lo tanto, no pueden ser responsables de estas consecuencias penales, en los casos en que estos últimos se vean afectados con las sanciones o medidas, el juez o autoridad competente debe evaluar la posibilidad de dar aplicaciones a otras que los afecten. Y es aconsejable de igual forma que en este último caso el juez consulte con la autoridad de supervisión respectiva. En el Proyecto de Ley se incluyen artículos en este sentido.

8. Normas procedimentales de la responsabilidad de las personas jurídicas

Se debe tener en cuenta que, tal y como ha se mencionado anteriormente las personas jurídicas son titulares de los mismos derechos procesales que las personas naturales, por lo que en principio debe aplicarse a los procesos de responsabilidad de personas jurídicas, las mismas normas procedimentales existentes para los procesos penales de las personas naturales.

9. Programa de cumplimiento o “*compliance penal*” (o Sistema de Gestión de *Compliance Penal*) para el sector público

El régimen de responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas por la comisión de delitos, que consagran las Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas, no es una responsabilidad que aplique para el sector público, con lo cual una persona jurídica de naturaleza pública no puede ser sancionada penal o administrativa por la comisión de un delito, pero lo anterior no quiere decir que los responsables de las entidades públicas no estén el deber de establecer y adoptar sistemas de gestión de

los riesgos a los cuales están expuestas estas entidades y los mismos responsables de la dirección y, por lo tanto, están la obligación de prevenir los riesgos penales, en especial cuando se involucra el interés general y el patrimonio estatal.

Aunque no exista la responsabilidad de personas jurídicas públicas no quiere ello decir que no deban tener esquemas de compliance normativo (compliance penal) con un enfoque basado de riesgos.

Así pues, se evidencia que para el sector público dichos programas son herramientas y estrategias como un conjunto de procedimientos y buenas prácticas para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrenta el sector y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos. Es relevante realizar un diagnóstico del sector público respecto a temas como la corrupción y demás actividades delictivas, y examinar cómo prevenir los riesgos normativos en entidades públicas mediante la aplicación de programas de compliance penal, situaciones como: conflictos interés, soborno y corrupción, gestión con terceras partes, etc...

El compliance penal es una técnica que permitirá adoptar enfoques eficaces basados en los marcos de integridad institucional, en los códigos éticos o códigos de buen gobierno que, adecuadamente diseñados, podrían asimilarse a programas de cumplimiento normativo.

Importancia en el sector público

Como consecuencia de numerosos delitos relacionados con la corrupción y otros delitos, se hace importante que el sector público adopte todas las medidas a su alcance para recuperar el costo reputacional que esta situación ha producido respecto a la función de servidores públicos.

Se debe tomar en consideración que, en los procesos de contratación estatal, el “dueño del riesgo” de ser utilizado para actividades delictivas es el Estado colombiano y toda entidad pública, en la medida en que los riesgos penales, son riesgos legales y reputacionales van a recaer en el ente público contratante y los responsables de la dirección de la entidad y de la contratación estatal.

Aunque el riesgo penal o riesgos asociados a las actividades delictivas son indudablemente riesgos implícitos y “previsibles” en el proceso de contratación y que como tal debe ser gestionado, es indispensable que en las distintas etapas del proceso se lleve a cabo una “asignación de los riesgos penales”, tal como lo establece el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

“ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”

El riesgo de corrupción y demás riesgos penales, son “riesgos previsibles”, tal como lo expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto del 27 de agosto de 2015 (Consejero ponente: ALVARO NAMÉN VARGAS).

Toda entidad pública, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006 y lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, debe conocer al contratista y sus beneficiarios finales para prevenir actividades delictivas en el proceso de contratación, y para estos efectos, toda entidad pública debe incluir en sus sistemas de gestión riesgos y en el proceso de contratación, los controles tendientes a mitigar **todos eventos de riesgo penal previsibles**, en cada una de las etapas del proceso.

En materia de gestión de riesgos las entidades públicas, deben contar con políticas y sistemas de gestión de riesgos (Art. 2 de la Ley 87 de 1993 – el Título 21 del Decreto 1083 de 2015 - Decreto 1537 de 2001 - se fortalece el sistema de control interno de las entidades públicas).

En el artículo 2.2.21.5.4 Decreto 1083 de 2015 (art. 4 del Decreto 1537 de 2001)¹, se consagra la obligación de las entidades públicas de establecer y adoptar políticas de administración de riesgos. No sería razonable que una entidad pública deje por fuera de sus sistemas y políticas de gestión integral de todos los riesgos a los que pueda estar expuesta, a los riesgos asociados a las actividades delictivas. Establece la citada norma, lo siguiente:

*“ARTICULO 2.2.21.5.4 ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS. Como parte integral del fortalecimiento de los sistemas de control interno en **las entidades públicas las autoridades correspondientes establecerán y aplicarán políticas de administración del riesgo.** Para tal efecto, **la identificación y análisis del riesgo debe ser un proceso permanente e interactivo entre la administración y las oficinas de control interno o quien haga sus veces, evaluando los aspecto tanto internos como externos que pueden llegar a representar amenaza para la consecución de los objetivos organizaciones, con miras a establecer acciones efectivas, representadas en actividades de control, acordadas entre los responsables de las áreas o***

procesos y las oficinas de control interno e integradas de manera inherente a los procedimientos.” (Se subraya)

Es indudable que el riesgo penal es un riesgo involucrado en la contratación pública, en la medida en que puede presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato y tiene la potencialidad de afectar el desarrollo normal del contrato.

Dada la importante repercusión en el contrato estatal, en el evento de materializarse riesgos penales de corrupción u otras actividades delictivas, es importante y necesario que las entidades públicas contratantes tengan políticas y reglas claras para la administración y gestión de estos riesgos.

Los riesgos de corrupción y riesgos penales son riesgos “previsibles” que, en caso de concretarse en cualquier etapa de un proceso de contratación pública, pueden ser de un impacto que se califique como “catastrófico” desde el punto de vista económico y en el desarrollo normal del contrato, sin perjuicio de los impactos de orden penal para los responsables.

El artículo 2.2.21.5.5 del Decreto 1083 de 2015 establece que el Departamento Administrativo de la Función Pública fijará las directrices para el diseño de las políticas en materia de control interno.

“ARTÍCULO 2.2.21.5.5 Políticas de control interno diseñadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública. Las guías, circulares, instructivos y demás documentos técnicos elaborados por el Departamento Administrativo de la Función Pública, **constituirán directrices generales a través de las cuales se diseñan las políticas en materia de control interno, las cuales deberán ser implementadas al interior de cada organismo y entidad del Estado.**

El Departamento Administrativo de la Función Pública **elaborará prioritariamente guías e instructivos sobre elaboración de manuales de procedimientos, y sobre diseño de indicadores para evaluar la gestión institucional, los cuales se constituirán en herramientas básicas de eficiencia y transparencia de las organizaciones.” (se subraya)**

En el artículo 2.2.21.6.1 del citado de Decreto se adopta el Modelo Estándar de Control Interno (MECI) que deben adoptar la máxima autoridad de la entidad u organismo correspondiente y de los jefes de cada dependencia de las entidades y organismos, así como de los demás empleados de la respectiva entidad.

***“CAPÍTULO 6
MODELO ESTÁNDAR DE CONTROL INTERNO (MECI).***

ARTÍCULO 2.2.21.6.1 Objeto. Adoptase la actualización del Modelo Estándar de Control Interno para el Estado Colombiano (MECI), en el cual se determinan las generalidades y estructura necesaria para establecer, implementar y fortalecer un Sistema de Control Interno en las entidades y organismos obligados a su implementación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 87 de 1993.

El Modelo se implementará a través del Manual Técnico del Modelo Estándar de Control Interno y es de obligatorio cumplimiento y aplicación para las entidades del Estado.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), podrá realizar actualizaciones y modificaciones al Manual Técnico, con el fin de adecuarlo a las necesidades de fortalecimiento y a los cambios de los referentes internacionales, previa aprobación del Consejo Asesor del Gobierno Nacional en materia de Control Interno. (Decreto 943 de 2014, art. 1) (se resalta).

*ARTÍCULO 2.2.21.6.2 Responsables. El establecimiento y desarrollo del Sistema de Control Interno en los organismos y entidades públicas que hacen parte del campo de aplicación del presente Título, **será responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad u organismo correspondiente y de los jefes de cada dependencia de las entidades y organismos, así como de los demás empleados de la respectiva entidad.** (Decreto 943 de 2014, art. 2)” (se resalta)”*

Todas las entidades públicas, en desarrollo de las normas de control interno (Art. 2 de la Ley 87 de 1993 – el Título 21 del Decreto 1083 de 2015 - Decreto 1537 de 2001 - se fortalece el sistema de control interno de las entidades públicas) y de gestión de riesgos y lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, en los procesos de contratación, deben adoptar sistemas de gestión de riesgos, entre ellos los riesgos asociados a las actividades delictivas (corrupción, lavado de activos, delitos determinantes, la financiación de terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva) e identificar plenamente las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, conociendo al beneficiario final, así como el origen de sus recursos.

Hoy en día en Colombia las entidades públicas se encuentran en la obligación de adoptar esquema de control interno basado en el esquema COSO (Marco de referencia para la implementación, gestión y control de un adecuado Sistema de Control Interno), mediante la adopción del Método Estándar de Control Interno (MECI), en los procesos de contratación, deben adoptar sistemas de gestión de riesgos, entre ellos los riesgos asociados a las actividades delictivas.

Por lo tanto hoy las entidades públicas están en la obligación de adoptar esquemas de mitigación de todo tipo de riesgos incluyendo los riesgos de tipo penal, no obstante para mayor claridad o seguridad jurídica para los funcionarios públicos que serían los responsables penalmente por la ocurrencia de delitos ya sea por acción u omisión, es conveniente que de igual forma exista un régimen o instructivos de programas de cumplimiento para el sector público, por lo debe incluirse esta cuestión, en el articulado de la ley de responsabilidad de las personas jurídicas y en los instructivos que se expidan, motivo por el cual se incluirá un capítulo que regule el **compliance penal para las entidades públicas**.

LEY _____ DE _____

(_____)

Diario Oficial No. _____ de ____ de ____ de _____

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

EL CONGRESO DE COLOMBIA

CONSIDERANDO:

I. Que Colombia ha suscrito y ratificado las siguientes convenciones: La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; la Convención Internacional contra la Corrupción; la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

II. Que el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), ha expedido los estándares internacionales contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación de Armas

de Destrucción Masiva, que los países deben adoptar y desarrollar, con el fin de dar cumplimiento a las citadas Convenciones.

III. Que la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos ha sido considerada por las Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas como una de las herramientas de lucha contra las actividades delictivas que los países signatarios de dichas Convenciones deben ser acogidas en sus legislaciones internas. En el artículo 26 de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), en el artículo 10 de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (2000) y en el artículo 5 del Convenio para la represión de la financiación del Terrorismo (1999), se solicita a los países consagrar en sus regulaciones internas la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos a los que hace referencia estas Convenciones.

IV. Que en las notas interpretativas tres de las Recomendaciones tres (3) y cinco (5) del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), también sugiere incluir en las normas internas esta responsabilidad por la comisión del delito de lavado de activos y la financiación del terrorismo.

V. Que tal como se expresa en el preámbulo de la es Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción existe preocupación por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el lavado de activos.

VI. Que los sistemas que deben adoptar todos los países signatarios de las Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas, para la prevención, control, detección y sanción de la corrupción, del lavado de activos, los delitos determinantes, de la financiación del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva, del narcotráfico y contra la delincuencia organizada, son instrumentos que internacionalmente se han acordado, para luchar contra estas manifestaciones delictivas y las organizaciones criminales o terroristas. Dentro de dichos instrumentos estas Convenciones consagran la necesidad de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de dichos delitos.

VII. Que es obligación de Colombia desarrollar normativamente, las obligaciones consagradas en las citadas Convenciones y las Notas Interpretativas de las Recomendaciones 3 y 5 del GAFI consagrande la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de todos estos delitos a los que se hace referencia en dichos documentos.

DECRETA:

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Objeto y ámbito de aplicación de la ley

Art. 1. Objeto de la ley. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, por todos aquellos delitos que afecten el patrimonio público y por los delitos de corrupción transnacional.

Art 2. Ámbito subjetivo de aplicación. Para efectos de la presente ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado o sociedades de economía mixta.

Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a las entidades públicas, a los organismos reguladores y de supervisión, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

TÍTULO II

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Art. 3. Atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables penalmente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

- a). Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias.
- b). La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.

c). La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a) han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de prevención y gestión de riesgos penales y de supervisión para prevenir delitos, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de esta ley.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Las personas jurídicas que posean la calidad de matrices serán responsables y sancionadas en los casos en que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en esta ley, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento.

Normas comparativas:

España	Chile	Perú
<p>«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:</p> <p>a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona</p>	<p>Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.</p> <p>Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también</p>	<p>Artículo 3. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas</p> <p>Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:</p> <p>a. Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias.</p> <p>b. La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.</p> <p>c. La persona natural señalada en el literal</p>

<p>jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.</p> <p>b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.</p>	<p>responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.</p> <p>Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.</p> <p>Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.</p>	<p>precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso.</p> <p>Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento.</p> <p>Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo, hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.</p>
--	--	---

Art. 4. Responsabilidad sucesiva. El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización de la persona jurídica, transformación, disolución, escisión, fusión, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica no impiden la atribución de responsabilidad a la misma.

En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria o de la persona jurídica, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente.

Subsiste la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

En el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el

pago de una multa, que se calcula en función al patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto; y, (ii) no incurre en responsabilidad penal cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1.

Normas comparativas:

Argentina	Perú
<p>Art. 3°- Responsabilidad sucesiva.</p> <p>En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente.</p> <p>Subsiste la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.</p>	<p>Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación</p> <p>Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta.</p> <p>El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización societaria, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma.</p> <p>En el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el pago de una multa, que se calcula teniendo en cuenta las reglas establecidas en los artículos 5 o 7, según corresponda, y en función al patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto; y, (ii) no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1.</p>

Art. 5. Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1 y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3, aun cuando la concreta persona natural responsable no haya sido individualizada, no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, o no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando dentro del proceso correspondiente se demostrare de manera fidedigna que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el artículo 3.

Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

Normas comparativas:

España	Chile	Perú
<p>Artículo 31 ter «1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.</p> <p>2. La concurrencia, en las personas</p>	<p>Artículo 5°.- Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:</p> <p>1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.</p> <p>2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.</p>	<p>Artículo 4. Autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y extinción de la acción contra la persona jurídica</p> <p>La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.</p> <p>La acción contra la persona jurídica se extingue por</p>

<p>que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.»</p>	<p>También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1º y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3º, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3º.</p>	<p>prescripción o cosa juzgada.</p> <p>La acción contra la persona jurídica prescribe en el mismo tiempo que el previsto para la persona natural, de conformidad con el primer párrafo del artículo 80 del Código Penal, siendo de aplicación asimismo, en lo que corresponda, los artículos 82, 83 y 84 del Código Penal.</p>
---	---	--

Art. 6. Eximente por implementación de un programa de prevención y gestión de riesgos penales.

La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un programa o modelo de prevención y gestión de riesgos penales adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión, siempre y cuando se presenten todas las siguientes condiciones:

- a. El órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, programas de prevención y gestión de riesgos penales que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- b. La vigilancia del funcionamiento y del cumplimiento del programa de prevención y gestión de riesgos penales implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; o en los casos de las micro, pequeñas y medianas empresas las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.
- c. Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los programas de prevención y gestión de riesgos penales.

d. No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de administración a que se refiere el literal a) del presente artículo.

En los casos en los que las anteriores condiciones solamente puedan ser acreditadas de forma parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

Normas comparativas:

España	Chile	Perú
<p>2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:</p> <p>1.a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;</p> <p>2.a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;</p> <p>3.a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y</p> <p>4.a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.a</p> <p>En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.</p> <p>3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y</p>	<p>Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal.</p> <p>Inciso 3</p> <p><i>Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.</i></p> <p><i>Las personas jurídicas NO SERÁN</i></p>	<p>Artículo 17. Eximente por implementación de modelo de prevención</p> <p>17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes</p>

<p>ganancias abreviada.</p> <p>4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.</p> <p>En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.</p> <p>5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:</p> <p>1.o Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.</p> <p>2.o Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.</p> <p>3.o Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.</p> <p>4.o Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.</p> <p>5.o Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.</p> <p>6.o Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»</p>	<p><u>RESPONSABLES</u> <u>en los casos que</u> <u>las personas</u> <u>naturales indicadas</u> <u>en los incisos</u> <u>anteriores,</u> <u>hubieren cometido</u> <u>el delito</u> <u>exclusivamente en</u> <u>ventaja propia o a</u> <u>favor de un tercero.</u></p>	<p>mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.</p>
---	--	--

Art. 7. Efectos jurídicos y valoración. El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la autoridad que ejerza la supervisión sobre la persona jurídica, en el caso que no exista ente de supervisión dicho informe será elaborado por perito que designe el fiscal. El informe técnico debe analizar la implementación y funcionamiento del programa de prevención y gestión de riesgos penales, que tiene valor probatorio de pericia institucional. Si el informe técnico establece que la implementación y funcionamiento del programa de prevención y gestión de riesgos penales antes de la comisión del delito, es adecuado y cumple con los elementos descritos en el artículo anterior, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada.

Art 8. Causales atenuantes de responsabilidad. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:

- a. Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales provenientes de los hechos.
- b. La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de delitos que pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
- c. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del proceso, de un programa de prevención de prevención y gestión de riesgos penales.
- d. La acreditación parcial de los elementos mínimos del programa de prevención y gestión de riesgos penales.
- e. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- f. Proceder en cualquier momento del proceso y con anterioridad al proceso a reparar o disminuir el daño causado.
- g. El impedimento de las consecuencias del ilícito.

Normas comparativas:

España	Chile	Perú
<p>«Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:</p> <p>a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a</p>	<p>Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:</p> <p>1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal.</p> <p>2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código</p>	<p>Artículo 12. Circunstancias atenuantes Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas las siguientes:</p> <p>a. La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia.</p> <p>b. El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito.</p>

<p>confesar la infracción a las autoridades.</p> <p>b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.</p> <p>c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.</p> <p>d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.»</p>	<p>Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.</p> <p>3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.</p>	<p>c. La reparación total o parcial del daño.</p> <p>d. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención.</p> <p>e. La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención.</p> <p>La confesión, debidamente corroborada, de la comisión del delito, con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria, tiene como efecto que el juez pueda rebajar la medida establecida en los literales a), b), y d) del artículo 5 hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido, cuando se trate de medidas temporales. Este supuesto es inaplicable en caso de flagrancia, irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso o cuando se haya configurado la reincidencia de acuerdo al segundo párrafo del artículo 13.</p>
--	--	--

Art 9. Circunstancias agravantes. Serán circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:

- a. La preexistencia de antecedentes penales de la persona jurídica.
- b. La existencia de antecedentes penales del representante legal, auditor externo, contador, auditor, socios, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión que concurren a la realización de la conducta punible.
- c. La existencia dentro de su estructura un órgano, unidad, equipo o cualquier otra instancia cuya finalidad o actividad es ilícita.
- d. Cuando se compruebe que la actividad que desarrolla la persona jurídica es predominantemente ilícita.
- e. No haber implementado un programa de prevención y gestión de riesgos penales, estando obligado a ello, o que éste no cumpla con los requisitos exigidos por esta ley o en el instructivo expedido por la Fiscalía General de la Nación.

Normas comparativas:

Chile	Perú
Artículo 7°.- Circunstancia agravante. Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito	Artículo 13. Circunstancias agravantes Constituye circunstancia agravante la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo 1. Este supuesto se configura cuando se pruebe que la actividad que desarrolla la persona jurídica es predominantemente ilícita. Asimismo, constituye circunstancia agravante cuando la persona jurídica contiene dentro de su estructura un órgano, unidad, equipo o cualquier otra instancia cuya finalidad o actividad es ilícita. La comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo 1, dentro de los cinco años posteriores a la fecha en que se le haya impuesto, mediante sentencia, una o más medidas, tiene como efecto que el juez pueda aumentar las medidas establecidas en los literales a), b) y d) del artículo 5, hasta en una mitad por encima del máximo legal establecido.

TÍTULO III

CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Art 10. Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

1. Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la persona jurídica;

Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

2. Multa a favor del tesoro público.

3. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.
4. Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
5. Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
6. El juez puede ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica que resulte responsable de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1, cuando sea necesario, para salvaguardar los derechos de los trabajadores, de los acreedores o de terceros de buena fe.
7. La remoción inmediata de administradores, directores y representantes legales.
8. La prohibición de ejercer determinada actividad económica o de celebrar determinada clase de actos o negocios jurídicos
9. Las penas accesorias previstas en el artículo 17 esta ley.
10. Ser Intervenido por la autoridad competente.

Normas comparativas:

Argentina	Chile	Perú
<p>Art. 7°- Penas. Las penas aplicables a las personas jurídicas serán las siguientes:</p> <p>1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;</p> <p>2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;</p>	<p>Artículo 8°.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:</p> <p>1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.</p> <p>Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar</p>	<p>Artículo 6. Medidas administrativas complementarias</p> <p>El juez, a requerimiento del Ministerio Público, puede ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica que resulte responsable de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1, cuando sea necesario, para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un período de dos años.</p> <p>La intervención puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de</p>

<p>3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;</p> <p>4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;</p> <p>5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;</p> <p>6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.</p>	<p>graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.</p> <p>2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.</p> <p>3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.</p> <p>4) Multa a beneficio fiscal.</p> <p>5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13.</p>	<p>sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez debe fijar exactamente el contenido y alcances de la intervención y determinar la entidad a cargo de la intervención y los plazos en que esta debe cursarle informes a fin de efectuar el seguimiento de la medida.</p> <p>La intervención se puede modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y disposición del Ministerio Público. El interventor está facultado para acceder a todas las instalaciones y locales de la entidad y recabar la información que estime necesaria para el</p> <p>ejercicio de sus funciones, debiendo guardar estricta confidencialidad respecto de la información secreta o reservada de la persona jurídica, bajo responsabilidad.</p>
---	---	---

Art. 11. Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica.

La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regule, al o a los liquidadores encargados de la liquidación de la persona jurídica, quienes cumplirán las funciones previstas en las normas vigentes.

Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés social, el juez, mediante resolución fundada, podrá ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor. Esta deberá efectuarse ante el propio juez.

Esta sanción se podrá imponer únicamente en los casos de delitos en los que concurra la circunstancia agravante establecida en la presente ley.

Art. 12. Multa a beneficio del tesoro público. Consiste en la obligación de pagar una suma de dinero a favor del erario público, como sanción por la comisión de uno de los delitos del artículo 1.

Esta pena se graduará del siguiente modo:

- a. La multa será de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener.
- b. Cuando no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o del que se esperaba obtener con la comisión de los delitos previstos en el artículo 1, el valor de la multa será de hasta el diez (10) por ciento del patrimonio de la persona jurídica

La multa debe ser pagada dentro de los diez días hábiles de pronunciada la sentencia condenatoria. A solicitud de la persona jurídica y cuando el pago del monto de la multa pueda poner en riesgo su continuidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando sea aconsejable por el interés general, el juez podrá autorizar que el pago se efectúe pagos parciales, dentro de un límite que no exceda de treinta y seis meses.

En caso de que la persona jurídica no cumpla con el pago de la multa impuesta, esta puede ser ejecutada sobre sus bienes, previo requerimiento judicial, en la medida de prohibición de actividades de manera definitiva.

Normas comparativas:

Chile	Perú
<p>Artículo 12.- Multa a beneficio fiscal. Esta pena se graduará del siguiente modo:</p> <p>1) En su grado mínimo: desde doscientas a dos mil unidades tributarias mensuales.</p> <p>2) En su grado medio: desde dos mil una a diez mil unidades tributarias mensuales.</p> <p>3) En su grado máximo: desde diez mil una a veinte mil unidades tributarias mensuales.</p> <p>El tribunal podrá autorizar que el</p>	<p>Cuando no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o del que se esperaba obtener con la comisión de los delitos previstos en el artículo 1, el valor de la multa se establece conforme a los siguientes criterios:</p> <p>a) Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende hasta ciento cincuenta (150) unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de diez (10) ni mayor de cincuenta (50) unidades impositivas tributarias.</p> <p>b) Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito sea mayor a ciento cincuenta (150) unidades impositivas tributarias y menor de mil setecientas (1700) unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de cincuenta (50) ni mayor de quinientas (500) unidades impositivas tributarias (UIT).</p> <p>c) Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión</p>

<p>pago de la multa se efectúe por parcialidades, dentro de un límite que no exceda de veinticuatro meses, cuando la cuantía de ella pueda poner en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica sancionada, o cuando así lo aconseje el interés social.</p> <p>El tribunal, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, comunicará la aplicación de la multa a la Tesorería General de la República, quien se hará cargo de su cobro y pago.</p>	<p>del delito sea mayor a mil setecientas (1700) unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de quinientas (500) ni mayor a diez mil (10000) unidades impositivas tributarias (UIT).</p> <p>La multa debe ser pagada dentro de los diez días hábiles de pronunciada la sentencia que tenga la calidad de consentida o ejecutoriada. A solicitud de la persona jurídica y cuando el pago del monto de la multa pueda poner en riesgo su continuidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando sea aconsejable por el interés general, el juez autoriza que el pago se efectúe en cuotas mensuales, dentro de un límite que no exceda de treinta y seis meses.</p> <p>En caso de que la persona jurídica no cumpla con el pago de la multa impuesta, esta puede ser ejecutada sobre sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, en la medida de prohibición de actividades de manera de definitiva, prevista en el numeral 2 del literal b) del artículo 5.</p>
--	--

Art. 13. Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. Esta prohibición consiste en la pérdida del derecho a participar en procesos de contratación estatal y de ser contratista de las entidades del Estado o donde éste tenga participación. Esta pena procederá únicamente cuando la persona jurídica sea condenada por delitos que tengan relación con la celebración de contratos estatales. Esta prohibición será temporal, y será por el mismo tiempo que esté prevista para la pena de prisión en el delito por el cual fue condenada la persona jurídica.

Art. 14. Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado. Para efectos de esta ley se entenderá por beneficios fiscales, aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de exenciones, subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, los subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de estos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza.

Esta prohibición será temporal, y será por el mismo tiempo que esté prevista para la pena de prisión en el delito por el cual fue condenada la persona jurídica.

Art. 15. La remoción inmediata de administradores, directores y representantes legales. Consiste en la prohibición impuesta por el juez a la persona jurídica, de mantener al representante legal, auditor

externo, contador, auditor, socios, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión que fungían como tales al momento de la comisión de la conducta punible, cuando hubiere participado en la comisión del delito.

Esta prohibición comprende la de mantener vínculos jurídicos con esas mismas personas, ya sea en calidad de empleados, contratistas o cualquiera otra naturaleza. Esta pena procede frente a todos los delitos que son susceptibles de ser cometidos por la persona jurídica, consagrados en el artículo 1.

Art. 16. La prohibición de ejercer determinada actividad económica o de celebrar determinada clase de actos o negocios jurídicos. Consiste en la prohibición de ejercer la actividad económica en cuyo ejercicio se cometió la conducta punible, o de celebrar los actos, contratos o negocios jurídicos que sirvieron como medio o instrumento para la comisión del delito. Esta prohibición será temporal, y será por el mismo tiempo que esté prevista para la pena de prisión en el delito por el cual fue condenada la persona jurídica.

Art. 17. Las penas accesorias. El juez, a requerimiento de la Fiscalía General de la Nación, podrá imponer las siguientes penas accesorias:

1. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria. Se llevará a cabo, por cuenta de la persona jurídica, una publicación de un extracto de la sentencia condenatoria, en un diario de amplia circulación y en otro medio de comunicación de gran difusión, entro de los diez (10) días hábiles siguientes a que se encuentre ejecutoriada.
2. Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados; lo anterior sin perjuicio de la iniciación de las posibles acciones de extinción de dominio.

Normas comparativas:

Chile	Perú
-------	------

<p>Artículo 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes:</p> <p>1) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional.</p> <p>La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.</p> <p>2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados.</p> <p>3) En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.</p>	<p>Artículo 6. Medidas administrativas complementarias</p> <p>El juez, a requerimiento del Ministerio Público, puede ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica que resulte responsable de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1, cuando sea necesario, para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un período de dos años.</p> <p>La intervención puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez debe fijar exactamente el contenido y alcances de la intervención y determinar la entidad a cargo de la intervención y los plazos en que esta debe cursarle informes a fin de efectuar el seguimiento de la medida.</p> <p>La intervención se puede modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y disposición del Ministerio Público. El interventor está facultado para acceder a todas las instalaciones y locales de la entidad y recabar la información que estime necesaria para el</p>
---	--

Art. 18. Intervención de la persona jurídica. El juez, a requerimiento de la Fiscalía General de la Nación, puede ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica que resulte responsable de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1, cuando sea necesario, para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un período de dos años. La intervención puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.

El juez debe fijar exactamente el contenido y alcances de la intervención y determinar la entidad a cargo de la intervención y los plazos en que esta debe cursarle informes a fin de efectuar el seguimiento de la medida. La intervención se puede modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y disposición de la Fiscalía General de la Nación.

El interventor está facultado para acceder a todas las instalaciones y locales de la entidad y recabar la información que estime necesaria para el ejercicio de sus funciones, debiendo guardar estricta

confidencialidad respecto de la información secreta o reservada de la persona jurídica, bajo responsabilidad.

Art. 19. Criterios de graduación de las sanciones. Las sanciones por las infracciones a la presente ley se graduarán atendiendo a los siguientes criterios los cuales deberán ser atendidos por el juez, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo:

1. El beneficio económico obtenido o pretendido por el infractor con la conducta.
2. La mayor o menor capacidad patrimonial del infractor.
3. La reiteración de conductas.
4. La gravedad del hecho punible
5. La extensión del daño o peligro causado
6. El móvil para la comisión del delito.
7. La negativa, resistencia u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión y la conducta procesal del investigado.
8. El reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.
9. La existencia, ejecución y efectividad de programas de prevención y gestión de riesgos penales, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la presente ley.
10. El grado de cumplimiento de las medidas cautelares.
11. Haber realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo a un proceso de fusión, escisión, reorganización o adquisición del control en el que esté involucrada la sociedad que cometió la infracción.
12. Haber puesto en conocimiento de las autoridades la comisión de las conductas enunciadas en el artículo 1.
13. El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control.
14. El interés general
15. Bienes jurídicos tutelados de terceros interesados de buena fe.

El juez, al momento de aplicar las sanciones, consagradas en la presente ley, debe tener en cuenta que esas medidas no afecten o pongan en peligro intereses o bienes jurídicos tutelados de terceros de buena fe que sean completamente ajenos a los hechos y, por lo tanto, no pueden ser responsables de dichas consecuencias.

Así mismo, el juez deberá tener presente si estas sanciones impuestas a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio público o de utilidad pública pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de la pena.

Normas comparativas:

Chile	Perú
<p>Artículo 14.- Escala general. La pena que se imponga a la persona jurídica se determinará en relación a la prevista para el delito correspondiente señalado en el artículo 1°, de conformidad a la siguiente escala:</p> <p>Escala General de Penas para Personas Jurídicas</p> <p>1.- Penas de crímenes.</p> <p>a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.</p> <p>b) Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo a perpetuo.</p> <p>c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años.</p> <p>d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo.</p> <p>En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.</p> <p>2.- Penas de simples delitos.</p> <p>a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio.</p> <p>b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.</p> <p>c) Multa en su grado mínimo a medio.</p> <p>En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.</p> <p>Artículo 17.- Reglas de determinación judicial de la pena. Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios:</p> <p>1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.</p> <p>2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.</p>	<p>Artículo 14. Criterios para la aplicación de las medidas administrativas</p> <p>Las medidas previstas en los literales b, c y d del artículo 5 son determinadas por el juez en atención a los siguientes criterios, según corresponda:</p> <p>a. La gravedad del hecho punible. b. La capacidad económica de la persona jurídica. c. La extensión del daño o peligro causado. d. El beneficio económico obtenido por el delito. e. El móvil para la comisión del delito. f. El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control.</p>

<p>3) La capacidad económica de la persona jurídica.</p> <p>4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual.</p> <p>5) La extensión del mal causado por el delito.</p> <p>6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.</p>	
--	--

Art. 20. Suspensión de la condena. Si en la sentencia condenatoria el juez impusiere alguna en su grado mínimo, podrá, mediante decisión fundada y de manera excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la persona jurídica, disponer la suspensión de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a seis meses ni superior a dos años. En este caso, el juez podrá sustraer de este efecto la pena accesoria de comiso.

Tratándose de personas jurídicas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia. Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito.

Normas comparativas:

<p>Perú</p>
<p>Artículo 16. Suspensión de la ejecución de las medidas</p> <p>16.1. El juez puede disponer mediante resolución debidamente motivada y de modo excepcional, la suspensión de la ejecución de las medidas impuestas y sus efectos por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años, siempre que la medida a imponerse esté por debajo del tercio inferior conforme a lo establecido en el artículo 15, y no se re era a la prevista en el primer párrafo del artículo 8, el primer párrafo del artículo 9 o en el artículo 10.</p> <p>16.2. El juez al ordenar la suspensión de la ejecución de la medida impuesta y sus efectos impone a la persona jurídica las siguientes reglas: (i) la reparación total del daño y (ii) la obligación de adoptar e implementar un modelo de prevención.</p> <p>16.3. Si durante el periodo de suspensión la persona jurídica no cumple con las reglas impuestas, el Juez puede, según</p>

sea el caso: (i) prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo fijado; en ningún caso la prórroga acumulada debe exceder los dos años, o (ii) revocar la suspensión decretada.

16.4. Si transcurre el periodo de suspensión sin que la persona jurídica sea incorporada a un nuevo proceso penal de conformidad con lo previsto en los artículos 90 y 91 del Decreto Legislativo N° 957, Decreto Legislativo que promulga el nuevo Código Procesal Penal, y se verifica el cumplimiento de las reglas impuestas, el juez deja sin efecto la sanción impuesta y resuelve el sobreseimiento de la causa.

16.5. Esta suspensión no afecta el decomiso dispuesto judicialmente, según lo previsto en el artículo 11.

Art. 21. Extinción de la acción. La responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el Código Penal. La acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción o cosa juzgada. La extinción de la acción penal contra las personas naturales autoras o partícipes del hecho delictivo no afectará la vigencia de la acción penal contra la persona jurídica.

Normas comparativas:

Argentina	Chile
<p>Art. 4°- Extinción de la acción. La acción penal contra la persona jurídica sólo se extinguirá por las causales enumeradas en los incisos 2 y 3 del artículo 59 del Código Penal.</p> <p>La extinción de la acción penal contra las personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo no afectará la vigencia de la acción penal contra la persona jurídica.</p>	<p>Artículo 19.- Extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la prevista en su número 1°.</p>

TÍTULO IV

DISPOSICIONES PROCEDIMENTALES

Art. 22. Normas aplicables. La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en la presente ley, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Código Procedimiento Penal, gozando la persona jurídica de todos los

derechos y garantías que la Constitución Política de Colombia y la normatividad vigente reconoce a favor del imputado.

Norma comparativa:

Perú
TERCERA. Vía procesal y puesta en vigencia de artículos del Código Procesal Penal
La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en el presente Decreto Legislativo, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Decreto Legislativo N° 957, gozando la persona jurídica de todos los derechos y garantías que la Constitución Política del Perú y la normatividad vigente reconoce a favor del imputado.
Para dicho efecto, se adelanta la vigencia de los artículos 90 al 93, 372 y 468 al 471 del Decreto Legislativo N° 957 y demás normas de este Decreto Legislativo que resulten aplicables en aquellos distritos judiciales donde no se encuentre vigente.

TÍTULO V

PROGRAMA DE PREVENCIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS PENALES

Art. 23. Elementos del programa de prevención y gestión de riesgos penales. Los programas o modelos de prevención y gestión de riesgos penales (Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal) deberán estar diseñados e implementados con enfoque basado en el riesgo y en los estándares internacionales sobre cumplimiento normativo y gestión de riesgos y cumplir con los siguientes requisitos:

1. Designar un encargado de prevención.

- a. El cual es designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda.
- b. El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la administración de la persona jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores.

Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.

2. Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.
3. Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
4. Implementar de procedimientos de denuncia y mecanismos e instrumentos para la prevención, detección, prevención y reporte de operaciones que resulten sospechosas, de ser constitutivas de algunos de delitos, en especial a los que se hace referencia en el artículo 1 de la presente ley.
5. Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
6. Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención y gestión de riesgos penales.
7. Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.
8. Realizar una verificación periódica del modelo de prevención y gestión de riesgos penales de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

La Fiscalía General de la Nación, teniendo presente los anteriores requisitos expedirá el instructivo mediante el cual se establezcan las guías para el diseño y adopción de los programas de prevención y gestión de riesgos penales, definirá cuáles son las características, elementos, requisitos, procedimientos y controles mínimos que deberán tener esos programas. Tales instructivos deberán basarse en los estándares internacionales sobre cumplimiento normativo (Norma ISO 19600 Norma UNE 19601) y de gestión de riesgos (Norma ISO 31000 – 31010 - 37001) y la Recomendaciones del GAFI. En el instructivo se definirán los indicadores que usarán para evaluar la eficacia mínima que deben tener los programas de prevención y gestión de riesgos penales.

En el caso de las micro, pequeñas y medianas empresas, el modelo de prevención y gestión de riesgos penales será acorde a su naturaleza y características, y los elementos mencionados se adecuarán a su propia estructura.

Normas comparativas:

España	Chile	Perú
<p>5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:</p> <p>1.o Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.</p> <p>2.o Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.</p> <p>3.o Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros</p>	<p>Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:</p> <p>1) Designación de un encargado de prevención.</p> <p>a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la "Administración de la Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.</p> <p>b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.</p> <p>En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.</p> <p>2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.</p> <p>La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se</p>	<p>17.2. El modelo de prevención debe de contar con los siguientes elementos mínimos:</p> <p>17.2.1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.</p> <p>17.2.2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.</p> <p>17.2.3. Implementación de procedimientos de denuncia.</p>

<p>adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.</p> <p>4.o Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.</p> <p>5.o Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.</p> <p>6.o Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los</p>	<p>considerarán a lo menos:</p> <p>a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.</p> <p>b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.</p> <p>3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.</p> <p>El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:</p> <p>a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.</p> <p>b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.</p> <p>c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.</p> <p>d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.</p> <p>Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores.</p>	<p>17.2.4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.</p> <p>17.2.5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.</p> <p>El contenido del modelo de prevención, atendiendo a las características de la persona jurídica, se desarrolla en el Reglamento de la presente Ley. En caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados.</p> <p>17.3. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.</p> <p>17.4. Se excluye también la responsabilidad de la persona jurídica, cuando cualquiera de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito</p>
--	---	---

hagan necesarios.»	Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.	eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado.
--------------------	---	---

Art. 24. Programas de prevención y gestión de riesgos penales obligatorios. Están obligadas a implementar los programas de prevención y gestión de riesgos penales a los que se hace referencia en el artículo 23 de la presente ley, las personas jurídicas obligadas a adoptar sistemas de gestión de riesgos asociados al lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

La autoridad que ejerzan las funciones de supervisión, fiscalización, control y vigilancia de la respectiva persona jurídica deberá vigilar el cumplimiento de estas obligaciones.

En todo caso, la responsabilidad administrativa por incumplimiento de esta obligación es independiente de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Art. 25. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Las personas jurídicas vigiladas por la Superintendencia del Sistema Financiero obligadas adoptar programas de prevención y de gestión de riesgos penales, sus directores, administradores, gerentes, auditores externos u otros funcionarios o empleados, podrán ser objeto de las medidas y sanciones previstas en Estatuto Orgánico del, en caso de incumplimiento total, parcial o extemporáneo a lo dispuesto en las obligaciones contenidas en el artículo 23 de esta ley o en las instrucciones que expida la Fiscalía General de la Nación.

Art. 26. Responsabilidad administrativa de las demás personas jurídicas. Las personas jurídicas obligadas a adoptar programas de prevención y de gestión de riesgos penales, no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, sus directores, administradores, gerentes, auditores externos u otros funcionarios o empleados, podrán ser objeto de las medidas y sanciones previstas en el artículo 27 de esta ley, en caso de incumplimiento total, parcial o extemporáneo a lo dispuesto a las obligaciones contenidas en el artículo 23 de esta ley, en su reglamento o en las instrucciones que expida la Fiscalía General de la Nación.

La imposición de las sanciones o adopción de las medidas administrativas a las que hace referencia en la presente ley será realizada por la respectiva autoridad que ejerza las funciones de supervisión,

fiscalización o vigilancia sobre la persona jurídica obligada a adoptar los programas de prevención y gestión de riesgos penales.

Art. 27. Sanciones administrativas. Las personas obligadas a adoptar programas de prevención y de gestión de riesgos penales, no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, podrán ser objeto de las siguientes medidas y sanciones, en caso de incumplimiento total, parcial o extemporáneo a lo dispuesto a las obligaciones contenidas en el artículo 23 de esta ley, en su reglamento o en las instrucciones que expida la Fiscalía General de Nación:

- a) Amonestación privada.
- b) Amonestación pública.
- c) Imposición de multas de hasta el cuatro (4) por ciento del patrimonio de la persona jurídica;
Las multas pecuniarias podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó.
Adicionalmente, la autoridad de supervisión de la respectiva persona jurídica podrá ordenar a la persona jurídica multada que destine una suma de la multa impuesta a la implementación de mecanismos correctivos o de mejora de los programas de prevención y gestión de riesgos penales, que deberá acordar con el mismo organismo de control.

Además de la sanción que corresponda imponer al sujeto obligado por la comisión de infracciones muy graves, se podrán imponer una o varias de las siguientes sanciones a los directores, administradores, gerentes, auditores externos u otros funcionarios o empleados, fueran responsables de la infracción:

- a) Emisión de las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales de los directores, administradores, gerentes, auditores externos u otros funcionarios o empleados de una persona jurídica y la adopción de las correspondientes medidas correctivas;
- b) Amonestación privada o pública a los directores, administradores, gerentes, auditores externos u otros funcionarios o empleados de la persona jurídica;
- c) Imposición a los directores, administradores, representantes legales, auditores externos u otros funcionarios o empleados de la persona jurídica, de multas de hasta dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales.

Art. 28. Certificación del programa de prevención y gestión de riesgos penales. Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su programa de prevención o gestión de riesgos penales, por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos por la autoridad competente.

La existencia de una adecuada certificación del programa de prevención y gestión de riesgos, constituirá un elemento probatorio favorable, dentro del proceso de responsabilidad de la persona jurídica.

En el certificado constará que dicho programa contempla todos los requisitos establecidos en esta ley y en el instructivo que expedirá la Fiscalía General de la Nación y los estándares internacionales sobre cumplimiento normativo y gestión de riesgos, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas especializadas que cumplan con los requisitos que se definan en instructivo que expedirá la Fiscalía General de la Nación. Las empresas certificadoras deberán estar inscritas en las respectivas autoridades de supervisión, control, fiscalización y vigilancia, las cuales previamente deberán verificar que cumplen dichos requisitos.

Normas comparativas:

Chile	Perú
<p>4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.</p> <p>a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.</p> <p>b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.</p> <p>Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.</p> <p>c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.</p>	<p>Artículo 19. Certificación del modelo de prevención</p> <p>El modelo de prevención puede ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el párrafo 17.2 del artículo 17. El reglamento establece la entidad pública a cargo de la acreditación de terceros, la norma técnica de certificación y demás requisitos para la implementación adecuada de los modelos de prevención.</p>

TÍTULO VI
PREVENCIÓN DE LAS ACTIVIDADES DELICTIVAS EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Art. 29. Rol de las entidades públicas en la prevención, control, detección y reporte de actividades delictivas. Las entidades públicas no son objeto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo, todas las entidades públicas en el desarrollo de sus funciones misionales y en los procesos de contratación, deben adoptar programas de prevención y gestión de riesgos penales.

Las entidades públicas deberán designar una persona encargada de la prevención y gestión de riesgos penales y reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) las operaciones o información que requiera dicha Unidad.

La persona delegada para la gestión de riesgos penales, deberá contar con autonomía e independencia.

Los elementos y requisitos de los programas de prevención y gestión de riesgos penales en las entidades públicas serán los definidos en el artículo 23 de la presente ley.

Art. 30. Mecanismos de control para la detección de operaciones sospechosas, por parte de las entidades públicas. Las entidades públicas, en aplicación de los programas de prevención y gestión de riesgos penales, deben adoptar políticas y procedimientos para la prevención, detección y reporte a la UIAF de operaciones que resulten sospechosas, de ser constitutivas de delitos, en especial a los que se hace referencia en el artículo 1 de la presente ley.



Así mismo, deben reportar a la UIAF cualquier información que dicha Unidad les solicite, en la forma y oportunidad que la UIAF lo determine



Art. 31. Derogatorias


Anexo No. 2




LISTADO DE ENTES SUPERVISORES Y LOS SISTEMAS DE PREVENCIÓN DE LAFT APLICABLES A LOS SUJETOS OBLIGADOS A ADOPTAR SISTEMAS DE PREVENCIÓN DEL LA/FT




ENTIDAD	SECTOR VIGILADO	SUJETOS OBLIGADOS	SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAFT	NORMATIVIDAD APLICABLE
---------	-----------------	-------------------	-------------------------------	------------------------


ENTIDAD	SECTOR VIGILADO	SUJETOS OBLIGADOS	SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAFT	NORMATIVIDAD APLICABLE	
	Funciones de inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos y demás entidades que conforman el Sistema Nacional del Deporte	Clubes con deportistas profesionales vigilados por Coldeportes y todas las entidades bajo inspección, vigilancia y control de Coldeportes. Entidades sin ánimo de lucro que integran el Sistema Nacional del Deporte	SIPLAFT <ul style="list-style-type: none"> • Diseño, aprobación e implementación de políticas. • Identificación de factores de riesgo • Establecimiento de medidas de control • Acreditación de procesos de verificación • Conocimiento de clientes, empleados, proveedores, determinación de PEP's • Políticas de manejo de efectivo • Roles y responsabilidades • Reportes a la UIAF (ROS, ROE) • Reportes de transferencia y derechos deportivos de los jugadores • Reportes de Accionistas o asociados • Reporte de Taquilla • Reporte de patrocinio, donaciones, derechos de televisión y/o publicidad 	Ley 1445 de 2011	Art 5 - Verificación de los aportes de quienes conforman el Sistema Nacional del Deporte. Envío de declaraciones juramentadas del Representante Legal de la UIAF realiza la verificación de los aportes.
				Min Hacienda Decreto 3160 de 2011	Reglamenta el mecanismo de verificación de aportes de quienes conforman el Sistema Nacional del Deporte a cargo de la UIAF.
				COLDEPORTES CE 010 de 2011	Instrucciones sobre presentación de información de los Clubes profesionales de Fútbol a la UIAF.
				COLDEPORTES CE 002 de 2013 CE 003 de 2013	Adopción de SIPLAF para Clubes profesionales de Fútbol (Desde Marzo de 2014)
				COLDEPORTES CE 05 de 2016	Instrucciones relativas a la adopción del Sistema Interno de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo
				COLDEPORTES CE 06 de 2016	Instrucciones relativas a la Prevención y Control del lavado de dinero con ánimo de lucro que integran el sistema nacional del Deporte
	Juegos Localizados (casinos, bingos, apuestas en deportes y carreras virtuales); Juegos Novedosos (Baloto - Revancha y Súper Astro Millonario), las Rifas Nacionales http://www.coljuegos.gov.co/publicaciones/300638 y los Sorteos Promocionales.	Juegos de Suerte y Azar localizados, novedosos y de apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares autorizados por Coljuegos	SIPLAFT Está compuesto por las fases de prevención y control y exige como mínimo los siguientes elementos: <ul style="list-style-type: none"> • Políticas • Procedimientos • Mecanismos de debida diligencia • Instrumentos que se aplicarán • Medidas de control • Conservación de documentos y registros • Identificación de los clientes: <ul style="list-style-type: none"> - Apostadores - Ganadores • Reportes a la UIAF (ROS, ROE, tarjetas débito y crédito por operaciones ≥ 5 millones, Reporte transacciones múltiples en efectivo, tarjetas débito y crédito ≥ 15 millones). • Reportes de ganadores de premios • Reportes de ausencia de operaciones sospechosas, operaciones en efectivo, ganadores de premios • Reportes a COLJUEGOS de las transacciones ≥ 5 millones y ganadores ≥ 5 millones. Ausencia de transacciones en efectivo, tarjetas y premios. 	Ley 1121 de 2006	Art. 3 - Las personas que se dediquen profesionalmente a las operaciones de cambio y del mercado libre de divisas, sujetos al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
				UIAF Resolución 153 de 2013	Deroga la Resolución 141, para los juegos localizados de 260 de 2013 de COLJUEGOS.
				UIAF Resolución 154 de 2013	Deroga parcialmente la Resolución 142 de 2006. Para lo dispuesto en la Res 260 de 2013 de COLJUEGOS.
				UIAF Resolución 022 de 2015	Reportes. Deroga totalmente las Resoluciones 142 de 2006 y 142 de 2007.
				COLJUEGOS CE 007 de 2013	Cronograma de implementación del SIPLAFT para los Juegos de Suerte y Azar localizados, novedosos y de apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares autorizados por Coljuegos
				COLJUEGOS Resolución 20161200032 334 de 2016	Establece los requisitos para la implementación del Sistema Interno de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo de Juegos de Suerte y Azar localizados, novedosos y de apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares autorizados por Coljuegos. Establece los reportes a COLJUEGOS y a la UIAF. Deroga las Res. 260 de 2013, 1295 de 2013, 1879 de 2013. Plazo de implementación 30 de marzo de 2017.



ENTIDAD	SECTOR VIGILADO	SUJETOS OBLIGADOS	SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAFT	NORMATIVIDAD APLICABLE	
 <p>CNJSA CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - CNJSA</p>	<p>Operadores de Juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales (Operadores de juegos de lotería tradicional o de billetes, operadores de Apuestas permanentes o Chance, apuestas en eventos hípicas y demás juegos cuya explotación corresponde a las entidades territoriales)</p>	<p>Operadores de juegos de suerte y azar del nivel territorial</p>	<p>SIPLAFT El documento SIPLAFT debe ser verificado y aprobado por el CNJSA</p> <p>Está compuesto por las fases de prevención y control y exige como mínimo los siguientes elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Políticas • Procedimientos • Mecanismos de debida diligencia • Instrumentos que se aplicarán • Medidas de control • Conservación de documentos y registros • Identificación de los clientes: <ul style="list-style-type: none"> - Ganadores de lotería ≥ 5 millones - Ganadores apuestas permanentes o eventos hípicas ≥ \$ 500.000 • Reportes a la UIAF (ROS, Ausencia de ROS, Reporte de ganadores de premios, ausencia de ganadores) • Reportes mensuales de ganadores de premios al CNJSA 	<p>Ley 1121 de 2006</p>	<p>Art. 3 - Las personas que se dediquen profesionalmente a operaciones de cambio y del mercado libre de divisas, sujetos al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.</p>
			<p>CNJSA Acuerdo 317 de 2016</p>	<p>Requisitos para la adopción e implementación del sistema de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo de las entidades operadoras del juego de lotería tradicional o permanentes o chance y de apuestas en eventos hípicas explotación corresponda a las entidades territoriales.</p>	
 <p>DIAN DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES</p>	<p>Controlados por la Dirección de Fiscalización – Subdirección de Fiscalización Aduanera</p> <p>OPERADORES DE COMERCIO EXTERIOR</p>	<p>OPERADORES DE COMERCIO EXTERIOR</p> <p>Depósitos públicos y privados, sociedades de intermediación aduanera, sociedades portuarias, usuarios operadores, industriales y comerciales de zonas francas, empresas transportadoras, agentes de carga internacional, intermediarios de tráfico postal y envíos urgentes, empresas de mensajería, Usuarios aduaneros permanentes, usuarios altamente Exportadores, los demás auxiliares de la función aduanera y profesionales del cambio de divisas</p>	<p>SIPLA</p> <p>Contempla la prevención y control del Lavado de Activos.</p> <p>Establece que las empresas operadoras de comercio exterior, deben contar con medidas de control, apropiadas y suficientes para prevenir las actividades delictivas.</p> <p>El sistema debe incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Manuales de procedimientos para conocimiento de los clientes y del mercado - Actividades de control - Uso de herramientas tecnológicas de acuerdo con el tamaño y actividad de la empresa - Roles y responsabilidades - Sanciones <p>Reportes a la UIAF</p>	<p>Ley 1121 de 2006</p>	<p>Art. 3 - Las personas que se dediquen profesionalmente a operaciones de cambio y del mercado libre de divisas, sujetos al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.</p>
			<p>Ley 1762 de 2015</p>	<p>Art. 27. Funciones del Revisor Fiscal. Adiciónese al numeral anterior un nuevo numeral, el cual quedará así: "Artículo 207. (Funciones del Revisor Fiscal) Información y Análisis Financiero las operaciones I categorías de los términos del literal d) del numeral 2 del artículo 102 del presente Estatuto Orgánico del Sistema Financiero."</p>	
			<p>Decreto 390 de 2016</p>	<p>Art. 43. Operador de Comercio Exterior</p> <ul style="list-style-type: none"> - Agencias de aduana. - Agentes de carga internacional. - Agentes aeroportuarios, agentes marítimos o agentes de carga aérea. - Industrias de transformación y/o ensamble. - Operador postal oficial o concesionario de correos. - Operador de envíos de entrega rápida o mensajería express. - Operador de transporte multimodal. - Transportadores. - Usuarios del régimen de admisión temporal para perfeccionamiento de operaciones. - Depósitos. - Puntos de ingreso y/o salida para la importación y/o exportación. - Zonas de control, comunes a varios puertos o muelles. - Zona de verificación para envíos de entrega rápida o mensajería express. - Zonas primarias de los aeropuertos, puertos o muelles. <p>Art. 52 Obligaciones generales de los operadores de Comercio Exterior Las personas que se dediquen profesionalmente a actividades de control al lavado de activos y financiación del terrorismo</p>	



ENTIDAD	SECTOR VIGILADO	SUJETOS OBLIGADOS	SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAFT	NORMATIVIDAD APLICABLE
				<p>la Ley 190 de 1995, las obligaciones establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, serán aplicables a los operadores de cambio y a las personas que se dediquen profesionalmente a actividades de cambio, en los términos y condiciones que defina la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales pertinente a las actividades para las que fueron autorizadas. El cumplimiento de tales obligaciones estará a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.</p> <p>DIAN Circular 170 de 2002 UIAF Resolución 285 de 2007 UIAF Resolución 212 de 2009 UIAF Resolución 017 de 2016</p> <p>Procedimientos que deben implementar los usuarios de cambio y control del Lavado de Activos y la detección y reporte de operaciones sospechosas.</p> <p>Obligación de reportar a la UIAF</p> <p>Reporte de ausencia de operaciones sospechosas y actividades de cambio en efectivo</p> <p>Modifica las Res 212 y 285 y unifica la periodicidad de los reportes</p>
	<p>Controlados por la Subdirección de Control Cambiario.</p> <p>Operaciones derivadas del régimen cambiario que no sean de competencia de otra entidad</p>	<p>Profesionales de Compra y Venta de Divisas autorizados por la DIAN</p> <p>Profesionales de cambio que actúen como corresponsales cambiarios, en los términos de la Ley 1328 de 2009</p>	<p>SARLAFT</p> <p>Establece los elementos y etapas que debe contemplar el sistema para la administración de los riesgos de LAFT</p> <p>El sistema debe incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Políticas - Metodologías para la segmentación, medición y control del riesgo - Estructura, roles y responsabilidades - Procedimientos de control - Capacitación - Conservación de documentos <p>Reportes a la UIAF</p>	<p>Ley 1121 de 2006 Ley 1328 de 2009 BANCO DE LA REPUBLICA RES 008 de 2000 DIAN Circular 028 de 2011 DIAN Resolución 000061 de 2017 UIAF Resolución 059 de 2013</p> <p>Art. 3 - Las personas que se dediquen profesionalmente a las operaciones de cambio y del mercado libre de divisas sujetos al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.</p> <p>Art 100 - Parágrafo. Los profesionales de compra y venta de divisas, como corresponsales cambiarios, deberán acreditar además de los requisitos vigentes, condiciones éticas, idoneidad profesional de los interesados</p> <p>Obligaciones para poder comprar y vender profesionalmente divisas</p> <p>Sustituye la Circular 170 de 2002 en su aplicación frente a las operaciones de divisas en efectivo y cheques de viajero.</p> <p>Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva de los profesionales de compra y venta de divisas en efectivo por la DIAN</p> <p>Por la cual se impone a los profesionales de compra y venta de divisas reportar de manera directa a la unidad de información y control del riesgo de cambio. Deroga las Resoluciones UIAF 062 y 111 de 2007 que modificaron directamente a la UIAF a los profesionales del cambio</p>
	Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	Operadores de Servicios Postales de Pago, habilitados por el Ministerio. Actividades de giros nacionales e internacionales desarrolladas por el Operador Postal Oficial	<p>SARLAFT</p> <p>Se incluyen las etapas para el desarrollo del SARLAFT y los siguientes elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Políticas - Estructura, roles y responsabilidades - Estructura tecnológica - Procedimientos - Documentación - Divulgación 	<p>MINTIC Resolución 2564 de 2016 MINTIC Resolución 2679 de 2016</p> <p>Reglas relativas al Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo para los Operadores Postales</p> <p>Reglamenta el reporte de información a la UIAF para los operadores de cambio</p>
	Desarrollo empresarial, Comercio Exterior, Turismo	Sistemas especiales de importación y exportación de zonas francas, Sociedades de Comercialización		<p>MINCIT Decreto 1289 de 2015</p> <p>Modifica parcialmente la estructura del Ministerio, incluyendo las políticas relacionadas con la existencia y funcionamiento de las entidades</p>


ENTIDAD	SECTOR VIGILADO	SUJETOS OBLIGADOS	SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAFT	NORMATIVIDAD APLICABLE	
		Internacional, Zonas Especiales Económicas de Exportación			
		Agencias de turismo y hoteles	Identificación de las personas naturales con quienes se realiza la operación.	<p>BANCO DE LA REPUBLICA RES 008 de 2000</p> <p>Artículo 77o. ADQUISICIÓN DE DIVISAS A TURISTAS: hoteles que reciban divisas por concepto de ventas de extranjeros, deberán identificar plenamente la persona conservar respecto de ella la información relativa a su documento de identidad extranjero, monto y fecha de la transacción.</p> <p>Los intermediarios del mercado cambiario que efectúen turismo y hoteles, deberán exigir certificación del comercio respectivo establecimiento donde conste que se dio cumplimiento al artículo</p>	
	<p>Cooperativas especializadas de ahorro y crédito, cooperativas multiactivas o integrales con sección de ahorro y crédito</p> <p>Cooperativas sin sección de ahorro y crédito, precooperativas, administraciones públicas cooperativas, fondos de empleados, asociaciones mutuales e instituciones auxiliares</p>	Cooperativas de Ahorro y crédito y Cooperativas multiactivas e integrales con sección de ahorro y crédito	<p>SIPLAFT Establece las reglas mínimas para la implementación del sistema en las organizaciones, debe contener:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Políticas - Procedimientos - Funciones y responsabilidades - Documentación <p>Reportes</p> <ul style="list-style-type: none"> - ROS - Ausencia de OS - Transacciones individuales en efectivo \geqUSD \$10.000.000 o \geqUSD \$5.000 - Transacciones múltiples en efectivo \geqUSD \$50.000.000 o \geqUSD 25.000 - Reporte de clientes exonerados del registro de transacciones en efectivo - Reporte sobre productos ofrecidos - Reportes de tarjetas débito y crédito expedidas a través de franquicias 	<p>Ley 1121 de 2006</p> <p>Circular Básica Jurídica Modificado por la CE 04 de 2017</p> <p>SUPERSOLIDARIA Carta Circular 008 de 2013</p>	<p>Art. 9 - Entidades cooperativas que realizan actividades de las entidades Cooperativas de grado superior que se encuentran en la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, establecido en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico de las entidades cooperativas que realicen actividades de</p> <p>Capítulo XI Instrucciones para la prevención y control del LA/FT en las entidades vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria</p> <p>Reportes a la UIAF a través del Sistema SIREL.</p>
		Cooperativas del Sector Real: Fondos de empleados, asociaciones mutuales, cooperativas de aporte y crédito, multiactivas e integrales sin sección de ahorro y crédito , administraciones públicas cooperativas y demás organizaciones solidarias que no ejercen actividad financiera vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria	<p>Mecanismos para la prevención y control de los riesgos asociados al LAFT</p> <p>Procedimientos para atender las solicitudes de las autoridades</p> <p>Procedimientos para la detección de operaciones inusuales y sospechosas</p> <p>Procesos de conocimiento de los clientes</p> <p>Reportes a la UIAF: ROS Ausencia de OS Transacciones individuales en efectivo \geqUSD \$10.000.000 Transacciones múltiples en efectivo \geqUSD \$50.000.000 Ausencia de transacciones en efectivo</p>	<p>SUPERSOLIDARIA CE 006 de 2014</p>	<p>Establece los procedimientos para la prevención del LA/FT y del terrorismo.</p> <p>Reportes a la UIAF</p>
					

ENTIDAD	SECTOR VIGILADO	SUJETOS OBLIGADOS	SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAFT	NORMATIVIDAD APLICABLE	
	Notarios, Registradores de Instrumentos Públicos	Notariado	SIPLAFT Prevención y control del LAFT en el proceso de escrituración en las notarias. Debe incluir: - Políticas - Procedimientos - Acreditación de procesos de debida diligencia - Conocimiento de usuarios - Conocimiento de PEP's - Roles y Responsabilidades Reportes - ROS - Ausencia de OS - Reporte de Operaciones Notariales - Reporte de Adjudicaciones en Remate	Decreto 1957 de 2001	Reglamenta el deber de información de los notarios.
				SUPERNO TARIADO CE 1536 de 2013	Establece el SIPLAFT y sus requisitos
				SUPERNO TARIADO Instrucción administrativa 08 de 2007	Implementación de mecanismos de control, detección de
				SUPERNO TARIADO Instrucción Administrativa 17 de 2016	Revisión y ajuste normativo del Sistema Nacional Antilavado de Dinero y la Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva
				UIAF Resolución 239 de 2013	Unificación de periodos para reportar a la UIAF
	Servicio público de transporte marítimo, fluvial, terrestre, férreo y aéreo en el país, en cuanto a lo que calidad de infraestructura y prestación del servicio se refiere	Empresas de transporte público terrestre automotor de carga	SIPLAFT Sistema que deben adoptar las empresas, adoptando los procedimientos y herramientas, ajustados a su tamaño, actividad económica y características particulares. Debe contener: - Políticas - Procesos de debida diligencia documentados - Informes - Roles y Responsabilidades - Capacitación Reportes a la UIAF - Reportes de transacciones múltiples de carga ≥\$30 millones - Ausencia de operaciones múltiples de carga	Ley 1762 de 2015	Art. 27. Funciones del Revisor Fiscal. Adiciónese al artículo 27 del Decreto 1762 de 2015 un nuevo numeral, el cual quedará así: "Artículo 207. (...) 1. Información y Análisis Financiero las operaciones (catalogadas en los términos del literal d) del numeral 2 del artículo 102 del Decreto 1762 de 2015) que se realicen, se adviertan dentro del giro ordinario de sus labores."
				SUPERPUESTOS Circular externa 011 de 2011	Sistema de administración del riesgo de LA/FT para empresas de transporte público de carga.
				SUPERPUESTOS Circular externa 06 de 2012	Modifica la circular externa 011 de 2011 en el plazo de implementación
				SUPERPUESTOS CE 020 de 2012	Información a las empresas de transporte, para la implementación del SIPLAFT
				SUPERPUESTOS CE 040 de 2013	Información de identificación del destinatario que debe ser reportada
				SUPERPUESTOS RES 74854 de 2016	Establece de manera obligatoria la implementación del SIPLAFT en las empresas de transporte público terrestre automotor de carga. Subroga la CE 011 de 2011
					

ENTIDAD	SECTOR VIGILADO	SUJETOS OBLIGADOS	SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAFT	NORMATIVIDAD APLICABLE	
 Superintendencia de Sociedades	Sociedades mercantiles	Sociedades vigiladas con ingresos brutos ≥ 160.000 SMLMV	SAGRLAFT – Sistema de Autocontrol y gestión del riesgo LAFT - Identificación y análisis de eventos de riesgo - Medición y evaluación del riesgos - Control del riesgo - Monitoreo del riesgo - Procedimientos de debida diligencia - Conocimiento de las contrapartes - Reglamento del manejo de efectivo - Medidas de control - Reportes	SUPERSOCI EDADES Circular Básica Jurídica Capítulo X	Implementación del Sistema de Autocontrol y gestión o Reporte obligatorio a la UIAF
		Personas Naturales, sociedades comerciales, empresas unipersonales, dedicadas de manera profesional a la compra/venta de vehículos automotores nuevos / usados		UIAF RES 101 de 2013	Reportes: ROS Ausencia de OS Reporte de Transacciones de compra/venta de vehículos Reporte de Ausencia de Transacciones de compra/venta
		Exportadoras y/o importadoras de oro, casas fundidoras de oro, sociedades de comercialización que dentro de su actividad tengan la comercialización de oro		Resolución 363 de 2008	Reportes: ROS Ausencia de OS Reporte de Transacciones de compra/venta de oro Reporte de Ausencia Transacciones de compra/venta de Reporte de exportaciones / importaciones de oro Reporte de ausencia de exportaciones / importaciones o
		Sector Inmobiliario - Sujetas a vigilancia - Con ingresos brutos ≥ 60.000 SMLMV		SUPERSOCI EDADES Circular Básica Jurídica Capítulo X	Implementación del Sistema de Autocontrol y gestión o Reporte obligatorio a la UIAF
		Explotación de Minas o Canteras - Sujetas a vigilancia - Con ingresos brutos ≥ 60.000 SMLMV			
		Servicios Jurídicos - Sujetas a vigilancia - Con ingresos brutos ≥ 30.000 SMLMV			
		Servicios Contables, de Cobranza o calificación crediticia - Sujetas a vigilancia - Con ingresos brutos ≥ 30.000 SMLMV			
		Comercio de Vehículos, sus partes, piezas y accesorios - Sujetas a vigilancia - Con ingresos brutos ≥ 130.000 SMLMV			
		Sector Construcción de Edificios - Sujetas a vigilancia - Con ingresos brutos ≥ 100.000 SMLMV			
		Sociedades Comerciales que realicen operaciones de Factoring			

ENTIDAD	SECTOR VIGILADO	SUJETOS OBLIGADOS	SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAFT	NORMATIVIDAD APLICABLE	
				Art. 103 EOSF	Transacciones sujetas a control Control de transacciones múltiples en efectivo
		Sociedades comerciales, asociaciones mutuales, pre cooperativas o cooperativas, fondos empleados y cajas compensación familiar, que se dediquen a la venta de cartera de correspondiente a operaciones de libranza a favor de personas naturales o jurídicas	SARLAFT	Decreto 1348 de 2016	Contar con un sistema de administración de riesgo que realicen puedan ser utilizadas para el lavado de activos de terroristas, conforme a dispuesto en el artículo 8 de la Ley artículo 88 de la Ley 1676 de 2013
 SuperSubsidio Vigilamos tu caja de compensación					
 SuperVigilancia Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada	Empresas de vigilancia y seguridad en todas sus modalidades. De transporte de valores. De blindajes para vigilancia y seguridad privada. Comunitarios y especiales de vigilancia y seguridad privada. De capacitación y entrenamiento en vigilancia y seguridad privada	Empresas transportadoras de valores, empresas de vigilancia y seguridad privada autorizadas en la modalidad de transporte de valores, empresas blindadoras de vehículos	SARLAFT: - Políticas - Procedimientos - Documentación - Adecuado conocimiento del cliente - Roles y Responsabilidades Detección y reportes TRANSPORTE DE VALORES - ROS - Operaciones intentadas o rechazadas - Ausencia de operaciones sospechosas - Operaciones individuales en efectivo (transporte de valores) ≥ \$50 millones - Reportes de operaciones de importación/ exportación de títulos y/o bienes valores - Operaciones múltiples en efectivo (transporte de valores) ≥ \$500 millones - Reporte de transporte de metales, joyas, piedras preciosas, objetos de arte, antigüedades EMPRESAS BLINDADORAS - ROS - Operaciones intentadas o rechazadas - Ausencia de operaciones sospechosas - Operaciones individuales en efectivo ≥ \$10 millones - Operaciones múltiples en efectivo ≥ \$50 millones - Ausencia de transacciones	SUPERVIGILANCIA ANCI CE 008 de 2011	Implementación del SARLAFT
		Empresas y Cooperativas de Vigilancia y Seguridad Privada; servicios especiales, servicios comunitarios, Servicios con armas, servicios sin armas, escuelas de capacitación y entrenamiento, departamentos de seguridad, servicios de asesoría, consultoría e investigación de	Gestiones de debida diligencia con clientes, usuarios y beneficiarios finales Capacitación ROS - AROS Código de Conducta Manual de Procedimientos Designación de funcionario responsable Elaboración de mapa de riesgos	SUPERVIGILANCIA ANCI CE 465 de 2017	Adopción del Sistema Integral en la Prevención del Lavado de Dinero y Terrorismo SIPLAFT

ENTIDAD	SECTOR VIGILADO	SUJETOS OBLIGADOS	SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAFT	NORMATIVIDAD APLICABLE	
		seguridad, empresas dedicadas a la fabricación, instalación, comercialización y utilización de equipos para la vigilancia y seguridad privada	-		
	Entidades Financieras	Entidades Financieras vigiladas. Excepto: Fondo de Garantías de Instituciones Financieras "Fogafin", el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas "Fogacoop", el Fondo Nacional de Garantías S.A. "F.N.G.", los fondos mutuos de inversión sometidos a vigilancia permanente de la SFC, las sociedades calificadoras de valores y/o riesgo, las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior, los intermediarios de reaseguros, las oficinas de representación de instituciones del mercado de valores del exterior, los organismos de autorregulación y los proveedores de infraestructura de conformidad con la definición del art. 11.2.1.6.4 del Decreto 2555 de 2010, con excepción de los almacenes generales de depósito y los administradores de sistemas de pago de bajo valor.	SARLAFT Etapas: Identificación, medición, control y monitoreo. - Políticas - Procedimientos - Documentación - Roles y responsabilidades - Órganos de control - Infraestructura tecnológica - Divulgación - Capacitación - Conocimiento del cliente - Conocimiento del mercado - Segmentación de factores de riesgo - Consolidación de operaciones Reportes - ROS - Transacciones en efectivo - Reporte de clientes exonerados - Reporte sobre operaciones de transferencia, remesa, compra y venta de divisas - Reporte de Información sobre transacciones realizadas en Colombia con tarjetas crédito o débito expedidas en el exterior - Reporte sobre productos ofrecidos por las entidades vigiladas - Reportes de los almacenes generales de depósito a otras autoridades - Reporte de patrimonios autónomos administrados por entidades vigiladas - Reporte de información sobre campañas políticas y partidos políticos	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículos 102 A 107 SUPERFINANCIERA CAPITULO IV, TITULO IV, PARTE I SUPERFINANCIERA CE 005 de 2017	Mecanismos de control para la prevención del Lavado de Dinero y Terrorismo. Instrucciones relativas a la administración de riesgos de crédito Instrucciones sobre la vigencia de los anexos de la Circular Externa con el reporte de información relativa a la Administración de Riesgos
		Entidades emisoras de valores no sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia Financiera de Colombia	SIPLA SISTEMA INTEGRAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LAVADO DE ACTIVOS Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO	SUPERFINANCIERA CC 110 DE 2015	Convenio Interadministrativo de Cooperación celebrado entre la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Transportes, la Superintendencia de Vigilancia y Control del Comercio Exterior, la Fiscalía General de la Nación, la Superintendencia de Información y Análisis Financiero (UIAF).
		Entidades promotoras de salud régimen contributivo y subsidiado, Instituciones prestadoras de salud públicas y privadas, empresas de medicina prepagada, servicios de ambulancia prepagada	SARLAFT Etapas: Identificación, medición, control y monitoreo. - Políticas - Procedimientos - Identificación de eventos de riesgo - Verificación de procesos de debida diligencia - Conocimiento de clientes y usuarios - Roles y responsabilidades - Divulgación - Capacitación Reportes - ROS - Ausencia de OS - Transacciones individuales en efectivo ≥\$5 millones	SUPERFINANCIERA CAPITULO VII, TITULO I, PARTE III	Elementos mínimos e implementación del SIPLA
	Sistema General de Seguridad Social en Salud		SARLAFT Etapas: Identificación, medición, control y monitoreo. - Políticas - Procedimientos - Identificación de eventos de riesgo - Verificación de procesos de debida diligencia - Conocimiento de clientes y usuarios - Roles y responsabilidades - Divulgación - Capacitación Reportes - ROS - Ausencia de OS - Transacciones individuales en efectivo ≥\$5 millones	SUPERSALUD D CE 49 de 2008	Modificación a las instrucciones generales y remisión de instrucciones de vigilancia y control contenidas en la Circular Externa número 001 de 2008
				SUPERSALUD D CE 009 de 2016	Instrucciones para el diseño e implementación del SARLAFT

ENTIDAD	SECTOR VIGILADO	SUJETOS OBLIGADOS	SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAFT	NORMATIVIDAD APLICABLE	
			- Transacciones múltiples en efectivo ≥\$25 millones - Ausencia de operaciones en efectivo		
		Todas las entidades públicas, el estado colombiano y los entes territoriales	Políticas de Administración de Riesgos	Decreto 1537 de 2001	ARTICULO 4. ADMINISTRACION DE RIESGOS. Cor los sistemas de control interno en las entidades públ establecerán y aplicarán políticas de administraci identificación y análisis del riesgo debe ser un proce administración y las oficinas de control interno o q aspecto tanto internos como externos que pueden l consecución de los objetivos organizaciones, con m representadas en actividades de control, acordadas e procesos y las oficinas de control interno e inte procedimientos
			Identificación de personas naturales o jurídicas con las que suscribe contratos	Ley 1121 de 2006	ARTICULO 27. El Estado colombiano y las Entidades contratación deberán identificar plenamente a las p jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de prevenir actividades delictivas.
			Reportes a la UIAF	Decreto 1497 de 2002	Artículo 1 - Parágrafo. En todo caso, las Superinten Aduanas Nacionales, DIAN, informarán a la Unidad sobre las operaciones que puedan estar vinculadas a conocimiento por virtud de sus funciones.
		Corporaciones, Asociaciones, Fundaciones y Entidades de Utilidad Común que se encuentren bajo la Inspección, Vigilancia y Control de la Alcaldía Mayor de Bogotá	MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Reporte de Operaciones Sospechosas a la UIAF	ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Circular 011 de 2017	Por la cual se imparten instrucciones relativas a la pre y financiación del terrorismo a las entidades sin ánimo

Fuente: Elaborado por Diana Gómez – Consorcio Internacional Skol

Anexo No. 3
**GUÍA PARA EL DISEÑO DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y GESTIÓN
DE RIESGOS PENALES EN LAS PERSONAS JURÍDICAS
SISTEMA DE GESTIÓN DE COMPLIANCE PENAL**

(esta guía ha sido elaborada con base en la Norma UNE 19601 – Sistema de Gestión de *Compliance* Penal).

- Estructura de un programa de cumplimiento y de gestión de riesgos penales - SISTEMA DE GESTIÓN DE COMPLIANCE PENAL

En el contexto en el que se desarrollan las actividades de las organizaciones (personas jurídicas), pueden cometerse delitos o ser utilizados para su comisión, especialmente aquellos vinculados con la actividad económica.

Las personas jurídicas deben establecer al interior de la organización una adecuada cultura del cumplimiento de las normas a las cuales están sujetas, y buscar evitar o, al menos, reducir el riesgo de comisión de los delitos. El establecimiento de esta cultura de cumplimiento está asociada a la responsabilidad social corporativa o los principios de ética pública.

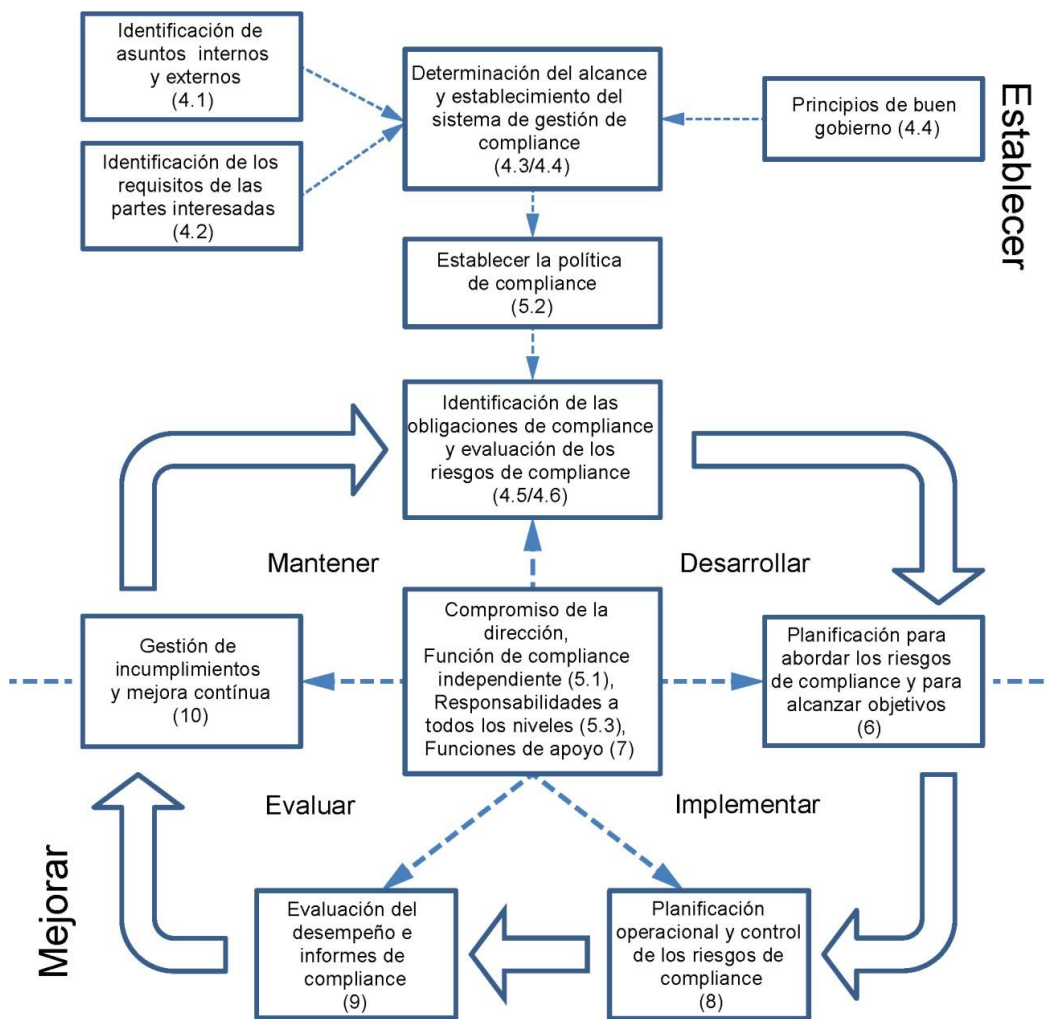
Las personas jurídicas deben disponer de sistemas de gestión y control aplicados al ámbito de la prevención y detección de actividades delictivas.

En la presente guía se desarrollan los elementos que sugiere la Norma UNE 19601 para el diseño y adopción de un Sistema de *Compliance* Penal y además recoge las siguientes normas ISO: ISO 19600 *Sistemas de gestión de compliance. Directrices*, ISO 31000 *Gestión del riesgo. Principios y directrices y otras normas internacionales sobre modelos de gestión*.

De acuerdo con las normas citadas la exposición a los riesgos penales varía según diferentes circunstancias, como su tamaño, el sector de actividad o las ubicaciones donde operen, así como por la diversidad y complejidad de sus transacciones.

En este sentido en esta guía se definen los elementos y pasos a ejecutar para diseñar los programas de cumplimiento y sistemas de gestión de los riesgos penales (Sistema de Gestión de *Compliance* Penal).

La figura 1 (que se transcribe a continuación) describe los elementos que establece la Norma ISO 19600 (y la Norma UNE 19601) sobre los programas de cumplimiento y sistemas de gestión de los riesgos penales, que está basado en el principio de mejora continua (Planificar-Hacer-Verificar-Actuar).



74Figura 1 – Organigrama de un sistema de gestión de cumplimiento ISO 19600

A continuación, se desarrollan cada de uno de estos elementos que deben ser parte de los programas de cumplimiento y sistemas de gestión de los riesgos penales, con miras a poder cumplir con los estándares contenidos en las Normas ISO 19600, 31000 y 37100 y en la Norma UNE 19601, y ser eventualmente objeto de programas de certificación.

- **Elementos del programa de cumplimiento y de gestión de riesgos penales - SISTEMA DE GESTIÓN DE COMPLIANCE PENAL**

Figura No. 2⁷⁵



⁷⁴ Figura Norma Técnica 19600 de 2015, Sistemas de gestión de compliance. Pg.6.

⁷⁵ Figura, Consorcio Internacional Skol & Serna, Diana Gómez, 2018.

El programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, de acuerdo con lo expuesto en la Norma UNE 19601 para el diseño y adopción de un Sistema de *Compliance* Penal y las normas ISO: ISO 19600 *Sistemas de gestión de compliance. Directrices*, ISO 31000 *Gestión del riesgo. Principios y directrices y otras normas internacionales sobre modelos de gestión*, debe contener los siguientes elementos:

1. Comprensión de la persona jurídica, análisis del contexto y determinación del riesgo inherente
2. Alcance del sistema, políticas, principios de cumplimiento y estructura para gestión de riesgos
3. Planificación - identificación y análisis (evaluación) de los riesgos
4. Operación - Planes de tratamiento, controles y procedimientos
5. Formación y capacitación
6. Documentación, comunicación y reporte
7. Evaluación y planes de mejora continua – Monitoreo y seguimiento

ELEMENTO I. COMPRENSIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA, ANÁLISIS DEL CONTEXTO Y DETERMINACIÓN DEL RIESGO INHERENTE – DIAGNÓSTICO DE RIESGO PENAL.

PARA LA EJECUCIÓN DE ESTE ELEMENTO LAS NORMAS ISO 19600, 31000 Y UNE 19601, RECOMIENDAN EL DESARROLLO DE LOS SIGUIENTES PASOS:

PASO 1: ANÁLISIS DEL CONTEXTO INTERNO Y EXTERNO DEL SUJETO OBLIGADO – DIAGNÓSTICO DE RIESGO INHERENTE ASOCIADO A LAS ACTIVIDADES DELICTIVAS

PASO 2. DEFINICIÓN DE LAS METODOLOGÍAS Y HERRAMIENTAS PARA LA GESTIÓN DE RIESGOS – ISO 31010.

Paso 1. Análisis del contexto interno y externo de la persona jurídica – Diagnóstico de riesgo inherente asociado a las actividades delictivas.

La persona jurídica debe determinar los factores externos e internos que son relevantes a sus propósitos y para alcanzar sus objetivos de cumplimiento de las normas asociadas a los riesgos penales, especificados en la política de cumplimiento y desarrollados en los elementos que conforman el resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales. Esos factores incluyen, entre otros, los siguientes:

- a) el tamaño y la estructura de la persona jurídica;
- b) las ubicaciones y sectores en los que de la persona jurídica prevé operar;
- c) la naturaleza, escala y complejidad de las actividades de la persona jurídica y sus operaciones;
- d) las entidades u organizaciones sobre las cuales ejerce control. Una persona jurídica ejerce el control sobre otra organización cuando directa o indirectamente controla su gestión, lo que incluye disponer de la participación mayoritaria en ella o de sus derechos de voto;
- e) los miembros de la persona jurídica y los socios de negocio;
- f) la naturaleza y extensión de las relaciones con funcionarios públicos; y
- g) las obligaciones y compromisos legales, contractuales o profesionales.

La persona jurídica debe llevar a cabo un análisis del contexto interno y externo con el fin de conocer su riesgo inherente frente a las actividades delictivas.

La persona jurídica debe conocer su vulnerabilidad y exposición a los riesgos asociados a las actividades delictivas para lo cual deben llevar a cabo un **Análisis del Contexto y Diagnóstico del riesgo inherente**, teniendo presente los estándares internacionales para la prevención de estos delitos, la gestión de los riesgos y los programas de cumplimiento.

Requisitos de cumplimiento se refiere a lo que la organización tiene obligación de cumplir.

Compromisos de cumplimiento, lo que la organización elige cumplir.

Determinar las implicaciones de estas obligaciones frente a su objeto social de la persona jurídica.

Se deben identificar las obligaciones de cumplimiento y las implicaciones que estas tienen en sus actividades, productos y servicios

El principal objetivo de este análisis es comprometer a los dueños y directivos de la persona jurídica, conocer el contexto de la organización, elaborar el diagnóstico del riesgo penal y definir las metodologías, técnicas, herramientas y fuentes de información para el diseño y adopción del Sistema.

Paso 2. Definición de las metodologías y herramientas para la gestión de riesgos.

De acuerdo con el resultado del análisis del contexto y diagnóstico del riesgo penal para el diseño e implementación del sistema de gestión de los riesgos asociados a las actividades delictivas, los sujetos obligados deben definir las metodologías y herramientas en las cuales se basarán.

Para estos efectos la persona jurídica podrá tener en cuenta las metodologías de la Norma ISO 31010, aplicables a los sistemas de gestión de riesgos legales.

ELEMENTO II. ALCANCE DEL SISTEMA, POLÍTICAS, PRINCIPIOS DE CUMPLIMIENTO Y ESTRUCTURA PARA LA GESTIÓN DE RIESGOS PENALES.

PARA LA EJECUCIÓN DE ESTE ELEMENTO LAS NORMAS ISO 19600, 31000 Y UNE 19601, RECOMIENDAN EL DESARROLLO DE LOS SIGUIENTES PASOS:

PASO 1. DETERMINACIÓN DEL ALCANCE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE RIESGOS PENALES.

PASO 2. DEFINIR EL LIDERAZGO, COMPROMISO Y LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL.

- Órgano de gobierno (Junta Directiva o quien haga sus veces)
- Alta dirección
- Órgano o área de cumplimiento – Oficial de cumplimiento – segunda línea de defensa
- *Órganos de control interno y externo – tercera línea de defensa*

PASO 3. DEFINIR LA POLÍTICA DE CUMPLIMIENTO Y DE GESTIÓN DE RIESGOS PENALES

PASO 4. DEFINIR ROLES, RESPONSABILIDADES Y AUTORIDADES

PASO 5. DELEGACIÓN DE FACULTADES

Paso.1. Determinación del alcance del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

La persona jurídica debe adoptar, implementar, mantener y mejorar continuamente un programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, que incluya las políticas, procesos y procedimientos necesarios, así como sus interacciones, de acuerdo con los requisitos establecidos por las normas aplicables.

El programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales debe incluir medidas diseñadas para evaluar los riesgos penales, prevenirlos, detectarlos y gestionarlos de manera temprana.

De conformidad con las citadas normas o estándares no es posible eliminar completamente el riesgo penal y no puede exigirse a ningún programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales que sea capaz de prevenir, detectar y gestionar todos los riesgos penales.

El programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales en todos sus componentes, debe ser razonable y proporcionado, considerando los factores de riesgos en la etapa del diagnóstico.

La persona jurídica debe determinar el alcance objetivo y subjetivo del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales:

A efectos de determinar ese alcance, la persona jurídica debe considerar:

- Los factores externos e internos identificados en la etapa de diagnóstico.
- Los requisitos a considerar en relación con esas partes interesadas.
- Los resultados de la evaluación de riesgos penales.

El alcance del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales debe hallarse a disposición como información documentada, para lo cual debe tenerse presente lo expuesto en el elemento seis de la presente guía.

Paso 2. Definir el liderazgo, compromiso y estructura organizacional.

El liderazgo dentro de la persona jurídica debe desempeñar un papel fundamental en la formación e implementación con éxito del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales (Sistema de gestión de *compliance* penal)

La persona jurídica debe definir la estructura organizacional para la aplicación del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales y definir y asignar de manera precisa las funciones de cada una de las áreas y empleados de la persona jurídica.

- **Órgano de gobierno (junta directiva o quien haga sus veces)**
 - El órgano de gobierno (junta directiva, o quien haga sus veces) debe demostrar su liderazgo y compromiso en relación con el programa de

cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales. Para estos efectos el órgano de gobierno debe:

- establecer y defender como uno de los valores fundamentales de la persona jurídica que las actuaciones de los miembros de la organización, sean siempre conformes al ordenamiento jurídico aplicable, promoviendo una cultura de cumplimiento adecuada al interior de la entidad;
 - adoptar, implementar, mantener y mejorar continuamente un programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales idóneo para prevenir y detectar delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
 - dotar al programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales y en concreto al órgano o área de cumplimiento de los recursos financieros, materiales y humanos adecuados y suficientes para su funcionamiento eficaz;
 - aprobar la política de cumplimiento y de gestión de riesgos penales;
 - examinar periódicamente la eficacia del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, modificándolo, si es preciso, cuando se detecten incumplimientos graves o se produzcan cambios en la persona jurídica, en la estructura de control o en la actividad desarrollada;
 - establecer un órgano o área de cumplimiento al que se encomienda la supervisión del funcionamiento y la ejecución del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, otorgándole poderes autónomos de iniciativa y control a fin de que pueda desarrollar eficazmente su labor;
 - asegurar que se establecen los procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de toma de decisiones y de ejecución de las mismas promoviendo una cultura de cumplimiento que garantice altos estándares éticos de comportamiento.
- **Alta dirección**

La alta dirección debe demostrar liderazgo y compromiso con respecto al programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales. Para ello, en el ejercicio de sus funciones ejecutivas la alta dirección debe:

- garantizar que el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales se implemente de forma adecuada para conseguir los objetivos de cumplimiento y de gestión de los riesgos penales establecidos en la política de cumplimiento y afrontar de manera eficaz los riesgos penales de la persona jurídica;
- garantizar que las exigencias derivadas del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales se incorporan a los procesos y procedimientos operativos;
- garantizar la disponibilidad de recursos adecuados y suficientes para la ejecución eficaz del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- cumplir y hacer cumplir, tanto interna como externamente, la política de cumplimiento y gestión de riesgos penales;
- comunicar internamente la importancia de una gestión eficaz de cumplimiento y gestión de riesgos, coherente con los objetivos y requisitos de la política de cumplimiento, así como del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- dirigir y apoyar al personal a fin de lograr la observancia de los requisitos y la eficacia del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales de acuerdo con su rol en la persona jurídica;
- promover la mejora continua y apoyar los diversos roles de gestión para demostrar liderazgo en la prevención de delitos y en la detección de riesgos penales en lo concerniente a sus áreas de responsabilidad;
- fomentar el uso de procedimientos para la puesta en conocimiento de conductas potencialmente delictivas que puedan afectar a la persona jurídica y sus actividades;
- garantizar que ningún miembro de la organización será objeto de represalia, discriminación o sanción disciplinaria por comunicar de buena fe violaciones, o sospechas fundadas de violaciones, de la política de cumplimiento y de gestión de riesgos penales, o por rehusar participar en actuaciones delictivas.

- La gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización - primera línea de defensa frente a los riesgos penales

La gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización primera línea de defensa (junto con las gerencias operativas), es la gerencia propietaria de los riesgos legales y es el área responsable de su gestión. Esta gerencia es también la responsable de la implementación de acciones correctivas para hacer frente a deficiencias de proceso y control.

La gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización como responsable y gestor de los riesgos legales, debe identificar, evaluar los riesgos legales a los que pueda estar expuesta la organización (persona jurídica) y definir los controles que deben aplicar las áreas operativas para su mitigación. Para estos efectos debe diligenciar las respectivas matrices de riesgos legales penales, con base en el desarrollo e implementación de políticas jurídicas y procedimientos internos que debe adoptar la organización.

La gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización es el área de la organización (persona natural) que se constituye en la primera línea de defensa de los riesgos legales porque debe diseñar y adoptar los controles legales dentro de los sistemas y procesos bajo su dirección, debe implementar controles de gestión de riesgos legales y ejercer actos de supervisión para asegurar el cumplimiento normativo y mitigación de los riesgos legales.

Las funciones de la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización como primera línea de defensa, frente al Programa de Cumplimiento Normativo y Gestión de Riesgos Legales (Sistema de gestión de *compliance* penal), podrían ser las siguientes:

- Responsable de la implementación de acciones correctivas para hacer frente a deficiencias de proceso y control de los riesgos legales.
- Responsable de asegurar que los controles legales son adecuados y suficientes.
- Elaboración y diseño de las matrices de riesgos legales (incluyendo los riesgos penales) para identificar, evaluar, controlar y mitigar los riesgos penales a los que pueda estar expuesta la organización (persona jurídica).

- Debe diseñar y adoptar los controles legales dentro de los sistemas y procesos bajo su dirección, controles que deben ser aplicados por las gerencias operativas.
- Debe diseñar controles legales para la gestión y mitigación de los riesgos penales y ejercer actos de supervisión para asegurar el cumplimiento normativo y mitigación de los riesgos penales.
- **Órgano o área de cumplimiento – Oficial de cumplimiento – segunda línea de defensa**

El área o responsable de cumplimiento, en su calidad de segunda línea de defensa, facilita y monitorea la implementación de prácticas efectivas de gestión de riesgos penales por parte de la gerencia legal, área jurídica o responsables de los asuntos jurídicos de la organización, también asiste a esta área (primera línea de defensa de los riesgos penales) en la definición del objetivo de exposición al riesgo penal y en la presentación adecuada de información relacionada con riesgos asociados a las actividades delictivas.

- a) El órgano de cumplimiento u oficial de cumplimiento, trabajando conjuntamente con la dirección, debe ser responsable de:
 - o impulsar y supervisar de manera continua la implementación y eficacia del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales en los distintos ámbitos de la persona jurídica;
 - o ejecutar una función de cumplimiento para monitorear los riesgos penales, específicamente el riesgo de incumplimiento de leyes y regulaciones aplicables, con consecuencias penales;
 - o apoyar en la administración de políticas para la gestión de los riesgos penales, para la definición de roles y responsabilidades y el establecimiento de objetivos para su implementación;
 - o proporcionar marcos para la gestión de riesgos penales;
 - o asegurarse de que se proporcione apoyo formativo continuo a los miembros de la persona jurídica o de la entidad pública para

garantizar que todos los miembros relevantes son formados con regularidad;

- promover la inclusión de las responsabilidades de cumplimiento y la gestión de riesgos penales en las descripciones de puestos de trabajo y en los procesos de gestión del desempeño de los miembros de la persona jurídica;
- poner en marcha un sistema de información y documentación de cumplimiento y gestión de riesgos penales;
- adoptar e implementar procesos para gestionar la información, tales como las reclamaciones y/o comentarios recibidos de líneas directas, un canal de denuncias u otros mecanismos;
- establecer indicadores de desempeño de cumplimiento y gestión de riesgos penales y medir el desempeño de cumplimiento en la persona jurídica o en la entidad pública; asegurar que la primera línea de defensa de los riesgos penales está apropiadamente diseñada, implementada y operando según lo previsto;
- analizar el desempeño para identificar la necesidad de acciones correctivas;
- identificar y gestionar los riesgos penales incluyendo los relacionados con los socios de la organización;
- asegurar que el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales se revisa a intervalos planificados;
- asegurar que se proporcione a los empleados acceso a los recursos de cumplimiento y gestión de riesgos;
- informar al órgano de gobierno (junta directiva, comité directivo, o quien haga sus veces) sobre los resultados derivados de la aplicación del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;

b) Cuando se asignen las responsabilidades, se debe considerar la forma de

asegurar que el órgano, área de cumplimiento u oficial de cumplimiento no tiene conflictos de intereses y que ha demostrado:

- integridad y compromiso con el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
 - habilidades de comunicación eficaz y de capacidad de influencia;
 - capacidad y prestigio para que sus consejos y directrices tengan aceptación;
 - competencia necesaria.
- c) El órgano, área de cumplimiento u oficial de cumplimiento debe personificar la posición de máximo garante de la supervisión, vigilancia y control de las obligaciones de cumplimiento y gestión de riesgos penales, tanto hacia dentro como hacia fuera de la persona jurídica, por lo que debe disponer de suficientes recursos y contar con personal que tenga las competencias, estatus, autoridad e independencia adecuadas.
- d) El órgano, área de cumplimiento u oficial de cumplimiento debe tener acceso directo e inmediato al órgano de gobierno (Junta Directiva, comité directivo o quien haga sus veces) en caso de que sea preciso elevar hechos o conductas sospechosas o asuntos relacionados con los objetivos de cumplimiento y gestión de riesgos penales y, por lo tanto, con la política de cumplimiento y el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.
- e) El órgano, área de cumplimiento u oficial de cumplimiento debe ocupar una posición en la organización que le acredite y permita solicitar y recibir la colaboración plena de los demás órganos de la persona jurídica.

El órgano o área de cumplimiento debería, además:

- contribuir a la identificación de las obligaciones de cumplimiento, con el apoyo de los recursos necesarios, y colaborar para que esas obligaciones se traduzcan en políticas, procedimientos y procesos viables,
- colaborar para que las obligaciones de cumplimiento y gestión de riesgos penales se integren en las políticas, procedimientos y procesos existentes,
- asegurar que hay acceso a un asesoramiento profesional adecuado para la adopción, implementación, mantenimiento y mejora continua del sistema de gestión de cumplimiento y de riesgos penales,
- proporcionar asesoramiento objetivo a la persona jurídica en materias

relacionadas con el cumplimiento y la gestión de riesgos penales.

Órganos de control interno y externo – tercera línea de defensa

Para la adopción y ejecución de un programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales es necesario que en su estructura organizacional la persona jurídica o entidad pública diseñe y ejecute las tres líneas de defensa.

Es por ello que en el Elemento VII de esta guía se definen los roles y responsabilidades de las áreas de control interno y de control externo (revisoría fiscal - auditor), aspectos que hacen parte de la evaluación del desempeño y planes de mejora continua del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

- Responsabilidad de todos los empleados

- Observar las obligaciones del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales que son pertinentes a su cargo y funciones
- Participar en las sesiones de capacitación
- Usare los recursos de la organización en forma transparente
- Informar sobre fallas en la implementación del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales
- Informar sobre situaciones (reportes, denuncias, etc.)

Paso 3. Definir la política de cumplimiento y de gestión de riesgos penales – Adopción de códigos de conducta, ética o de buen gobierno

El órgano de gobierno (junta directiva, comité directivo o quien haga sus veces) debe impulsar y aprobar una política de cumplimiento y gestión de riesgos penales que:

- exija el cumplimiento de la legislación aplicable a la persona jurídica;
- sea congruente con los fines de la persona jurídica;
- identifique las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos;
- prohíba la comisión de hechos delictivos;
- minimice la exposición de la persona jurídica a los riesgos penales;
- proporcione un marco adecuado para la definición, revisión y consecución

- de los objetivos de cumplimiento y gestión de riesgos penales;
- incluya un compromiso para cumplir con los requisitos de la política de cumplimiento y del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
 - imponga la obligación de informar sobre hechos o conductas sospechosas relativas a riesgos asociados a las actividades delictivas, garantizando que el informante no sufrirá represalias;
 - incluya un compromiso con la mejora continua del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
 - explicita la autoridad e independencia del órgano o área de cumplimiento, si éste no coincide con el órgano de gobierno (junta directiva, comité directivo o quien haga sus veces);
 - exponga las consecuencias de no cumplir los propios requisitos de la política de cumplimiento, así como de los derivados del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

La política de cumplimiento y de gestión de riesgos penales debe:

- 1) estar disponible como información documentada;
- 2) comunicarse con un lenguaje adecuado a los miembros de la organización, así como a los socios de negocio que puedan representar riesgos penales;
- 3) estar disponible para las partes interesadas, según proceda.

Paso 4. Definir los roles, responsabilidades y autoridades en la organización

La alta dirección (junta directiva o quien haga sus veces) debe asegurarse que la responsabilidad y autoridad en las funciones relevantes se asignen y comunican en todos los niveles de la persona jurídica.

Los responsables de cada nivel deben asegurarse de que los miembros de la persona jurídica adscritos a sus departamentos, funciones o proyectos cumplan, observen y hagan cumplir y observar los requisitos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

Los miembros de la persona jurídica son responsables de comprender, observar y aplicar dichos requisitos en lo concerniente a su rol en la organización.

Paso 5. Delegación de facultades

En los casos en que la alta dirección (junta directiva, comité directivo o quien haga sus veces) delegue la toma de decisiones en ámbitos en los que exista riesgo penal mayor que bajo, la persona jurídica debe establecer y aplicar un procedimiento y un sistema de controles que garanticen que el proceso de decisión y el nivel de autoridad de los decisores sean adecuados y estén libres de conflictos de interés reales o potenciales.

La delegación de la toma de decisiones no exonera a la alta dirección (junta directiva, comité de dirección o quien haga sus veces) de sus propios deberes y responsabilidades en cuanto a la prevención de los riesgos penales. Tampoco transfiere a las personas delegadas las posibles responsabilidades legales en materia de supervisión o adopción de decisiones que les corresponda.

ELEMENTO III. ADOPCIÓN Y APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y SISTEMA DE GESTIÓN DE RIESGOS PENALES - PLANIFICACION - IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS (EVALUACIÓN) DE LOS RIESGOS

PARA LA EJECUCIÓN DE ESTE ELEMENTO LAS NORMAS ISO 19600, 31000 Y UNE 19601, RECOMIENDAN EL DESARROLLO DE LOS SIGUIENTES PASOS:

PASO 1. IDENTIFICACIÓN, EVALUACIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS PENALES

- ANÁLISIS (EVALUACIÓN) DE LOS RIESGOS PENALES

- VALORACIÓN DE LOS RIESGOS PENALES

- REVISIÓN DE LA EVALUACIÓN DE RIESGOS PENALES

PASO 2. DOCUMENTAR LA INFORMACIÓN DOCUMENTADA SOBRE RIESGOS PENALES

PASO 3. SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LAS OPERACIONES DE LAS CONTRAPARTES PARA EFECTOS DE LA DETECCIÓN Y REPORTE DE OPERACIONES A LAS AUTORIDADES COMPETENTES

PASO 4. DEFINIR LOS OBJETIVOS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE CUMPLIMIENTO Y DE GESTIÓN DE RIESGOS PENALES Y PLANIFICACIÓN PARA LOGRARLOS

PASO 5. DETERMINAR LOS ELEMENTOS DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y EL SISTEMA DE GESTIÓN DE RIESGOS PENALES – ELEMENTOS DE LA CULTURA DE CUMPLIMIENTO

PASO 6. ASIGNACIÓN DE RECURSOS

PASO 7. REQUISITOS EN RELACIÓN CON LA COMPETENCIA DEL PERSONAL DE CUMPLIMIENTO

PASO 8. ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE DILIGENCIA DEBIDA COMÚN A TODOS LOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN

Paso 9. Adopción de medidas de diligencia debida relativa a personas que ocupan posiciones especialmente expuestas

ADOPCIÓN Y APLICACIÓN DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE RIESGOS

La persona jurídica debe identificar las actividades en cuyo ámbito puedan materializarse los riesgos penales. Al planificar su sistema de gestión de riesgos penales, la persona jurídica debe considerar los factores de riesgo identificados en la etapa del diagnóstico y los requisitos relacionados las partes interesadas identificadas en dicha etapa, determinando los eventos de riesgo que es necesario abordar con el fin de:

- asegurar que el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales pueda lograr los objetivos de cumplimiento, constituyéndose en modelo de gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- prevenir o reducir efectos no deseados;
- lograr la mejora continua

La persona jurídica debe determinar la manera de:

- integrar e implementar dentro de sus propios procesos de negocio los procesos, procedimientos y demás acciones propias del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- evaluar la eficacia de estas acciones;
- generar evidencias de cumplimiento en el momento de realizar los controles o revisiones y su gestión propia o por terceros de forma inalterable e íntegra para su posible presentación en futuros procedimientos judiciales o administrativos afecten a la persona jurídica.

Paso 1. Identificación, evaluación y control de los riesgos penales.

La persona jurídica debe desarrollar un proceso de evaluación que comprende la identificación, el análisis y valoración de los riesgos penales para:

- identificar los riesgos penales que la persona jurídica pueda razonablemente anticipar, considerando los factores de riesgo identificados en la etapa del diagnóstico;

- analizar los riesgos penales identificados;
- valorar los riesgos penales identificados;

Para el análisis de los riesgos penales la persona jurídica debe adoptar y desarrollar las etapas de un sistema de gestión de riesgos penales, de conformidad con lo establecido en la Norma ISO 31000, para estos efectos la persona jurídica debe diseñar y adoptar matrices de riesgos.

- **Análisis (evaluación) de los riesgos penales**

La persona jurídica debe analizar los riesgos penales y la gravedad de sus consecuencias, así como la probabilidad de que ocurran incumplimientos y las consecuencias asociadas.

Para el análisis de los riesgos penales la persona jurídica debe adoptar y desarrollar matrices de riesgo, de conformidad con lo establecido en la Norma ISO 31000.

- **Valoración de los riesgos penales**

La persona jurídica debe establecer criterios para valorar su nivel de riesgo penal, considerando sus objetivos de cumplimiento y, por lo tanto, los compromisos asumidos a través de su política de cumplimiento y gestión de riesgos penales y demás políticas o instrucciones internas relacionadas con ella.

La evaluación de los riesgos debería incluir la consideración del umbral de riesgo que la persona jurídica está dispuesta a aceptar, de manera que, si el riesgo resultante del análisis realizado es superior a dicho umbral, la persona jurídica deberá implementar controles adicionales para reducir dicho riesgo.

- **Revisión de la evaluación de riesgos penales**

La evaluación del riesgo penal debe revisarse:

- de manera regular, de modo que los cambios y la nueva información puedan ser adecuadamente considerados según la frecuencia definida por la persona jurídica;
- en caso de cambios significativos en la estructura o actividades de la persona jurídica;

- en caso de incumplimientos del programa de cumplimiento;
- en caso de que aparezca jurisprudencia o se produzcan cambios legislativos relevantes.

Paso 2. Documentar la información sobre riesgos penales

La persona jurídica debe mantener información documentada de la identificación, análisis y evaluación de riesgos penales y de la metodología y criterios utilizados.

Paso 3. Seguimiento y control de las operaciones de las contrapartes para efectos de la detección y reporte de operaciones a las autoridades

Es importante que la persona jurídica tenga presente que unos son los controles preventivos y otros los controles detectivos. Estos últimos buscan cumplir con una de las principales obligaciones de cooperación con las autoridades, que consiste en el deber de detectar operaciones inusuales y reportar operaciones sospechosas o presentación de denuncias penales.

En los procedimientos de cada proceso o etapa del contrato con las contrapartes, se deben incluir además de los “controles preventivos”, propios de la gestión de riesgos, los “controles detectivos”, cuya finalidad es la detección de operaciones inusuales de las contrapartes.

Las exigencias normativas para el control, seguimiento, detección y reporte de operaciones de las contrapartes se deben llevar a cabo con la aplicación de los controles detectivos aplicables a cada etapa del proceso.

Paso 4. Definir los objetivos del programa de cumplimiento y de los sistemas de gestión de riesgos penales y planificación para lograrlos

La persona jurídica debe establecer objetivos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales para las funciones y niveles pertinentes.

Los objetivos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales deben:

- ser coherentes con lo establecido en la política del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales y con los resultados de la identificación y evaluación de riesgos penales;

- ser medibles (si es posible);
- tener en cuenta los requisitos aplicables;
- ser objeto de seguimiento;
- comunicarse;
- actualizarse, según corresponda.

La persona jurídica debe conservar información documentada sobre los objetivos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

Al planificar cómo lograr sus objetivos de cumplimiento, la persona jurídica debe determinar:

- qué se va a hacer y quién será responsable;
- qué recursos se requerirán, debiendo disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la materialización de los riesgos penales;
- cuándo se finalizará;
- cómo se evaluarán los resultados.

Paso 5. Definir los elementos de apoyo del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales – Elementos de la cultura de cumplimiento.

Cultura de cumplimiento. El programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales es el resultado de que una persona jurídica cumpla con sus objetivos de cumplimiento, a través del cumplimiento de los requisitos que se derivan de su política de cumplimiento y del resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales y se hace sostenible introduciéndola en la cultura de la persona jurídica o entidad pública y en el comportamiento y en la actitud de las personas que se vinculan con ella.

El desarrollo de una cultura de cumplimiento exige que el órgano de gobierno (junta directiva, comité directivo quien haga sus veces) y la alta dirección tengan un compromiso visible, consistente y sostenido en el tiempo con un estándar común y publicado de comportamiento que se requiera en todas y cada una de las áreas de la persona jurídica; así como a sus socios de negocio.

Los patrones de comportamiento exigido, tanto a los miembros de la persona jurídica, como a los socios de negocio puede constar en la política de

cumplimiento o en un código de conducta, código ético, código de valores o documento análogo en la persona jurídica.

Son elementos de una cultura de cumplimiento:

- una política de cumplimiento;
- que se constate el respeto y la implementación activa por parte de la dirección de la política de cumplimiento;
- consistencia en el tratamiento de acciones similares, con independencia de la posición;
- guiar, entrenar y predicar con el ejemplo;
- realizar evaluaciones adecuadas a los potenciales empleados antes de su contratación;
- un programa de iniciación u orientación adecuado que enfatice el cumplimiento y los valores de la persona jurídica;
- formación continua de cumplimiento, incluyendo actualizaciones de la formación;
- comunicación continua, abierta y adecuada sobre cumplimiento;
- sistemas de remuneración que valoren el logro de objetivos de cumplimiento y parámetros clave del sistema de gestión de cumplimiento y de riesgos penales;
- reconocimiento visible de los logros en la gestión de cumplimiento y en sus resultados;
- medidas disciplinarias rápidas y proporcionadas en caso de conductas delictivas o no conformidades respecto de la política de cumplimiento o el resto del sistema de gestión de cumplimiento y de gestión de riesgos asociados a las actividades delictivas.

La existencia de una cultura de cumplimiento se mide por el grado en que se cumplan los requisitos señalados arriba de modo que:

- las partes interesadas, y especialmente los miembros de la persona jurídica, creen que se han implementado dichos requisitos
- los miembros de la persona jurídica comprenden la relevancia de las obligaciones del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales relativas a sus propias actividades y, en su caso, a las de sus unidades de negocio o funciones misionales de la entidad pública;

- se logran remediar los riesgos penales y las no conformidades se asumen y se gestionan en todos los niveles de la persona jurídica cuando sea necesario;
- se valora el papel del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales y sus objetivos;
- se permite y se anima al personal a que comunique sus preocupaciones relacionadas con el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales adecuadamente;
- se conoce, respeta y colabora con el rol del órgano o área de cumplimiento.

Paso 6. Asignación de recursos

La persona jurídica debe determinar y proporcionar los recursos necesarios para la adopción, implementación, mantenimiento y mejora continua del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales. Los recursos incluyen, como mínimo, los financieros, tecnológicos y humanos, así como el acceso, en su caso, a asesoramiento externo.

Paso 7. Definir los requisitos en relación con la competencia del personal de cumplimiento

La persona jurídica debe:

- determinar la competencia necesaria de las personas que realizan tareas relacionadas con el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales bajo el control de la persona jurídica;
- asegurarse de que estas personas sean competentes, basándose en una educación, formación o experiencia adecuadas;
- cuando sea aplicable, tomar acciones para que esas personas adquirieran la competencia necesaria, y evaluar la eficacia de las acciones tomadas;
- conservar la información documentada apropiada, como evidencia de la competencia existente o adquirida.

Las acciones aplicables pueden incluir la formación, la tutoría o la reasignación de las personas empleadas actualmente o la contratación de nuevo personal.

Paso 8. Adopción de las medidas de diligencia debida común a todos los miembros de la persona jurídica

En relación con los miembros de la persona jurídica, se deben establecer, implementar y mantener actualizados procedimientos tendentes a que:

- se entregue a los miembros de la persona jurídica, en el proceso de incorporación, una copia de la política de cumplimiento y gestión de riesgos penales o se le facilite el acceso a la misma;
- se facilite el acceso a la política de cumplimiento y gestión de riesgos penales vigente a todos los miembros de la persona jurídica;
- se requiera que todos los miembros de la persona jurídica cumplan con la política de cumplimiento y el resto del sistema de gestión de riesgos penales;
- se adopten acciones disciplinarias proporcionales contra aquellos miembros de la persona jurídica que incumplan los requisitos derivados de la política de cumplimiento o del resto del sistema de gestión de riesgos penales;
- no se adopte ningún tipo de represalia contra los miembros de la persona jurídica:
 - por negarse a participar o rechazar cualquier actividad en la que puede considerarse razonablemente que existe riesgo penal, siempre que lo haya comunicado por la vía oportuna,
 - por reportar de buena fe a través de los canales establecidos al efecto por la persona jurídica.

Paso 9. Adopción de medidas de diligencia debida relativa a personas que ocupan posiciones especialmente expuestas

En relación con personas que ocupan posiciones especialmente expuestas a riesgos penales mayores que bajo, la persona jurídica o de la entidad pública debe cumplir, además de con los requisitos establecidos en el numeral anterior, con los siguientes requisitos:

- Se realiza un procedimiento de diligencia debida en relación con candidatos a empleados antes de que éstos suscriban el contrato de trabajo o sean vinculados a la entidad, sean trasladados o promocionados por la persona jurídica o entidad pública, con el objetivo de verificar, de un modo razonable, que su empleo o nueva posición de empleo es apropiado y que resulta lógico creer que comprenderán en toda su extensión y cumplirán con la política de cumplimiento y el resto del sistema de gestión de riesgos penales

en todo aquello que les afecte.

- Se revisan periódicamente los objetivos de rendimiento, las primas por rendimiento y otros elementos de remuneración para asegurarse de que existen salvaguardas razonables para evitar que incentiven la asunción de riesgos penales o promuevan conductas inapropiadas en relación con la política de cumplimiento y el resto del sistema de gestión de riesgos penales.
- Dicho personal formaliza una declaración, a intervalos planificados en proporción al riesgo identificado, confirmando su cumplimiento de la política de cumplimiento y el resto del sistema de gestión de riesgos penales.

ELEMENTO IV. OPERACIÓN - PLANES DE TRATAMIENTO, CONTROLES Y PROCEDIMIENTOS.

PARA LA EJECUCIÓN DE ESTE ELEMENTO LAS NORMAS ISO 19600, 31000 Y UNE 19601, RECOMIENDAN EL DESARROLLO DE LOS SIGUIENTES PASOS:

PASO 1. PLANIFICACIÓN Y CONTROL OPERACIONAL

PASO 2. ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE DILIGENCIA DEBIDA (CONTROLES) PARA IDENTIFICAR LOS RIESGOS PENALES IDENTIFICADOS

PASO 3. ADOPCIÓN DE CONTROLES FINANCIEROS

PASO 4. ADOPCIÓN DE CONTROLES NO FINANCIEROS

PASO 5. IMPLEMENTACIÓN DE CONTROLES EN LAS FILIALES Y EN SOCIOS DE NEGOCIO - ENTIDADES BAJO CONTROL

PASO 6. CONTROLES SOBRE ENTIDADES NO CONTROLADAS POR LA PERSONA JURÍDICA

PASO 7. CONTROLES O CONDICIONES CONTRACTUALES

Para la adopción y aplicación de los controles para mitigar los riesgos penales la persona jurídica se debe apoyar en las matrices de riesgo, para lo cual puede tener presente lo establecido en la Norma ISO 31000.

Paso 1. Planificación y control operacional

La persona jurídica debe planificar, implementar y controlar los procesos necesarios para cumplir los requisitos derivados del programa de cumplimiento y

sistema de gestión de los riesgos penales y para implementar las acciones para abordar los riesgos y adoptar y aplicar el sistema de gestión de riesgos, mediante:

- el establecimiento de los procesos y procedimientos;
- la implementación del control de los procesos y procedimientos anteriores;
- el almacenamiento de información documentada en la medida necesaria para disponer de evidencias que soporten que los procesos, procedimientos y controles se han llevado a cabo según lo planificado.

Estos procesos y procedimientos deben estar sujetos a los controles específicos que se adopten en el sistema de gestión de riesgos penales.

La persona jurídica debe supervisar las eventuales modificaciones de sus procesos, procedimientos y sus controles asociados, así como analizar las consecuencias de dichas modificaciones o cambios, tanto planificados como no previstos, tomando medidas para mitigar cualquier consecuencia adversa, cuando resulte necesario.

Además, la persona jurídica debe contemplar los procesos externalizados o tercerizados en su programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, evaluando los riesgos penales en dichas actividades e implantando controles razonables para evitarlos, detectarlos y gestionarlos de manera temprana.

Se debe valorar la adecuación del diseño y eficacia de los controles existentes en la organización.

Ante deficiencias identificadas en determinados controles, la persona jurídica debe tomar medidas para remediarlas, por ejemplo, implantando planes de acción que mitiguen los riesgos asociados a los controles deficientes.

Paso 2. Adopción de medidas de diligencia debida (controles) para identificar los riesgos penales identificados

La persona jurídica debe realizar un análisis con el fin de identificar aquellas actividades en cuyo ámbito puedan materializarse riesgos penales que deban ser prevenidos, y hacerlo de acuerdo con lo expuesto en el paso 1 del elemento 3 de este documento sobre la identificación, evaluación y control de los riesgos asociados a las actividades delictivas.

Donde el análisis de riesgo realizado por la persona jurídica arroje un riesgo penal superior a bajo en relación con:

- transacciones, proyectos o actividades específicas;
- relaciones de negocio actuales o planificadas con determinados socios de negocio;
- categorías de personal en posiciones específicas;

La persona jurídica debe valorar la naturaleza y el alcance de dicho riesgo, contemplando, si lo considera necesario, la realización de procedimientos de diligencia debida, los cuales deben ser actualizados convenientemente.

Paso 3. Adopción de controles financieros

La persona jurídica debe disponer de controles en los procesos de gestión de sus recursos financieros que contribuyan a prevenir, detectar o gestionar riesgos penales de manera temprana.

La persona jurídica debería implementar aquellos controles financieros que resulten adecuados para impedir la comisión de delitos en el seno de su actividad. Dependiendo del tamaño de la organización, estos controles pueden incluir:

- existencia de una adecuada política de segregación de funciones,
- circuitos de aprobación necesarios para la gestión de los recursos financieros,
- implementación de sistemas de control y gestión de riesgos en el proceso de emisión de información financiera,
- realización de auditorías financieras.

Paso 4. Controles no financieros

La persona jurídica debe contar con controles sobre las compras, las operaciones, la comercialización y otros procesos no financieros, que resulten adecuados para evitar, detectar o gestionar riesgos penales de manera temprana y que aseguren que dichos procesos están siendo gestionados adecuadamente.

La persona jurídica debe implementar aquellos controles no financieros que resulten adecuados para impedir la comisión de delitos en el seno de su actividad.

Los controles variarán en gran medida dependiendo de la naturaleza de la actividad desarrollada por la persona jurídica y de los riesgos a los que se encuentre expuesto, así como del tamaño del mismo.

Cualquier actividad, transacción o relación de negocio puede estar sujeta a controles financieros y no financieros.

Paso 5. Implementación de controles en las filiales y en socios de negocio - Entidades bajo control

En aquellas entidades bajo control de la persona jurídica, ésta debe implantar procedimientos que garanticen que dichas entidades:

- adopten el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales de la entidad matriz; o
- adopten sus propios sistemas de riesgos penales, adaptados a su actividad y entorno.

En cualquier caso, dichos procedimientos deben adoptarse siempre y cuando resulte razonable y proporcionado en relación con el riesgo penal al que la entidad controlada se encuentre expuesta, de acuerdo con la evaluación del riesgo indicada en el con lo expuesto en el paso 1 del elemento 3 del presente documento sobre la identificación, evaluación y control de los riesgos penales.

Paso 6. Controles sobre las entidades no controladas por la persona jurídica

En relación con las organizaciones sobre las que la persona jurídica no tiene control, pero tiene algún tipo de vinculación y para las que se haya identificado algún riesgo penal mayor que bajo, la persona jurídica debe considerar:

- evaluar si los controles implantados por aquellas son suficientes para evitar, detectar o gestionar adecuadamente la exposición al riesgo penal;
- si no existen controles previamente implantados por aquellas, la persona jurídica debe requerir la implementación de controles que mitiguen sus riesgos penales, en caso de no resultar posible la implementación de controles en aquellas, considerar este hecho en la evaluación del riesgo que conlleva desarrollar operaciones con ellas, analizando las distintas opciones para evitarlo o gestionarlo.

Se entenderá por vinculación mantener algún tipo de presencia en los órganos de gobierno (junta directiva o quien haga sus veces) de la entidad sin que signifique control.

Una persona jurídica tiene control sobre otra organización si directa o indirectamente controla su gestión.

Se entiende por opciones de mitigación las encaminadas a terminar, discontinuar, suspender o rechazar dicha transacción, proceso, actividad o relación de negocio lo antes posible.

Paso 7. Controles o condiciones contractuales

La persona jurídica debe requerir cláusulas específicamente orientadas a reducir el riesgo penal en sus relaciones contractuales con socios de negocio que supongan un riesgo penal mayor que bajo para la misma.

Puede resultar conveniente en determinados casos incluir cláusulas que contemplen el derecho a realizar auditorías por parte de la persona jurídica. En caso de no resultar posible la inclusión de dicha cláusula, este hecho debería considerarse en la evaluación del riesgo.

ELEMENTOS V. FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN.

PARA LA EJECUCIÓN DE ESTE ELEMENTO LAS NORMAS ISO 19600, 31000 Y UNE 19601, RECOMIENDAN EL DESARROLLO DEL SIGUIENTE PASO:

Paso 1. Formación y concientización en cumplimiento y gestión de riesgos penales.

La persona jurídica debe fomentar que los miembros de la organización se concienticen y se formen adecuada, eficaz y proporcionalmente respecto de los riesgos penales, con la finalidad de evitarlos, detectarlos o saberlos gestionar conforme al programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

Asimismo, la persona jurídica debe proporcionar formación a su personal en las siguientes materias:

- la política de cumplimiento, el resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales y los procedimientos asociados con él, y de su obligación de cumplir con los requisitos asociados con todo ello;
- el riesgo penal y el perjuicio, tanto para el personal como para la persona jurídica, en el supuesto de su materialización;
- las circunstancias en las cuales, en el desempeño de su trabajo, se puede materializar un riesgo penal, y cómo reconocer dichas circunstancias;
- cómo pueden ayudar a prevenir y detectar riesgos penales, evitando su materialización y reconociendo los factores de riesgo principales;
- su contribución a la eficacia del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, incluyendo los beneficios derivados de una mejora del citado sistema y de reportar posibles operaciones sospechosas, delitos o no conformidades;
- las implicaciones y consecuencias potenciales de no conformidades relativas a los requisitos establecidos, tanto por la política de cumplimiento, como por el resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- cómo y a quién deben reportar sus dudas y preocupaciones en esta materia, según lo establecido en el paso 6 del elemento 6 de este documento sobre la comunicación de incumplimientos e irregularidades.

La persona jurídica debe proporcionar información documentada acerca de la formación y otros recursos disponibles para mejorar su conocimiento en el ámbito del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

La concientización y formación de los miembros de la organización debe tener en consideración los resultados de la evaluación del riesgo penal y, en caso de ser relevantes, los resultados del proceso de diligencia debida.

La persona jurídica debe fomentar de manera continua (a intervalos planificados) entre sus miembros la concientización respecto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales a través de campañas de sensibilización y ciclos formativos. Dicha labor debe realizarse considerando sus roles, los riesgos penales a los que están expuestos, y otras circunstancias coyunturales. La concientización y los programas de formación deben ser actualizados periódicamente sobre la base de la nueva información disponible.

Sobre la base de los riesgos identificados en las actividades de la persona jurídica ésta también debe establecer, implementar y mantener actualizados procedimientos que trasladen la necesidad de concientización y formación sobre el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales de los socios de negocio que pudieran representar un riesgo penal mayor que bajo para la persona jurídica. Estos procedimientos deberían identificar los socios de negocio para las cuales dicha concientización y formación son necesarias, el contenido mínimo de la formación, y los medios a través de los cuales se debe proporcionar y actualizar dicha formación.

ELEMENTO VI. DOCUMENTACIÓN, COMUNICACIÓN Y REPORTE.

PARA LA EJECUCIÓN DE ESTE ELEMENTO LAS NORMAS ISO 19600, 31000 Y UNE 19601, RECOMIENDAN EL DESARROLLO DE LOS SIGUIENTES PASOS:

PASO 1. DEFINIR LOS REQUISITOS PARA LAS COMUNICACIONES

PASO 2. DEFINIR LA COMUNICACIÓN DE LA POLÍTICA

PASO 3. DEFINIR LAS REGLAS PARA DOCUMENTAR LA INFORMACIÓN SOBRE EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

PASO 4. ARCHIVO Y ACTUALIZACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN

PASO 5. DEFINIR LAS REGLAS PARA EL CONTROL DE LA INFORMACIÓN DOCUMENTADA

PASO 6. DEFINIR LAS REGLAS PARA LA COMUNICACIÓN DE INCUMPLIMIENTOS E IRREGULARIDADES

PASO 7. ADOPTAR PROCEDIMIENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE INCUMPLIMIENTOS E IRREGULARIDADES

Paso 1. Requisitos para las comunicaciones

La persona jurídica debe determinar la necesidad de realizar comunicaciones internas y externas relevantes para la eficacia del sistema de gestión de cumplimiento y de riesgos penales, que incluyan:

- el contenido de la comunicación;
- cuando comunicar;
- a quién comunicar;
- cómo comunicar;
- quién debe realizar la comunicación;
- los idiomas y el lenguaje en el que deberá realizarse la comunicación.

Paso 2. Definir la comunicación de la política

La política de cumplimiento debe hacerse accesible a todos los miembros de la persona jurídica, así como a los socios de negocio que supongan riesgo penal mayor que bajo, y debe publicarse adecuadamente a través de los canales de comunicación internos y externos de la persona jurídica.

PASO 3. DEFINIR LAS REGLAS PARA DOCUMENTAR LA INFORMACIÓN SOBRE EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

El programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales de la persona jurídica debe incluir:

- la información documentada requerida en el Programa de Cumplimiento y demás normas aplicables;
- la información documentada que la persona jurídica ha determinado como necesaria para la eficacia del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

Paso 4. Archivo y actualización de la documentación

Al crear un archivo y actualizar información documentada, la persona jurídica debe asegurarse de que lo siguiente sea apropiado:

- la identificación y descripción (por ejemplo, título, fecha, autor o número de referencia);
- el formato (por ejemplo, idioma, versión del software, gráficos) y sus medios de soporte (por ejemplo, papel, electrónico);
- la revisión y aprobación con respecto a la idoneidad y adecuación.

Paso 5. Definir las reglas para control de la información documentada

La información documentada requerida por el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales se debe controlar para asegurarse de que:

- esté disponible y sea idónea para su uso, dónde y cuándo se necesite;
- esté protegida adecuadamente (por ejemplo, contra pérdida de la confidencialidad, uso inadecuado, o pérdida de integridad).

Para el control de la información documentada, la persona jurídica debe tratar las siguientes actividades, según corresponda:

- distribución, acceso, recuperación y uso;
- almacenamiento y preservación, incluida la preservación de la legibilidad;
- control de cambios (por ejemplo, control de versión);
- conservación y disposición final.

El acceso puede implicar una decisión en relación al permiso solamente para consultar la información documentada, o al permiso y a la autoridad para consultar y modificar la información documentada.

La información documentada de origen externo que la persona jurídica o la entidad pública como necesaria para la planificación y operación del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales se debe identificar, según sea adecuado, y controlar.

La información documentada se puede preparar con el propósito de obtener asesoramiento legal y, por tanto, puede estar sometida a secreto profesional.

Paso 6. Definir las reglas para la comunicación de incumplimientos e irregularidades

La persona jurídica debe implantar procedimientos adecuados para:

- facilitar canales de comunicación para que tanto los miembros de la persona jurídica como terceros comuniquen de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, aquellas circunstancias que puedan suponer la materialización de un riesgo penal para la persona jurídica, así como incumplimientos o debilidades del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- garantizar la confidencialidad o el anonimato de la identidad de las personas que hagan uso de dichos canales de comunicación;
- permitir la realización de comunicaciones de manera anónima o confidencial;
- prohibir cualquier tipo de represalia, tomando las medidas necesarias para proteger a aquellos miembros de la persona jurídica o terceros que realicen comunicaciones de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, a través de dichos canales de comunicación;

- facilitar asesoramiento a aquellas personas que planteen dudas o inquietudes relacionadas a través de los canales de comunicación establecidos por la persona jurídica;
- garantizar que los miembros de la persona jurídica conocen los canales de comunicación existentes y los procedimientos que regulan su funcionamiento;
- fomentar el uso de los canales de comunicación entre los miembros de la persona jurídica.

Los procedimientos de comunicación de incumplimientos e irregularidades relacionados con el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales pueden formar parte de otros procedimientos de la persona jurídica sobre comunicación de incumplimientos e irregularidades relacionadas con otras materias.

Las obligaciones de informar deben establecerse de forma clara en la política de cumplimiento y procedimientos derivados del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales de la persona jurídica y reforzarse por otros medios, tales como refuerzos informales de la dirección durante su trabajo del día a día con el personal.

Paso 7. Adoptar procedimientos para la investigación de incumplimientos e irregularidades

La persona jurídica debe implementar procedimientos que:

- aseguren la investigación de todas las comunicaciones recibidas;
- requieran la adopción de medidas adecuadas y proporcionadas en caso de verificación de dichas comunicaciones;
- garanticen que se dispone de recursos con capacidad, autonomía e independencia para realizar las investigaciones pertinentes, y que todas áreas o funciones del oficial de cumplimiento, si son requeridas, colaboran con ellos;
- garanticen que el órgano o área de cumplimiento está oportunamente informado del estado y resultados de cada investigación;
- garanticen los derechos del denunciante y del denunciado.

Las medidas a adoptar en caso de incumplimientos o irregularidades variarán en función de la severidad del caso, pudiendo incluir la adopción de medidas

disciplinarias (desde la amonestación hasta el despido disciplinario); proporcionar retroalimentación al personal involucrado; comunicación a las autoridades; así como mejorar y actualizar los controles del modelo para prevenir que se produzcan situaciones similares.

Los recursos con capacidad, autonomía e independencia para realizar las investigaciones pertinentes podrán ser los del órgano, área de cumplimiento u oficial de cumplimiento, pues éste es por definición un órgano dotado de poderes autónomos de iniciativa y control. No obstante, es posible también que la persona jurídica cuente, por una parte, con un órgano o área de cumplimiento y, por otra, con recursos distintos para realizar las investigaciones o análisis pertinentes; en tal caso, la persona jurídica debería garantizar que el órgano o área de cumplimiento esté oportunamente informado del estado y resultados de cada investigación.

ELEMENTO VII. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO Y PLANES DE MEJORA CONTINUA – MONITOREO Y SEGUIMIENTO.

PARA LA EJECUCIÓN DE ESTE ELEMENTO LAS NORMAS ISO 19600, 31000 Y UNE 19601, RECOMIENDAN EL DESARROLLO DE LOS SIGUIENTES PASOS:

PASO 1. SEGUIMIENTO, MEDICIÓN, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN

PASO 2. SEGUIMIENTO DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y SISTEMAS DE GESTIÓN DE RIESGOS PENALES

PASO 3. DETERMINAR FUENTES DE OPINIÓN SOBRE EL DESEMPEÑO DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y SISTEMA DE GESTIÓN DE LOS RIESGOS PENALES

PASO 4. DEFINIR LOS MÉTODOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

PASO 5. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

PASO 6. DESARROLLO DE INDICADORES

PASO 7. DEFINIR LOS INFORMES DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y SISTEMA DE GESTIÓN DE LOS RIESGOS PENALES

PASO 8. DETERMINAR EL CONTENIDO DE LOS INFORMES DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y SISTEMA DE GESTIÓN DE LOS RIESGOS PENALES

PASO 9. ROLES Y RESPONSABILIDADES DE LA AUDITORÍA INTERNA

PASO 10. REVISIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR EL ÓRGANO, ÁREA DE CUMPLIMIENTO U OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.

PASO 11. REVISIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR LA ALTA DIRECCIÓN

PASO 12. REVISIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR EL ÓRGANO DE GOBIERNO (JUNTA DIRECTIVA O QUIEN HAGA SUS VECES)

PASO 13. ROLES DE AUDITORÍA EXTERNA

PASO 14. MEJORA DE NO CONFORMIDADES Y ACCIONES CORRECTIVAS

PASO 15. PLANES DE MEJORA CONTINUA

Paso 1. Seguimiento, medición, análisis y evaluación

La persona jurídica o la entidad pública debe determinar:

- a qué es necesario hacer seguimiento y qué es necesario medir para conocer la eficacia del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- quién es el responsable de realizar el seguimiento;
- los métodos de seguimiento, medición, análisis y evaluación, según sea aplicable, para asegurar resultados válidos;
- cuando se deben llevar a cabo el seguimiento y la medición;
- cuando se deben analizar y evaluar los resultados del seguimiento y la medición;
- a quién se debe facilitar la información del seguimiento y la medición.

La persona jurídica debe conservar la evidencia de los resultados del seguimiento y medición, así como los informes de prevención como información documentada.

La persona jurídica debe evaluar el desempeño del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales y su eficacia.

Paso 2. Seguimiento del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales

La persona jurídica debe hacer seguimiento del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales a fin de asegurar que se alcanzan los objetivos de dicho sistema. Para ello, la organización debe establecer un plan de seguimiento continuo, definiendo los procesos, programas y recursos del seguimiento y la información que se debe recoger.

El seguimiento del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales es el proceso consistente en recoger información con el objetivo de evaluar la eficacia de dicho programa y sistema y, por lo tanto, el desempeño en materia de cumplimiento y prevención de riesgos penales de la persona jurídica o de la entidad pública.

El seguimiento del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales incluye:

- eficacia de la formación,
- eficacia de los controles, por ejemplo, a través de los resultados de análisis sobre una muestra significativa en función del análisis de riesgo realizado,
- asignación eficaz de responsabilidades para cumplir con las obligaciones del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales,
- actualización de las obligaciones del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales,
- eficacia en la gestión de deficiencias en los controles del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales previamente identificadas,
- casos en los que no se llevan a cabo, según lo previsto, inspecciones internas derivadas del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

El seguimiento del desempeño del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales incluye:

- no conformidades y conatos (es decir, incidentes sin efectos adversos),
- casos en los que no se cumplen los requisitos derivados de la política de cumplimiento y del sistema de gestión de riesgos penales,
- casos en los que no se alcanzan los objetivos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales,
- estado de la cultura de cumplimiento.
- indicadores predictivos y reactivos.

Paso 3. Determinar las fuentes de opinión sobre el desempeño del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales

La persona jurídica debe establecer, implementar y mantener actualizados procedimientos para solicitar y recabar opiniones del desempeño de su programa

de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales recurriendo a distintas fuentes.

Las opiniones deben servir como una fuente clave de mejora continua, tanto de la política de cumplimiento, como del resto del sistema de gestión de riesgos penales.

La información puede provenir de:

1. el personal,
2. los clientes,
3. los proveedores (o contratistas de entidades públicas),
4. los reguladores y supervisores,
5. los registros de control de procesos y los registros de actividad.

Paso 4. Definir los métodos de recolección de información

La persona jurídica debe seleccionar el método para la recolección de información considerado relevante.

La recolección de información incluye:

- informes de no conformidades cuando aparecen o sean identificados;
- información obtenida en líneas directas, reclamaciones y otras fuentes, incluyendo el canal de denuncias;
- discusiones informales, talleres de trabajo y grupos temáticos;
- pruebas integrales y por muestreo;
- resultados de encuestas de percepción;
- observaciones directas, entrevistas formales, visitas a las instalaciones e inspecciones;
- auditorías y revisiones;
- consultas a las partes interesadas, peticiones de formación y opiniones recogidas durante la formación, especialmente las del personal.

Paso 5. Análisis de la información

La información recogida debe analizarse y evaluarse de forma crítica para identificar el origen y las acciones adecuadas que se necesitan tomar. El análisis

debe considerar, entre otros, los problemas sistémicos y recurrentes para proceder a su corrección o mejora.

Paso 6. Desarrollo de indicadores

La persona jurídica debe desarrollar un conjunto de indicadores medibles que le ayuden a medir el logro de sus objetivos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales y a cuantificar el desempeño de dicho programa y sistema.

Este proceso debe tener en cuenta los resultados de la evaluación de los riesgos penales para asegurar que los indicadores están relacionados con los riesgos penales que afronta la persona jurídica.

Los indicadores de actividad incluyen:

- porcentaje de personal al que se haya impartido formación de forma eficaz,
- nivel de utilización de mecanismos para obtener opiniones (incluyendo comentarios sobre el valor de dichos mecanismos por parte de sus usuarios),
- número y tipo de acciones correctivas que se tomaron frente a cada no conformidad.

Los indicadores predictivos del riesgo incluyen:

- riesgos de no conformidades, a través de la medición de la pérdida potencial de los objetivos a lo largo del tiempo,
- tendencias de no conformidades basadas en datos históricos, comparativos y sectoriales.

Los indicadores sobre la efectividad incluyen:

- problemas y no conformidades identificados y comunicados, por tipo, área y frecuencia;
- consecuencias que se han derivado de las no conformidades, que pueden incluir valoración del impacto que resulte de compensaciones monetarias, multas y otras sanciones, costo de remediar sus efectos, pérdida de reputación o coste del tiempo del personal;
- la cantidad de tiempo utilizado para informar y adoptar acciones correctivas.

Paso 7. Informes del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales

El órgano de gobierno (junta directiva, comité directivo o quien haga sus veces), la alta dirección y el órgano o área de cumplimiento deben asegurarse de estar correcta y puntualmente informados sobre el desempeño del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales y de su mejora continua, incluyendo todas las no conformidades relevantes, promoviendo activamente una cultura de información completa y transparente.

Las disposiciones relativas a la información interna deben asegurar que:

- se establecen criterios adecuados y obligaciones de información;
- se establecen programas de informes periódicos;
- se facilita una información exacta y completa a las funciones o áreas de la persona jurídica apropiadas, para permitir que se adopten acciones preventivas, correctivas y remediadoras;
- se decide el formato, el contenido y la periodicidad de los informes internos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales para que sean adecuados a las circunstancias de la persona jurídica y a los factores de riesgos identificados en la etapa de diagnóstico. Los informes del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales incorporarse en otros informes de la persona jurídica;
- todas las no conformidades relevantes se informan adecuadamente.

Mientras que los informes de problemas sistémicos y recurrentes son particularmente importantes, un incumplimiento puntual puede ser igualmente preocupante si es grave o deliberado. Incluso una falla pequeña puede indicar una gran debilidad en los procesos existentes y en el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales. Si no se informa sobre él puntualmente, puede deducirse que el fallo no es relevante para la persona jurídica, aun pudiendo darse el caso de que dicho fallo se convierta en un problema sistémico.

Paso 8. Definir el contenido de los informes del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales

Los informes del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales deben incluir:

- cualquier materia relacionada con riesgos penales sobre la que la persona jurídica haya sido requerido por cualquier regulador o autoridad, incluida la judicial;
- cambios en las obligaciones del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, en su impacto en la persona jurídica y las propuestas para cumplir con las nuevas obligaciones;
- mediciones del desempeño del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, incluyendo las no conformidades y la mejora continua;
- número y detalle de posible(s) no conformidad(es) y su análisis subsiguiente;
- acciones correctivas adoptadas;
- información sobre la eficacia del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, sus logros y tendencias;
- contactos y desarrollo de las relaciones con los supervisores;
- resultados de las auditorías, así como de las actividades de seguimiento.

La política del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales debe fomentar el informe inmediato de cuestiones materialmente significativas que surjan fuera de los periodos previstos para el informe periódico.

Paso 9. Definir el rol y responsabilidad de la Auditoría interna

La persona jurídica debe llevar a cabo auditorías a intervalos planificados, para proporcionar información acerca de si el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales:

- es conforme con los requisitos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales establecidos por la persona jurídica a través de su política cumplimiento y el propio sistema de gestión de riesgos penales y con los requisitos de este Instructivo;
- se implementa y mantiene eficazmente.

Se pueden realizar auditorías adicionales en caso de que sea necesario.

Se pueden sugerir seguir las directrices sobre los sistemas de gestión de auditorías en la Norma ISO 19011.

El ámbito y escala de las actividades de auditoría interna de la persona jurídica pueden variar dependiendo de una variedad de factores, incluyendo el tamaño, la estructura, la madurez y la localización de la organización.

La persona jurídica debe:

- planificar, establecer, implementar y mantener uno o varios programas de auditoría que incluyan la frecuencia, los métodos, las responsabilidades, los requisitos de planificación y la elaboración de informes, teniendo en consideración la importancia de los procesos involucrados y los resultados de auditorías previas;
- definir los criterios de la auditoría y el alcance para cada auditoría;
- seleccionar los auditores y llevar a cabo auditorías para asegurarse de la objetividad y la imparcialidad del proceso de auditoría;
- asegurarse de que los resultados de las auditorías se ponen en conocimiento del órgano de gobierno (Junta Directiva, comité directivo o quien haga sus veces) y de la alta dirección, así como de otras áreas o funciones cuando proceda a efectos de mejorar el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales; y
- conservar información documentada como evidencia de la implementación del programa de auditoría y de los resultados de las auditorías.

Estas auditorías deben ser razonables, proporcionadas y realizadas con un enfoque basado en el riesgo, siguiendo procesos de auditoría interna u otros procesos de revisión de procedimientos, controles y sistemas destinados a detectar indicios de:

- materialización de riesgos penales;
- no conformidades relacionadas con la política de cumplimiento y el resto del sistema de gestión de riesgos penales;
- fallas en el cumplimiento de los requisitos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales susceptibles de constituir riesgos penales para la persona jurídica por las conductas desarrolladas tanto por los miembros de la organización como por los socios de negocio; y
- debilidades o posibilidades de mejora en la política de cumplimiento o el resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

Para asegurar la objetividad y la imparcialidad de estos programas de auditoría, la persona jurídica o la entidad pública se debe asegurar de que estas auditorías se llevan a cabo por:

- una función independiente o una persona específicamente designada para realizar este proceso;
- el órgano o área de cumplimiento, excepto si el alcance de la auditoría incluye procedimientos o controles de cuya ejecución directa se ocupe el propio órgano o área de cumplimiento;
- una persona apropiada de un departamento o función distinta del que está siendo auditado;
- una tercera parte apropiada; o
- un grupo que comprenda cualquiera de los definidos en los cuatro puntos anteriores.

El proceso debe asegurar que ningún auditor está auditando su propia área de trabajo o el trabajo desarrollado por él previamente.

Paso 10. Revisión del Programa de Cumplimiento por el órgano, área de cumplimiento u oficial de cumplimiento.

Como resultado de las actividades de supervisión y control, el órgano o área de cumplimiento debe evaluar de forma periódica si el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales:

- es adecuado para gestionar eficazmente los riesgos penales de la organización; y
- está siendo eficazmente implementado.

El órgano o área de cumplimiento debe informar al órgano de gobierno (Junta Directiva, comité directivo o quien haga sus veces) y a la alta dirección, o a una comisión o comité delegado de éstos, a intervalos planificados o siempre que sea necesario, sobre la adecuación e implementación del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, incluyendo los resultados de las investigaciones y las auditorías.

La persona jurídica debe conservar información documentada como evidencia de los resultados de las revisiones realizadas por el órgano o área de cumplimiento.

La frecuencia de los informes dependerá de los requisitos de la persona jurídica, pero se debe hacer, al menos, anualmente.

Una persona jurídica puede servirse de otra organización para asistir en la revisión, siempre que sus observaciones sean comunicadas de forma apropiada al órgano o área de cumplimiento.

Paso 11. Revisión del Programa de Cumplimiento por la alta dirección

Con base en información remitida por el órgano o área de cumplimiento sobre la adecuación e implementación del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, incluyendo los resultados de las investigaciones y las auditorías, la alta dirección debe realizar, a intervalos planificados, una revisión programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

Esta revisión debe considerar:

- el estado de las acciones de las revisiones por la dirección previas;
- los cambios en las cuestiones externas e internas que afecten al programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- la información sobre el desempeño del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, incluidas las tendencias relativas a:
 - no conformidades y acciones correctivas,
 - seguimiento y resultados de las mediciones,
 - resultados de la auditoría,
 - investigaciones,
 - denuncias y reportes de operaciones sospechosas,
 - análisis de informes del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales,
 - comunicaciones relacionadas con las partes interesadas, incluyendo las reclamaciones,
 - la naturaleza y la extensión del riesgo penal de la organización,
- las oportunidades de mejora continua, tanto de la política de cumplimiento como del resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- la adecuación de los protocolos o procedimientos del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- el grado en el que se han cumplido los objetivos del programa de

- cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- la adecuación de los recursos asignados al área de cumplimiento;
- la eficacia de las acciones adoptadas para gestionar los riesgos penales y las oportunidades.

El resultado de la revisión realizada por la dirección debe incluir las decisiones relacionadas con las oportunidades de mejora continua y cualquier necesidad de cambio, tanto en la política de cumplimiento como en el resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

Debe incluir también decisiones acerca de:

- la necesidad de cambios en las políticas, procedimientos o controles asociados al programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales;
- cambios de los procesos y procedimientos relacionados con el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales para asegurar su integración eficaz con las prácticas operacionales y sistemas de la persona jurídica o entidad pública;
- áreas sobre las que hacer seguimiento de no conformidades futuras potenciales;
- acciones correctivas respecto a las no conformidades detectadas;
- lagunas o carencias en la política de cumplimiento, en el resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales e iniciativas de mejora continua, tanto a corto como a medio y largo plazo;
- reconocimiento de comportamientos ejemplares relacionados con la política de cumplimiento y el resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

La persona jurídica debe conservar información documentada como evidencia de los resultados de las revisiones realizadas por la dirección, debiéndose facilitar una copia al órgano de gobierno.

La revisión del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales realizado por la alta dirección ha de entenderse como el proceso por el cual, con base en el resultado de la revisión del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales realizado por el órgano o área de cumplimiento, la alta dirección analiza la información disponible y adopta las

decisiones oportunas para la efectiva implantación y ejecución de los controles y medidas necesarios para el adecuado funcionamiento del sistema de *compliance* penal en la organización.

Paso 12. Revisión del Programa de Cumplimiento por el órgano de gobierno (Junta directiva, comité directivo o quien haga sus veces)

El órgano de gobierno se debe encargar de examinar por lo menos una vez al año el programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales con base en la información proporcionada por el órgano o área de cumplimiento, la alta dirección y cualquier otra información que el órgano de gobierno pueda solicitar u obtener.

La persona jurídica debe conservar el resumen de la información documentada como evidencia de los resultados de las revisiones del órgano de gobierno.

Paso 13. Rol y responsabilidad de la Auditoría externa (o revisoría fiscal)

La auditoría externa o revisoría fiscal debe cumplir con las siguientes funciones:

- Revisa las acciones del oficial de cumplimiento, con el propósito de establecer el cumplimiento de las políticas y acciones definidas.
- Se cerciora que las operaciones de la empresa se ajustan a los estándares internacionales en materia de prevención de actividades delictivas y expresa su opinión sobre la suficiencia del Sistema.
- Evalúa la efectividad del Sistema
- Informa al órgano de gobierno, y al oficial de cumplimiento, las inconsistencias y fallas detectadas en el Sistema y, en general, todo incumplimiento que detecte a las disposiciones que regulan la materia.
- Da oportuna cuenta al órgano de gobierno y a la alta dirección, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la persona jurídica o entidad pública y en el desarrollo de sus negocios o funciones en relación con el tema.
- Elabora un reporte dirigido al órgano de gobierno, en el que informe acerca de las conclusiones obtenidas en el proceso de evaluación del cumplimiento de las normas e instructivos sobre el Sistema.

Paso 14. Mejora de No conformidades y acciones correctivas

Cuando se detecte una no conformidad, la persona jurídica debe:

- Reaccionar de manera rápida y transparente. Asimismo, en la medida que sea aplicable:
 - adoptar las acciones oportunas para tomar el control de la situación y corregirla, y
 - gestionar las consecuencias, tratando de reducir sus efectos adversos.
- Valorar la necesidad de acciones correctivas para eliminar las causas que han ocasionado la no conformidad, de modo que no se reproduzca. Para ello debe:
 - analizar la no conformidad,
 - determinar sus causas,
 - averiguar si pueden estar produciéndose otras no conformidades similares o si podrían llegar a producirse.
- Implementar las acciones que sean precisas.
- Realizar el seguimiento de las acciones adoptadas, de forma que se conozca su eficacia o la necesidad de acciones adicionales.
- Realizar los cambios que sean precisos en la política de cumplimiento o el resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales, en caso de que sea necesario.

Las acciones correctivas deben ser apropiadas para evitar o mitigar las no conformidades detectadas.

La persona jurídica debe mantener información documentada que acredite:

- La naturaleza de las no conformidades detectadas y las acciones que se hayan adoptado en relación con ellas.
- Los resultados de las acciones correctivas adoptadas.

Paso 16. Planes de Mejora continua

La persona jurídica debe mejorar de forma continua la sostenibilidad, adecuación y eficacia, tanto de su política de cumplimiento, como del resto del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales.

La información recogida, analizada y evaluada consecuentemente, e incluida en los informes del programa de cumplimiento y sistema de gestión de los riesgos penales debería usarse como base para identificar las oportunidades de mejora del desempeño de dicho programa y sistema.