
CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y RESPUESTA DEL ESTADO ANTE EL INCUMPLIMIENTO POR LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA

REGULATORY COMPLIANCE AND STATE RESPONSE TO NON-COMPLIANCE BY THE COMPANY'S RESPONSIBILITY

Recibido: 01 de julio de 2023

Aceptado: 07 de septiembre de 2023

Fabio Iván Rey Navas¹

Deiby Alberto Sáenz²

Darwin Anthony Quintero Herrera³

Javier Mauricio Vera Gutiérrez⁴

1 Abogado, doctor en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Contacto: *abogadorey@gmail.com*

2 Abogado, doctor en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Derechos Humanos. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Contacto: *deiby.saenz@usantoto.edu.co*

3 Abogado. Magíster en Derecho de la Universidad Gran Colombia. Estudiante del cumplimiento normativo en lo público y lo privado. Contacto: *daqh82@gmail.com*

4 Abogado. Magíster en Derecho de la Universidad Gran Colombia. Servidor público en la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Contacto: *verajavier626@gmail.com*

Resumen

La responsabilidad de las personas jurídicas es una de las bases de la ampliación de los riesgos jurídicos, lo que motiva la autorregulación de las empresas públicas y privadas mediante programas de cumplimiento normativo que definen parámetros de prevención de actividades que eviten la concreción de los riesgos penales, ambientales laborales o fiscales –entre otros–, permitiendo la formación de una cultura que acoja los principios de eficacia, prevención, ética, buen gobierno y responsabilidad social al interior de la organización empresarial, de forma tal que ante la concreción del riesgo que legitima el ingreso del Estado, sea el propio ente colectivo quien responda y este en capacidad de adoptar las medidas necesarias como garantía de no repetición de la conducta antijurídica.

Palabras Claves: Cumplimiento Normativo, Principios del *Compliance Programs*, Respuesta Sancionatoria del Estado.

Abstract

The responsibility of legal entities is one of the bases for the expansion of legal risks, which motivates the self-regulation of public and private companies through regulatory compliance programs that define parameters for the prevention of activities that avoid the realization of criminal risks. , labor or fiscal environmental - among others -, allowing the formation of a culture that embraces the principles of effectiveness, prevention, ethics, good governance and social responsibility within the business organization, in such a way that when the risk that legitimizes the entry of the State, the collective entity itself is responsible and is capable of adopting the necessary measures to guarantee non-repetition of the unlawful conduct.

Keywords: Regulatory Compliance, Principles of Compliance Programs, State Sanctioning Response.

Introducción

La apertura de las relaciones económicas y el auge de los mercados, dio origen a la expansión empresarial, a niveles alarmantes, y complejos, convirtiéndose este fenómeno en una gran novedad para los ordenamientos jurídicos vigentes en diversos estados, y en específico, para el derecho penal, pues de manera acelerada se constituyó en un nuevo mecanismo para aprovechar las ventajas de la regulación, dentro de una esfera considerada de amplio espectro, creando en los países la gran necesidad de establecer procedimientos judiciales que contribuyeran a frenar este esparcimiento.

Esta dinámica, que empezaba a gestarse, comenzó a ser apetecible por las demás empresas, marcando como pauta fundamental, la necesidad de organizarse para hacer más poderosas, y así aprovechar cualquier grieta, desorganización estructural, o carencia de información sobre sus funciones, para poder corroer la economía de cada país, o desolidificar lo alcanzado en economías proteccionistas y sólidas, mediante una operativización del mundo financiero, haciéndose cada vez más evidente, que para lograr una consolidación, se necesitaría del concurso de otras personas jurídicas para alcanzar el encubrimiento de los “negocios”, produciendo una verdadera industria organizada que apostará por mayores, más rápidos y mejores rendimientos.

Vistos estos nuevos escenarios, los cuales permitían visualizar la mutación del capital, bajo unos enfoques en los que aún no se cuenta con una fórmula que permitiera regular estas actividades, pues el derecho civil y administrativo, con el que se pretendió hacerle frente a este nuevo ideal empresarial, genero como resultado, que las mismas fueran insuficientes, bien, porque el tipo de sanción que se imponía, no reflejaba que cumpliera con ese fin preventivo general, y, mucho menos, revelaba el cumplimiento de esa garantía coercitiva frente a la sociedad, la de evitar; que la infracción no se volviera a cometer a futuro, consintiendo así, que se produzca una expansión de un capitalismo desenfrenado, haciendo presumir que no había manera de ser descubiertos, lo cual generaba un ambiente perfecto para la proliferación de ganancia “non sanctas” en los sectores económicos.

La metodología aplicada corresponde a las investigaciones de tipo cualitativa, pues a través de esta, y de manera estructurada, se logró preparar el terreno, mediante la exploración, observación, recopilación y análisis de diferentes bibliografías, tanto físicas, como a través del uso de herramientas informáticas, relacionadas con el problema objeto de esta investigación, sobre el cómo y en qué condiciones ocurren los hechos, para luego ponderar el impacto en el entorno nacional, realizando a su vez, esfuerzos necesarios sobre la evaluación de los elementos importantes del *Compliance Programs*, para su comprensión.

Finalmente, se realiza un análisis que motiva la responsabilización de las personas jurídicas, acorde con los principios y garantías contempladas en el ordenamiento jurídico, que permitiría exigirles a las personas jurídicas, su responsabilidad de manera autónoma, de acuerdo al catálogo de delitos contemplados, y así resarcir todos aquellos daños que por su actuar negligente pueda llegar a ocasionarle a la sociedad.

La idea es facilitar que el derecho penal acoja en el punto de las infracciones cometidas por personas jurídicas, un criterio práctico que a la par que conserve el orden jurídico y la iniciativa privada, este en capacidad de evitar el deterioro de la actividad empresarial, de los empresarios y de los inversionistas, pues cualquier actividad económica tiene riesgo de contaminarse o encontrarse incurso en una conducta inapropiada legalmente, llámese delito o infracción al régimen cambiario, sin que esto signifique el fin de la

fuente de producción de riqueza para la nación, o la anulación en la actividad de quienes participaron en la misma.

1. La responsabilidad empresarial y el cumplimiento normativo

La responsabilidad de las personas jurídicas es propia de un mundo que exige la reparación de los daños ocasionados con el objetivo de hacer perfectible las organizaciones tanto las públicas, como las privadas. De una parte, se comenzó con la posibilidad de responsabilizar a los Estados por lo ejecutado en contra de sus ciudadanos o dentro de sus fronteras, así fue que nacieron los tribunales continentales de derechos humanos, para hacerle frente a las demandas de quienes resultaban lesionados por cada una de las organizaciones públicas, esto se dio a nivel Europa y América posterior a los años 50 del siglo XX, para poder juzgar a estas especiales personas jurídicas se comenzó a elaborar un plexo normativo de declaraciones de Derechos Humanos, de manera tal que se pudiera señalar el incumplimiento de normas internacionales por parte de tribunales internacionales.

Sin dejar de lado el propio origen del consejo de estado a nivel interno de cada nación, para señalar la responsabilidad de los estados ante las fallas en el servicio que este prestaba, las jurisdicciones internacionales vinieron a solventar el creciente riesgo de impunidad de las soberanías nacionales.

Aun cuando las personas jurídicas de derecho privado tuvieron un importante auge durante la revolución industrial, el derecho nacional llevo a las regulaciones autónomas en cada país especialmente en lo que se relaciona con los derechos de los trabajadores, los pagos fiscales y parafiscales, así como las regulaciones sanitarias y reglamentarias propias de cada mercado, esta regulación fue más o menos controlada por el estado hasta el comienzo de la globalización de los mercados, cuando organizaciones empresariales de los países más influyentes económicamente vieron la oportunidad de expandirse a niveles inimaginables, en un aldea global en la cual sus productos, explotaciones e inversiones pasaron a tener multi regulaciones y a la vez vacíos de regulación dando espacio a la maximización de las ganancias y rendimientos financieros.

Este crecimiento económico de las organizaciones privadas ha hecho que algunas empresas multinacionales como *Walmart*, *State Grid*, *China National Petroleum*, entre otras 10 multinacionales es comparable al producto interno bruto de los 180 países más pequeños del planeta entre los que se incluye Irlanda, Indonesia, Israel, Colombia, Grecia, Sudáfrica y Vietnam, entre otros (El País, 2016), lo que llevaría a que buena parte de los recursos del mundo estuviera dominado por grandes corporaciones, reguladas bajo sus propios códigos de ética, pues los países carecen de regulaciones globales.

Situaciones que hacen necesario llegar a responsabilizar directamente a las personas jurídicas de derecho privado, con elementos de mayor contención y valor social como es el derecho penal, pues las sanciones impuestas por el juez penal tienen esa connotación social de señalamiento delictivo, de forma tal que en el inconsciente colectivo queda la sensación de mayores cotas de justicia, aun cuando la misma sea de carácter económico, pues no se trata de una sanción con mayores implicaciones de prevención, retribución y garantías de no repetición, además de la necesaria restauración de lo afectado con su actuar delictivo.

Al tratarse de empresas con capital multinacional, o financiadas con recursos financieros de sus casas matrices o de bancas internacionales, el efecto de penalización de los representantes legales, miembros de junta directiva, revisores fiscales o contadores son minúsculos pues las personas naturales son solo “fichas” dentro de las organizaciones empresariales, que no ven afectadas sus intereses al ser juzgadas el capital humano, pues ya han realizado el interés que les conviene como es el capital financiero obtenido con la acción fraudulenta del orden legal. Lo que hace necesario que las sanciones se dirijan a las organizaciones empresariales y a sus recursos, pues estos son en últimas lo que se pretende favorecer en las operaciones delictivas.

De una parte, es necesario favorecer la formación de empresas de capital nacional y multinacional, pues este es un pilar de necesario para mantener y hacer crecer la economía, y es así mismo es necesario favorecer el capital humano que se ha venido preparando en lo teórico y en lo práctico para manejar las empresas, de manera tal que la dirección de las sanciones sea rectificar el camino errado que se pueda presentar en medio de las actividades empresariales, de manera tal que se garantice la supervivencia de las empresas y la experiencia del capital humano, lo que se puede conformar mediante planes de cumplimiento normativo adecuados a cada clase de organización empresarial, lo que aumenta su compromiso con el cuidado de los bienes jurídicos que le corresponden y amplían la posibilidad de hacer crecer los negocios. Pues un estado donde la actividad empresarial es perseguida y el capital humano sometido a medidas de inocuización es un país que llama a la pobreza y a la parálisis económica.

En la actualidad es un secreto a voces el compromiso de las grandes corporaciones con la violencia de los derechos humanos en varios partes del mundo, como el Cacao en los países africanos, la contaminación por los colorantes de las telas en India, o la esclavitud que viven quienes cultivan en los campos de Almeria en España, para Demetrio (2018) es de gran preocupación frente el incremento de la impunidad empresarial, proponiendo la implementación del establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas (p. 23).

Delincuencia empresarial, que se caracteriza por su componente organizativo, profesional, técnico, complejo y transnacional, se trata de una suerte de criminalidad de los poderosos, y precisamente, para ella, es para la que menos preparados estamos, tanto a nivel normativo como dogmático (Ballesteros, 2019, p. 256).

Por ello es necesario realizar una construcción dogmática idónea, que sea adoptada por las empresas como útil y valorada para cumplir con la necesidad requerida de autocontrol, logrando que estas pueda desplegar un comportamiento acorde con los dispositivos legales establecidos, mostrando una ética empresarial sólida que le permita irradiarla hacia las demás empresas.

En este sentido el *compliance* como “un sistema de individuos, procesos, políticas y procedimientos desarrollados para asegurar el cumplimiento de las leyes, regulaciones industriales y contratos privados que gobiernan las acciones de la organización” (Troklus, Warner y Wollschager, como se cita en Henao & Castro, 2020, p. 23), tendientes al cumplimiento de los fines empresariales con responsabilidad social.

En Sieber (2013) se trata de un modelo de prevención de riesgos a través de la introducción de una cultura del respeto de las normas legales y éticas en las empresas implican el establecimiento de códigos de conductas, medidas de autovigilancia, controles y la determinación de los flujos de información (p. 64), asegurando una gestión que a la vez que cumpla con los parámetros del negocio proteja los bienes jurídicos con los que intervenga la empresa, desde el medio ambiente, hasta el orden económico.

En el mismo orden, la profesora Zúñiga y otros (2012), aportaron una justificación frente a la autorregulación, afirmando que “la predisposición de un sistema regulativo y disciplinario interno de la persona jurídica (*corporate government*) puede servir para resolver e individualizar con mayor prontitud y eficacia los puntos clave de la patología de la empresa” (p. 558), ubicando los controles y la asistencia oportuna para evitar desvíos del curso legal.

De modo idéntico, Fernández (2019), afirma tres objetivos esenciales que debe cumplir el *compliance*, (i) impedir hechos delictivos, (ii) limitar la responsabilidad penal de la empresa y sus costes en el caso de alguien cometiere un delito en el seno de la misma, y (iii) implantar la cultura del cumplimiento y la ética en los negocios (p. 5).

Adicionalmente, Ballesteros (2019) diseña una gama amplia de objetivos como:

Identificar mediante un mapa de riesgos, aquellas actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos delitos objeto de persecución contra las personas jurídicas; (ii) establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, adopción de decisiones y ejecución de las mismas; (iii) disponer de los recursos financieros suficientes para implementar, mantener y revisar los programas de cumplimiento; (iv) imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (canales *whistleblowing*); (v) establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; y (vi) verificar periódicamente el modelo, modificando éste cuando se detecten infracciones o nuevos riesgos, consecuencia de cambios en la organización de la empresa o de la apertura de nuevas líneas de negocio p. 276).

Se trata entonces de una necesidad de autorregulación, en la cual las personas jurídicas, de manera pronta y oportuna, puedan detectar esos comportamientos desplegados, contrarios a las normas, para luego corregirlos y subsanarlos, protegiendo de esta forma la organización empresarial y la administración de justicia. Teniendo entonces “un carácter transversal, pues no se limita a un ámbito jurídico específico, sino que comprende los diversos ámbitos jurídicos en los que la actividad corporativa pueda tener incidencia” (Henaó & Castro, 2020, p. 26).

Además, permite que las autoridades que investiguen la conducta de una persona natural que ejecuta labores en nombre de la empresa, pueda ser neutralizado mediante el ajuste de cumplimientos normativos que impidan la nueva ocurrencia de la conducta, además de una merma en los valores devengados por la organización empresarial al lesionar el bien jurídico correspondiente, los cuales tienen como génesis los principios que se observan en el siguiente análisis.

De esta forma mediante un efectivo auto y hetero seguimiento del cumplimiento normativo de la responsabilidad empresarial permite avanzar hacia una eficaz aplicación de los principios del *Compliance Programs* de forma tal que si se garantiza su aplicación se previene la comisión de conductas que lesionen los bienes jurídicos tutelados.

2. La eficacia, prevención, ética y buen gobierno como principios del *compliance programs*

Los principios que engloban el cumplimiento normativo, son presupuestos necesarios para que las personas jurídicas, asuman el compromiso de colocarlos en práctica, la cultura que presupone el cumplimiento normativo, deberá contar con suficiente información que motive la aplicación, para que al momento de implementarlo no tenga ningún tropiezo que lo desvíe, logrando arraigarlas o “aprehenderlas” dentro del seno de la organización.

El *Compliance Programs* abraza los principios de eficacia, prevención, ética, buen gobierno, y responsabilidad social, lo cuales “funcionan como indicadores del desempeño de la gestión del riesgo, y refuerzan el valor que tiene para la organización gestionar el riesgo de una manera eficaz” (UNE-ISO:31000, 2018, p. 5).

Así, la eficacia, puede analizarse desde dos perspectivas, una amplia en la que al producirse la desviación no querida, las estrategias son ineficaces, de suerte que la alta dirección debe revisar el modelo de prevención de las políticas de cumplimiento (Gutiérrez, 2016, p. 13), y otra específica en el que la finalidad deberá estar orientada a encargarse de la gestión del riesgo producido, y hacer que el mismo se mantenga en niveles jurídicos penales permitidos. En este aspecto Neira, 2016 señala como la eficacia relativa, “en el sentido de que la comisión de un delito no implica necesariamente la ineficacia del sistema” (p. 478).

La eficacia no debe ser equiparada a infalibilidad en la previsión del delito, pues su idoneidad consiste igualmente en averiguar las trasgresiones que se cometen, y responder adecuadamente para hacer terminar esas falencias, es por ello, que en los programas no se trata solo de procurar neutralizar el riesgo de comisión del delito, sino especialmente de gestionarlo, diríamos que es como la gripe, a cualquier nos da, lo importante es que no incapacite o que lo haga por el menor tiempo posible, y claro que no se agrave a una pulmonía o tuberculosis.

Otro de los aspectos de la eficacia, obedece a responder a dos finalidades esenciales,

- (i) a la idiosincrasia e idoneidad de la empresa, es decir, que se adapte a las necesidades propias que este tiene, acorde a su estructura organizativa, y a los riesgos propios de acuerdo a la actividad que ejecuta, evitando cualquier intento de estandarización, y
- (ii) la necesidad de la “involucración activa y la supervisión por parte del órgano de gobierno y de la alta dirección es una parte integral de un sistema de gestión de compliance eficaz” (UNE-19600, 2015, p. 16)., lo que hace que el cumplimiento sea dinámico, constantemente evaluado y actualizado, procurando corregir cualquier error; correspondiendo al compromiso de la entidad en la cultura de rechazo de actuaciones reprochables.

La eficacia como gestión del riesgo “permite identificar las aptitudes, las percepciones y las intenciones de las personas externas e internas que pueden facilitar u obstruir el logro de los objetivos de la organización” (UNE-ISO:31000 (2018, p. 21), detectando todas aquellas alertas de actividades potencialmente riesgosa, activando lo indicado en los protocolos instituidos.

De otro lado, el principio de la prevención, hace relación a dos esferas, la primera es la internacionalización de la norma de manera voluntaria, la cual conlleva, a que la empresa por valores éticos, y por su responsabilidad social, asuma lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, y que debido a sus buenas prácticas, se rehúse a incurrir en el delito previsto, evitando así traicionar la confianza que sobre ella se ha depositado. Y la segunda son los efectos que produce la pena en sentido estricto, pues la rigurosidad de la sanción es la que termina finalmente motivándolo para no incurrir en estas conductas antijurídicas nuevamente. Sin llegar a los límites de fidelidad exagera en los stakeholder democracy o los controles de panóptico empresarial (Bernate, 2018, p. 38).

La prevención está estrechamente vinculada con principios éticos, en la cual ayudará a la empresa a forjar y mantener su buen nombre, reputación y confianza, que tanto anhela la sociedad, y que al final se traduce en tranquilidad y protección a sus clientes. El *compliance* debe generar una adecuada cultura organizativa sensible a la prevención y detección penal, opuestas a las malas praxis que toleran o amparan conductas ilícitas en el seno de la persona jurídica (UNE-19601, 2017, p. 6).

De acuerdo con Henao & Castro (2020), “la única forma de prevenir el delito en sociedades anónimas es reforzar sistemas de prevención de la criminalidad y de las conductas ilegales en las empresas y en las entidades públicas” (p. 33), pues como argumenta Bacigalupo (2012) la “prevención de los riesgos de responsabilidad tienden, consecuentemente, al establecimiento de sistemas de control interno en la empresa, que también podrían, naturalmente, ser confiados a organizaciones externas especializadas en esta materia, de una manera semejante a la auditoría contable”(p. 43), lo importante es colocar en evidencia notoria y pública, que la compañía cuenta con procedimientos, controles y mecanismos que tienen como función neutralizar la ocurrencia de cualquier conducta contraria a la ley.

En la misma línea, la ética como principio se dirige a generar buenas costumbres y prácticas leales de transparencia, sinceridad y tranquilidad en el desarrollo de sus actividades que lleve a cabo la sociedad. Del tal que “cuanto menor es la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción” (Villoria 2013, como se cita en Balletero, 2019, p. 100); en consecuencia, para lograr la transparencia, se debe evitar incurrir que en las tomas de decisiones, exista un monopolio o discrecionalidad por parte de quien ostenta el poder, y por el contrario, debe siempre revelar una democratización, puesta en común y rendición de cuentas para que pueda impedir actos de corrupción.

Cuando se alude a la palabra ética se relaciona a un alto contenido moral de valores empresariales, por estar encaminada a la formación de una robusta conciencia, para adoptar una decisión en cualquier nivel dentro de la organización, deberá ser siempre conforme al sello de garantía, cumplimiento de esa persona jurídica frente a la sociedad, ocupándose de las prácticas en la cual incurren sus actores para satisfacer o lograr sus objetivos individuales.

La ética no se instaura en cuestión de horas, “la imposición de valores, códigos, reglas y procedimientos intraempresariales orientados a la prevención de la criminalidad, así como su revelación y efectiva sanción (Reyna, 2015, citado por Henao & Castro, 2020, p. 28), es el resultado de un trabajo constante, desde la cúspide de la organización, desde lo intermedio y el nivel operativo; requiere de formación, de ejemplo, de reflexión por parte de los trabajadores, de capacitación a los coordinadores del nivel medio, del compromiso de la alta dirección, y del castigo, advertencia o puesta en escena de cualquier desviación de los valores éticos establecidos por parte de la compañía, especialmente de las oficinas de control interno o del oficial de cumplimiento (Escrihuela, 2019, p. 356). Es por ello, que la empresa debe ratificar la cultura generando unas prerrogativas competitivas transparentes, permitiéndose asegurar una longevidad duradera en el transcurso del tiempo sobre su existencia, llevando a la reflexión, más que al castigo ejemplarizante.

A su vez, el principio del buen gobierno, agrupa todas aquellas prácticas que son destinadas a optimizar, en el desarrollo de sus actividades operativas, todo ese contenido

de transparencia, eficacia y sostenibilidad. Para García (2017) se trata de un gobierno que promueve la equidad, la transparencia y la responsabilidad de las empresas, o el conjunto de métodos y procedimientos que adoptan las empresas para mejorar la dirección y gestión de las sociedades, especialmente de las cotizadas en bolsa, con la finalidad de satisfacer los intereses de los accionistas (p. 4). Evocando los principios de equidad, transparencia y responsabilidad, como un todo.

Para su ejecución el buen gobierno, depende del convencimiento de todas las personas que hacen vida activa en la organización, cada empleado desde su lugar de trabajo, con una orientación de valores, tendrá su cuota importante de participación y compromiso en la vinculación de esta labor, y así como un todo, se pueda repeler cualquier conducta contraria a la ley. Mediante políticas, instrumentos y procedimientos apropiados, que estén vinculadas al actuar diario que despliega la empresa, facilitando así una gerencia efectiva y prudente (UNE-19602, 2019, p. 6), por lo que se convierte en un principio esencial, al vincular su actuar a las necesidades existentes dentro de la comunidad en la cual funcionan, y no en detrimento de ella.

De la integración de los principios de eficacia, prevención, ética y buen gobierno en el *Compliance Programs* surge la responsabilidad social, mediante la que pueden subsistir la rentabilidad de las actividades empresariales, y lo social, sin demeritarse una u otra, o el medio ambiente, pues una empresa sostenible ambientalmente es más rentable en todo sentido, como es el caso de Coca Cola que de reemplazar el envase de sus bebidas de botellas de plástico a vidrio o envases no contaminantes, generaría menos impacto en el planeta (Mena, 2020), y las expectativas de subsistencia en los individuos, grupos o entidades sería mayor, lo que llevaría que se produjeran envases con responsabilidad medio ambiental.

Las empresas que deciden encaminarse en la ejecución del propósito que dio origen a su fundación y adaptan los mismos al paso del tiempo, deben estar encaminadas a contribuir con el avance de la sociedad, logrando unas ventajas competitivas aceptables frente a la comunidad (González y Martínez, 2007), ventajas competitivas que pueden sintonizarse con lo moralmente, ética o jurídicamente aceptable.

3. La respuesta ante el incumplimiento normativo

La respuesta del Estado frente a los delitos cometidos por las organizaciones empresariales se puede establecer en llamada segunda velocidad del derecho penal, en la cual los rangos de imputación son menos exigentes, pues no es fácil establecer la contribución de cada uno de los partes participantes en la jerarquía de la empresa, pero a la vez las sanciones penales a las cuales se expone la persona jurídica y las personas naturales son de menor punibilidad o de diversa punibilidad, de tal forma que

- (i) se garantice el éxito del esfuerzo empresarial,
- (ii) se ajuste la política interna de la empresa a los postulados legalmente exigibles, y
- (iii) se responsabilice tanto a la organización como a las personas que tuvieron relación con la misma,

mediante un amplio margen de maniobrabilidad judicial que promueve una solución apropiada para los efectos que se pretenden.

Asumir una administración de la empresa por parte de una delegada por el estado (como en el caso de Colombia la antigua dirección nacional de estupefacientes, y ahora la Sociedad de Activos Especial – SAE), además de separar a las personas naturales que saben del negocio, es una forma de criminalizar la actividad empresarial, que en medio de un conflicto armado y social como el Colombiano por estar en los territorios adquiere compromisos delictivos, como el pago de extorsiones, vacunas para poder operar en las zonas de control territorios de actores armados, así como de permisos, licencias e impuestos a las entidades públicas competentes. Se hace exigible al Estado asegurar la prosperidad, para que las personas tengan la capacidad de autodeterminación necesario para desvincular de sus organizaciones empresariales a los grupos marginales, promoviendo el control territorial por parte del Estado.

Pero si como en el Chocó, en el Bajo Cauca o en el Catatumbo las personas que trabajan con el oro o la cocaína son criminalizadas, perseguidas y encarceladas, la respuesta es el fortalecimiento de los grupos armados, que encuentran cabida allí donde las personas empresarias abandonan su esfuerzo empresarial, o se unen con los violentos, trayendo mayores cotas de pobreza a la población en general.

Sobre esta relación empresa criminalidad, el emblemático caso “New York Central & Hudson River Railroad v. United States” , el Tribunal Supremo Estadounidense, puso en evidencia, que aquellas actuaciones delictivas ejecutadas por cualquiera de sus trabajadores pueden ser imputadas a la persona jurídica, siempre y cuando, ellos hayan obrado en ejercicio de sus funciones, responsabilidad a la que se le agregó posteriormente el requisito de “la búsqueda por el empleado del beneficio para la empresa” (p. 2), como evidencia de la necesidad de implementar sistemas de prevención.

Así las cosas, la empresa que en el desarrollo de sus actividades permita que su actuar inadecuado se posicione como agente principal, todo lo que estuviese debajo de su posición, con menor rango del empleado, debe ser considerado como su agente o súbdito, con lo que, así como ella se beneficiaba de todos sus actos gananciales obtenidos a través de sus empleados por la labor desempeñada, de la misma manera, debía responder por aquellos ilícitos que cometían estos, y que tenían como finalidad encontrar ese beneficio lucrativo que favorecía económicamente a la persona jurídica. Igual posición por aquellos recursos conseguidos por parte de los niveles más altos de

la empresa, pues lo óptimo es que todos los recursos conseguidos desconociendo los principios del cumplimiento normativo sean compensados por la empresa.

La responsabilidad directa de la empresa para Urbina, y Chiesa (2019) “llegó en 1909 con la decisión adoptada por el Tribunal Supremo Estadounidense del caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*” (p. 2), con esta decisión, generaría su primer antecedente en la historia de ese país, mediante el pronunciamiento de un fallo histórico en el reconocimiento de este tipo de responsabilidad, pues en el mismo, se consagró, la directriz expansiva que se venía analizando por la época de principios del siglo pasado sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, siendo un paso decisivo para la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ).

En este caso el Tribunal optó por un modelo de imputación, según el cual, los hechos cometidos por los agentes de la corporación, cuando actúen en su beneficio y dentro de la autoridad que les ha sido conferida, le serán atribuibles a la entidad, pues por su conocimiento y propósito son imputables a la propia persona jurídica (Villegas, 2016 p. 129).

Esta decisión, sin lugar a dudas, evidenció por completo la adopción de los criterios que permite observar un claro reconocimiento de la responsabilidad de los entes abstractos, cuando un empleado en su actuar, dispersa una serie de gestiones inclinadas a conseguir el beneficio propio y de la empresa, menospreciando y olvidando su gran responsabilidad que debe ofrecer a la sociedad, por juicios puramente objetivos de *culpa in eligendo* (“elegiste mal al delegado”) o *culpa in vigilando* (“no vigilaste al delegado”), o por razones de interés público. De allí, que a partir de esta decisión se marca el inicio sobre el reconocimiento de ese sistema sobre la responsabilidad atribuible a las personas jurídicas.

Definiendo el Tribunal Supremo consagra en esta sentencia la doctrina del *respondeat superior* como estándar de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estándar de imputación basado en la responsabilidad por hecho de otro, concretamente de aquel que, trabajando para la entidad y en el ejercicio de sus competencias, comete el delito actuando en beneficio de esta (Villegas, 2016 p. 101).

Siendo relevante que la empresa responsable por la lesión causada mediante una multa que asegure a la organización en lo futuro evitar la adopción de códigos autorregulativos contrarios a los que ellos mismos promueven en sus planes de cumplimiento, como se observa en el caso de *chiquita brands* con los pagos a los grupos paramilitares en Colombia a finales de los años 90 y primera década de los años 2000 (El País, 2007), y *Metalor Technologies* por comprar oro ilegalmente explotado en Perú (CIEDH, 2019), entre otras organizaciones empresariales que han corregido sus sistemas de cumplimiento.

Referencias que hacen ver lo que se debe comenzar a aceptar en el derecho, y es la necesidad de proteger la iniciativa empresarial, recubriendo al capital humano de la capacidad que si sus acciones están dirigidas hacia la consecución de los objetivos empresariales y tienden a generar recursos de cualquier índole para la organización empresarial, sea la organización empresarial la que asuma la responsabilidad por el hecho del empleado, tal y como actualmente se atribuye responsabilidad a los agentes estatales que en uso de la función a ellos encomendadas lesionan bienes jurídicos en contra de los ciudadanos, lo que hace que el Estado entre a responsabilizarse por la comisión de la conductas, sin que por esto desaparezca el Estado, pues se debe tener claro que cualquier clase de organización puede presentar fallas en su gestión interna o externa, pero no por esto se le puede condenar a la inocuización de las personas jurídicas y naturales, pues el esfuerzo en la organización empresarial debe ser favorecido por el Estado.

Pudiendo ser otra de las formas en que el estado ingrese a controlar la actividad empresarial, que el mismo estado sea socio en el manejo de las empresas que deban adoptar protocolos de cumplimiento, pues a más de promover conductas legales, el esfuerzo empresarial favorecerá a toda la comunidad llevando parte de las ganancias directamente a las arcas del estado, en una especie de economía social de mercado. Asumiendo en la respuesta del estado ante el incumplimiento normativo, la enajenación temprana de los activos ilícitos dados en comiso, evitando que los bienes de los responsables pierdan el valor comercial que les corresponda por el paso del tiempo, de lo que se trata entonces es que el estado adopte respuestas empresariales ante temas empresariales.

Conclusiones

El cumplimiento normativo asume como propósito asegurar que las actividades empresariales de la empresa pública y privada cumplan con su finalidad, dentro del marco legal, constitucional y convencional, de tal forma que favoreciendo los intereses que acompaña cada institución resulte igualmente beneficiados los de una comunidad en específico, los de la sociedad en general, e igualmente los del estado. Este *gana – gana* reemplaza la visión de una visión enteramente capitalista individual de quien ostenta la calidad de inversionista o empleado de la empresa privada o pública, pues en las actuales sociedades complejas se comprende que lo que realizado en la Antártida puede afectar el polo sur, pues tanto el mundo natural, como el mundo económico, como el mundo social esta interconectado.

La actual influencia de las empresas públicas, privadas, de economía mixta, o de social de mercado en el mundo se amplía en la aldea global, lo que hace necesario concientizar a los socios, directivos y autoridades regulatorias de la actividad en específico de tal compromiso, pues él no asumir tales efectos, atenta contra los intereses de la organización empresarial, en el presente o el futuro, tanto en lo económico como en el buen nombre

de la persona jurídica, lo que conlleva efectos de bloqueos en los países y desestimula que los compradores adquieran los productos.

El esfuerzo colectivo del capital privado y público, exige su conservación, pues la iniciativa privada ha privilegiado el desarrollo del mundo actual y la tecnología, y es importante seguirlo privilegiando, con la expectativa de generar más capital que además de responder a las utilidades, responda a la corresponsabilidad de los bienes jurídicos colectivos del medio ambiente, la seguridad pública, el orden económico y social... entre otros relevantes, como los forex y las criptomonedas, pues a quien más tiene o produce, más se le exigirá en la conservación de los mismos, es decir entre más se impacte un bien tutelado, más se le exigirá su protección.

La organización empresarial privada alrededor del cumplimiento normativo, permite que se afiancen las finalidades propias de la empresa, y dentro de estas, las finalidades de la organización social y estatal, pues el preámbulo constitucional de los países o en las declaraciones internacionales son un mandato para lo público y para lo privado, pues los intereses particulares deben ser privilegiados sin dejar de lado el interés colectivo, toda vez que el ambiente de inversión para el capitalista – nacional o extranjero – será mejor, más seguro y estable, cuanto mejor sean las condiciones de respeto social, económico, financiero, medio ambiental y de todo orden.

Los intereses individuales de las empresas tienen la capacidad de corromper las actividades públicas en toda su expresión – como el caso de *chiquita brans*, *United Fruit Compañy*, *Tik Tok*, *Huawei*, *Twitter* u *Odebrech* – por lo que es básico asegurar que las mismas ostenten un programa de preservación de una cultura de la legalidad, y de advertir a nivel interno y a las autoridades operaciones sospechosas o inusuales que permitan iniciar los correctivos necesarios para la corrección del derecho afectado en la actividad empresarial, ya sea este de activos, publicidad, datos en segundo plano, información sensible de los consumidores o de los estados, entre otras.

La respuesta del estado ante el incumplimiento normativo, que es propio de cualquier actividad ejercida, incluso cuando se trata de empresas privadas, debe ser atendida con el ánimo de aplicar sanciones adecuadas para que se corrija el deber incumplido, teniendo en cuenta que, al tratarse de una persona colectiva, la responsabilidad en cabeza del representante legal, miembros de junta directiva, contador y revisor fiscal, es apocada, pues los rangos de imputación no pueden dirigirse con el mismo criterio que en delitos ejercidos por personas naturales, siendo lo óptimo que la responsabilidad se traslade a la persona jurídica, la cual afectada en lo que se pretende alcanzar al salir del cauce legal de las actividades como es los recursos económicos, se le imponen programas de cumplimiento normativo mediante los cuales evite la realización de actividades que sigan comprometiendo su responsabilidad.

Al ubicar la responsabilidad en los administradores de la persona jurídica, se motiva la impunidad de la persona jurídica, mientras que, si se impone a la persona jurídica,

las personas que asumieron la comisión de las conductas, responderían mediante la misma persona jurídica por la conducta por ellos realizadas. Es decir, poco vale que la libertad de las personas naturales sea la que responda por una actividad de incumplimiento normativo que lleva a la criminalidad, cuando la misma tuvo ocasión de forma colectiva en la intimidad de las relaciones laborales de la persona jurídica y para su favorecimiento y finalmente la de los inversionistas, que son quienes se verán afectados o beneficiados por el incumplimiento normativo.

De esta forma el estado puede responder a los delitos empresariales de forma empresarial, promoviendo la durabilidad del esfuerzo empresarial, capacitando a los empresarios y empleados para la adopción de la ética adecuada, realizando los ajustes necesarios para aplicar los principios del cumplimiento normativo, lo cual se financia con los bienes vendidos mediante la enajenación temprana, para de esta forma desarraigar conductas afianzadas por el paso del tiempo, y sembrar una nueva cultura ética de responsabilidad empresarial.

Referencias

- Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos – CIEDH (2019) Perú: Empresa Metalor cierra operaciones tras ser señalada por autoridades de complicidad en financiamiento de minería ilegal en dos regiones del país. Recuperado de: <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/per-%C3%BA-empresa-metalor-cierra-operaciones-tras-ser-se-%C3%B1alada-por-autoridades-de-complicidad-en-financiamiento-de-miner-%C3%ADa-ilegal-en-dos-regiones-del-pa-%C3%ADs/>
- Ballesteros, J. (2019). “Delincuencia Empresarial, Derechos Humanos y Seguridad Humana: Reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa”. En N. Sanz, M. Gorjón, A. Nieto, y otros (Ed.), *Los Derechos Humanos 70 años después de la Declaración Universal* (1ra ed., 253-286). Tirant lo Blanch.
- Ballesteros, J. (2020). “Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas: La perspectiva española”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (85), 41-78. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.002>
- Bernate, F. (2018). “El Compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia”. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 10 (20), 31-49. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6857108.pdf>
- Bacigalupo, E. (2012). *Compliance y derecho penal*. Hammurabi.

El País (2016). “10 empresas más grandes que 180 países”. Recuperado de: https://elpais.com/economia/2016/09/29/actualidad/1475150102_454818.html

Fernández, E. (2019). “El Criminal Compliance Program como modelo de prevención: de la teoría a su aplicación en la práctica”. *Revista la Ley Penal*, 138(8410), 1-18. <https://bit.ly/387U99q>

Henao, L. & Castro, C. (2020). *Compliance: Prevención de la Corrupción Pública y Privada* (ed.) Tirant lo Blanch. Recuperado de: <https://editorial.tirant.com/co/libro/9788413559483>

El País (2007). “Chiquita Brands pagará 25 millones de multa por financiar a los ‘paras’: Un juez de EE. UU autoriza la sanción, la mayor bajo la ley antiterrorista. Periodico. Recuperado de:

https://elpais.com/internacional/2007/09/18/actualidad/1190066401_850215.html

Escrinhuela, J. (2019). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” (Tesis doctoral, Universidad Católica de Murcia). Repositorio Institucional UCAM. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10952/4013>.

García, A. (2017). “Prevenir la corrupción en la gestión de federaciones y clubes de fútbol: la eficacia de las prácticas de buen gobierno y del *Compliance* penal. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*. 4(1), 1-13. Recuperado de:

<https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/08/5.-Alicia-García-Herrera.pdf>

García, B. (2015). “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”. En M. Nieto, J. Lascuraín, I. Blanco, P. Pérez, y B. García (Eds), *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (1ra. ed., pp. 206 – 230). Tirant lo Blanch.

García, G. (2019). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Algunas cuestiones sobre el *Compliance* y la protección de datos”. *Revista la Ley Mercantil*, 55(3168), 1-43. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6834293>

García, P. (2012). “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista de Estudios de la Justicia*. 16, 55 – 74. Recuperado de: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29493>

García, P. (2018). “Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa”. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. 109, 179 – 197. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6442702>

González, M., y Martínez, C. (2007). “Condiciones para la eficacia de los códigos internos de responsabilidad social de la empresa”. *Revista vasca de Economía*, 65 (2), 128-149. Recuperado de: <https://ideas.repec.org/a/ekz/ekonoz/2007206.html>.

Mena Roa, M (2020) “Contaminación plástica: Coca-Cola, la empresa que más contamina con sus plásticos”. Statista, Recuperado de: <https://es.statista.com/grafico/22973/cantidad-de-envases-de-plastico-producidos-anualmente/>

Norma Española UNE-ISO:31000/18, marzo, 28, 2018 (2020). Asociación Española de Normalización (Recuperado el 23 de enero de 2020, de <https://tinyurl.com/y5racdd8>).

Neira Pena, Ana María (2016). “La efectividad de los criminal *Compliance Programs* como objeto de prueba en el proceso penal”. *Política criminal*, 11(22), 467-520. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>

Sieber, U. (2013). “Programas de *Compliance* en el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”. En L. Arroyo, y A. Nieto (Eds.), *El Derecho Penal Económico en la Era del Compliance* (pp. 45-75). Editorial Tirant lo Blanch.

Urbina, Í., y Chiesa, G (2019). “Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE.UU.” En Gómez, J., y Madrid, C. (Ed). *Tratado sobre Compliance Penal* (1ra. ed., pp.1-30). Recuperado de: <https://tinyurl.com/y8jxhanj>

Villegas, M. (2016). “*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: La experiencia de Estados Unidos*”. Editorial Pamplona (España): Thomson Reuters/Aranzadi.

Villegas, M (2015). “Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América”. [Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. Repositorio de la Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>

Zúñiga, Gorjón, Fernández, Díaz (2012). *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*. Salamanca, España: Ratio Legis Librería Jurídica.

Zúñiga, L (2012). “Responsabilidad penal de las empresas Experiencias adquiridas y desafíos futuros”. En N. Queloz, M. Niggli, y C. Riedo (Ed.), *Droit pénal et diversités culturelles*. Schulthess Editions romandes Genève – Zurich – Bâle.

Zúñiga, L. (2013). *Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal*. Lima, Perú: Juristas Editores.

Zúñiga, L. (2018). “Corrupción y la categoría ‘Delito de cuello blanco’: Cuando los delitos se cometen en contextos normalizados”. *Revista Ius Et Veritas*. 57, 162 - 169.
Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20745>