

PERSONAS JURÍDICAS: ¿RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR DELITOS O INFRACCIONES, O RESPONSABILIDAD PENAL? ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY 1778 DE 2016*

MERY ANGÉLICA MANTILLA**

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 8 de diciembre de 2021.

RESUMEN

En este artículo se acepta la responsabilidad penal de la persona jurídica como viable, no hay rechazo a esta posibilidad, desconocerla es omitir el papel protagónico de los entes corporativos en la provisión de bienes y servicios en el contexto mundial actual. Sin embargo, antes de aceptar la aplicación de este tipo de régimen, es necesario revisar como ejemplo teórico y práctico, el diálogo que la Ley 1778 de 2016 ha entablado entre responsabilidad administrativa, delitos e infracciones administrativas, al menos en lo que corresponde a las conductas de soborno transnacional y cohecho por dar u ofrecer. A partir del análisis de 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”, puede realizarse el debate sobre algunos criterios y presupuestos que son necesarios tener claros a la hora de implementar de manera práctica, un régimen de esta naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano. Ahora bien, sea que se tome el camino de la responsabilidad penal de la persona jurídica o de su responsabilidad administrativa por delitos (o infracciones), habrá un punto de encuentro: las políticas de cumplimiento o *compliance*; ese será el elemento fundamental en la previsión y prevención del riesgo, y a la hora de enfrentar el juicio del reproche penal o administrativo

PALABRAS CLAVE

Cohecho local, cohecho por dar u ofrecer, *compliance*, cumplimiento, responsabilidad administrativa, infracciones administrativas, régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

* Artículo de reflexión.

** Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Instituciones Jurídico-Penales de la Universidad Nacional de Colombia y Magíster en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo: meryangelicamantilla@outlook.com. Todo lo que se manifiesta aquí, se hace a título personal y no representa ninguna posición institucional ni compromete su posición objetiva al momento de enfrentarme a la aplicación del mandato de la ley.

LEGAL PERSONS: ADMINISTRATIVE LIABILITY FOR CRIMES AND INFRACTIONS, OR CRIMINAL LIABILITY?

SOME CONSIDERACIONES ON LAW 1778 OF 2016*

MERY ANGÉLICA MANTILLA**

Received: september 30, 2021. Accepted: december 8, 2021.

ABSTRACT

This article accepts the criminal liability of the legal person as viable, there is no rejection of this possibility; to ignore it is to omit the leading role of corporate entities in the provision of goods and services in the current world context. However, before accepting the application of this type of regime, it is necessary to review the theoretical and practical example that the dialogue on Law 1778 of 2016 has established among administrative liability, crimes and administrative offenses, at least in what corresponds to the foreign bribery and local bribery. Based on the analysis of Law 1778 of 2016: “*By which regulations are issued on the liability of legal persons for acts of transnational corruption and other provisions are issued in the fight against corruption*”, we can do a debate on some criteria and assumptions that must be clear, when it comes to practically implementing a regime of this nature in the Colombian legal system. Now, being in the path of criminal liability of the legal person or administrative liability for crimes, there will be a meeting point: compliance policies; this will be the fundamental element in the forecasting and prevention of risk and when facing the trial of criminal or administrative reproach.

KEY WORDS

Administrative liability, administrative offenses, compliance, criminal liability of companies, foreign bribery, local bribery.

* Analytical article.

** Lawyer from Universidad Nacional de Colombia, Specialist in Criminal Institutions from Universidad Nacional de Colombia and Master of Law and Economics from Universidad de Buenos Aires, Argentina. Email: meryangelicamantilla@outlook.com. Everything said here is on a personal basis and does not represent any institutional position or compromise her working position when facing the application of the law.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es realmente un tema en construcción y aún bajo análisis de toda la dogmática penal. No hay una posición unánime y tanto opositores como abanderados poseen argumentos contundentes, los mismos o bien se ubican en la esencia del derecho penal como teoría de la conducta y por ende la culpabilidad *-nullum crimen sine culpa-*, o en el contexto socioeconómico mundial donde las corporaciones son las protagonistas en la construcción de entornos de bienestar para el ser humano y donde sin las mismas, algunos esquemas de corrupción no hubieran obtenido el propósito delictivo esperado.

En este sentido, este escrito plantea ideas que invitan a la reflexión; reconocer un régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica deberá en todo caso hacerse de manera progresiva; aceptarla, sin tener claro el marco procesal, su acusador y juez naturales, y el debido proceso estricto que le corresponde puede ser peligroso. Este tema demanda muchos retos, como pensar que quizá la culpabilidad, que tanto se echa de menos en la estructura del punible respecto a entes morales, se halla en el beneficio obtenido por el ente social o, que quizá un régimen de responsabilidad administrativa consecuencia de fallos de responsabilidad penal o delitos hechos infracciones, pueda ser más disuasivo.

Casos mediáticos ponen sobre la mesa la necesidad de imponer una responsabilidad penal a las personas jurídicas para contrarrestar la impunidad y las dificultades de vincular situaciones corporativas con reproches individuales; pero precisamente no se trata de encontrar respuestas con ánimo populista ni tratar el tema solo en la coyuntura. Otros casos no son tan claros, y ahí entonces se revela la dificultad de hacerse de esta posición una máxima positiva en algunos ordenamientos jurídicos de talante conservador.

Pese a lo anterior, jurisdicciones en la región Latinoamericana como Ecuador⁰¹, Chile⁰², Guatemala⁰³ y México⁰⁴, han reconocido directamente la existencia de la responsabilidad jurídica penal de las sociedades. En otros países como Colombia, Perú, Nicaragua y República Dominicana se han incorporado medidas accesorias y sistemas de responsabilidad administrativa⁰⁵. Esta ha sido la respuesta de la región al estándar internacional que impone la necesidad de modificar las propias legislaciones y reconocer que la persona jurídica puede ser sancionada por la comisión de conductas penales, bien por la vía de la jurisdicción penal ordinaria, o por la vía de regímenes especiales sancionatorios; correlativamente esto permite ser partícipe de gremios internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-, lo cual brinda un estatus importante que hace que los países sean más atractivos para la inversión extranjera, presupone la disminución del riesgo país, la existencia de una institucionalidad más imparcial y objetiva que brinda seguridad jurídica, y en general, permitiría un mercado internacional que tiende al equilibrio y permite de una manera óptima, el intercambio de bienes y servicios⁰⁶.

Y ¿cómo viene resultando? Complejo determinarlo, pues dependerá desde dónde se le mire, si desde un enfoque represivo, que no encuentra contraprestación en fallos de responsabilidad penal contra personas jurídicas como se esperaría; o desde un enfoque preventivo, en el que un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas puede generar incentivos de prevención importantes: como la autogestión del riesgo y todo lo que comporta el concepto de cumplimiento o *compliance*⁰⁷, reduciendo las estadísticas de corrupción y riesgo de lavado de activos.

Además de estos incentivos y si de eficiencia y disuasión se trata, un régimen de responsabilidad administrativa de las sociedades por delitos e infracciones administrativas puede entonces ser mucho más conveniente, y esto ya está ocurriendo, y así lo trata incipientemente la Ley 1778 de 2016⁰⁸ en

01 Código Penal Orgánico Integral, artículos 49 y 50. Ecuador.

02 Ley 20.393 del 2 de diciembre de 2009, artículo 2º. Chile

03 Código Penal de Guatemala, artículo 38. Guatemala.

04 Código Nacional de Procedimientos Penales Federal, Artículo 422. México.

05 Organización de Estados Americanos, *La responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de corrupción en América Latina*, acceso el 28 de septiembre de 2021, https://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf

06 “Acerca”, *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-*, acceso el 1º de noviembre de 2021, <https://www.oecd.org/acerca/>

07 Un concepto claro sobre lo que es hoy cumplimiento, se recoge en el capítulo XIII, Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades. “2. Definiciones (...). “Programa de Transparencia y Ética Empresarial o PTEE: es el documento que recoge la Política de Cumplimiento, los procedimientos específicos a cargo del Oficial de Cumplimiento, encaminados a poner en funcionamiento la Política de Cumplimiento, con el fin de identificar, detectar, prevenir, gestionar y mitigar los Riesgos de Corrupción o los Riesgos de Soborno Transnacional que puedan afectar a una Entidad Supervisada, conforme a la Matriz de Riesgo, y demás instrucciones y recomendaciones establecidas en el presente Capítulo”.

08 Diario Oficial 49.774, 2 de febrero de 2016. Ley 1778 de 2016: “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de

materia de soborno transnacional y cohecho por dar u ofrecer, aunque otorgándosele un tratamiento diferente a cada una de estas conductas, como veremos.

Antes de entrar en un análisis en detalle, revisemos algunos dogmas.

1. EL MITO DEL *SOCIETAS DELIQUERE NON POTEST*

Muchas discusiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se zanján bajo la máxima *Societas Delinquere Non Potest*, que quiere indicar que una sociedad no puede delinquir. Realmente ¿no pueden delinquir?; Odebrecht, HSBC⁰⁹ y AIRBUS¹⁰, entre otras, parecieran indicarnos que sí, tanto que lo han aceptado y se han comprometido, al menos las dos últimas, en continuar en el ruedo fortaleciendo sus programas de cumplimiento.

Casos como estos, advierten que sin el brazo orgánico y financiero que poseen corporaciones de tal talante, hubiera sido imposible pensar, diseñar, implementar y ejecutar un esquema de corrupción en esas dimensiones, abrazando como en el caso de la primera, a casi toda la región latinoamericana. Una gran corporación que puede acceder a grandes contrataciones estatales, ganar reputación, acreditar solvencia y liquidez, y experiencia, puede extenderse creando pares en cada una de las jurisdicciones locales en las que desea operar, y todo esto, bajo el “buen nombre” que se ha ganado como estructura societaria.

Lo anterior demuestra que constituye un grave error en la argumentación fundarse en una máxima que empieza a resultar desueta y desactualizada. Ningún dogma puede tenerse como estático y absoluto; ello hubiera impedido la reivindicación de los derechos fundamentales de minorías que en esencia les correspondían y no en virtud de la ley, el reconocimiento de la constitucionalización del derecho y la democratización de la elección popular de algunos cargos públicos. Si el derecho se fundara sobre axiomas, nada pasaría. Todo ha venido siendo cambiante y dinámico; y no es porque nos hayamos dado cuenta de nuevas verdades, no, lo que advertimos es que muchos pensamientos se hallaban mal fundamentados: en paradigmas o creencias limitantes.

las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”.

09 “HSBC said to near 1.9 billion settlement over money laundering”, *DEAL BOOK NEW YORK TIMES*, acceso el 27 de septiembre de 2021, <https://dealbook.nytimes.com/2012/12/10/hsbc-said-to-near-1-9-billion-settlement-over-money-laundering/>.

10 “Airbus reaches agreements with French, UK, and US authorities”, *AIRBUS*, acceso el 27 de septiembre de 2021, <https://www.airbus.com/newsroom/press-releases/en/2020/01/airbus-reaches-agreements-with-french-uk-and-us-authorities.html>.

Argumentar bajo un axioma sin contexto puede llevar a conclusiones erradas, y aceptar dogmas en virtud de la tradición jurídica, puede ser equivocado.

Ello puede haber ocurrido con el supuesto principio de *Societas Delinquere Non Potest*:

“Si las bases de nuestro sistema de derecho civil responden al modelo implantado por el derecho romano, reintroducido en la Edad Media a través de la escuela de Bolonia, no ocurre lo mismo con el derecho penal, que está en constante renovación tanto en la parte especial, con la introducción y supresión de tipos penales.

(...)

*Esta diferencia entre la influencia del derecho romano en los ordenamientos civil y penal no siempre es tomada en cuenta por los especialistas, que en ocasiones han buscado la autoridad de Roma como argumento para defender sus tesis. Eso es lo ocurrido con la frase *societas delinquere non potest*, que con frecuencia incorporaba un argumento que podría glosarse así: no se debe reconocer la responsabilidad penal corporativa porque no la reconocían los romanos, como demostraría la propia frase”¹¹.*

¿Será que lo entendimos mal, que se trata de un mito, y que nunca existió dicho precepto? Lo cierto es que hoy dicha máxima no está funcionando pues no responde a la realidad de un mundo que enfrenta fenómenos como la macrocriminalidad y la convergencia criminal. Exploremos estos conceptos:

1.1. MACROCRIMINALIDAD

Hoy no estamos frente a organizaciones constituidas con el propósito fiel de delinquir y lograr superar para su fin barreras fronterizas, controles y garantías legales, vigilancia y judicialización. No, no se trata de mafias o carteles, que genuinamente se dedicaban al negocio criminal y que periféricamente creaban sociedades y establecimientos de comercio fachada que apoyaban sus propósitos delictivos. Este es un modelo desueto y aunque existe aún y genera externalidades negativas en los mercados y en la institucionalidad, la preocupación también se ha trasladado a otros actores reconocidos como legítimos.

Hoy preocupan las grandes corporaciones y las multinacionales, que con un propósito legal y una firme convicción de dar desarrollo a su objeto social, con o sin conocimiento o, con o sin consentimiento de directivas y representantes legales, incorporan dependencias y oficinas en sus propios domicilios y en el extranjero dedicadas al *management* de los propósitos delictivos.

¹¹ Víctor Martínez Patón, *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina Societas Delinquere Non Potest* (Buenos Aires: B de F, 2019), 43.

Se trata de verdaderas Organizaciones Criminales Transnacionales (OCT) como se ha reconocido en la literatura¹², que se permiten el sustento de sus utilidades mediante el desarrollo legal de su objeto social y también la ejecución sistemática de conductas penales: soborno transnacional, cohecho local, falsedad, lavado de activos, celebración indebida de contratos, corrupción de alimentos, delitos contra el medio ambiente; entre otras. En otros términos, para mantenerse en el mercado han recurrido a la ejecución de delitos de manera sistemática, viéndose obligados posteriormente dar apariencia de legalidad a esas ganancias. Se trata así de un ciclo delictivo en que intervienen áreas corporativas¹³ y personas naturales, quienes ejecutan no la voluntad individual propia sino la de la corporación, a través de la realización de sus funciones y bajo el propósito común de desarrollar un objeto social.

Esta macrocriminalidad va más allá de superar las fronteras nacionales; para mantenerse en un mercado global que implica simultaneidad en varias geolocalizaciones, se deben influenciar gobiernos, tercerizar servicios, girar dineros en jurisdicciones no cooperantes¹⁴, enviar emisarios a cerrar negocios, asumir gastos de entretenimiento, cautivar voluntades, derribar o comprar licencias, exportar ficticiamente para lograr divisas, registrar proveedores que solo existen en el papel, aparentar solvencia financiera, y para esto, hay que crear corporaciones, compañías, sucursales y en general, sociedades, y todas estas como: legales.

La macrocriminalidad corporativa es uno de los grandes retos del Derecho Penal, pues inmersa en la legalidad logra escapar a la vigilancia tradicional, por ello, el control debe dispersarse e iniciar en las mismas corporaciones, como corresponde en esta sociedad de autogestión del riesgo.

1.2. CONVERGENCIA CRIMINAL

Refiere este concepto a la comisión de múltiples conductas penales que se organizan en una secuencia cíclica de medio a fin, donde el medio transmuta a fin y este a su vez en medio de otra finalidad delictiva. No se trata de concursos penales que se ubican anticipadamente para cumplir un objetivo específico; sino se trata de ciclos, fases o etapas en que las conductas punibles se ejecutan de manera continua e incluso se confunden con acciones legales para poder pasar desapercibidas. El desarrollo de un contrato en todas sus partes legal, por ejemplo, puede estar anclado a pagos periféricos indebidos y continuos de entretenimiento a quienes definen la suerte de un negocio permitiendo conservar dicha relación contractual; así que si bien se puede estar frente a la ejecución de un contrato con objeto

¹² Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales* (Navarra: Aranzari, 2015), 38.

¹³ Ibid.

¹⁴ “Asuntos Internacionales, Lista de Países no cooperantes y jurisdicciones de alto riesgo”, UIAF: Unidad de Información y Análisis Financiero, acceso el 28 de septiembre de 2021, https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/lista_paises_no_cooperantes_29282

lícito, el mismo se nutre para su operatividad de un delito subyacente.

Es por ello común en este contexto de convergencia criminal¹⁵ que concursen tipos penales que atentan contra aparentes inconexos bienes jurídicos en principio, ejemplo los delitos contra la propiedad industrial, el tráfico de personas y delitos contra la integridad sexual. De alguna u otra forma, la industria de la piratería usa mano barata, migrantes ilegales cuya voluntad es muchas veces coaccionada mediante agresiones de naturaleza sexual. Comprar piratería por ejemplo, financia indirectamente el tráfico de personas, pues incentiva la constitución de grandes maquilas ilegales cuya mano de obra principal pueden ser los inmigrantes víctimas de a quienes coaccionan para trabajar allí, sin las condiciones justas y todo bajo un manto de ilegalidad que se aprovecha de la vulnerabilidad humana¹⁶. Algunas veces ni si quiera se trata de comercialización de mercancía usurpada, sino de la distribución de bienes propios que traen consigo una industria manchada por el atentado a la propia dignidad humana.

Por esto lo importante de una política de cumplimiento o *compliance* que también incorpore programas de transparencia y ética empresarial coherentes¹⁷; porque al final se trata de esto, de un sentido ético en la vida. El contexto socioeconómico actual, bajo los dos elementos mencionados, exige que entendamos el papel del Derecho Penal bajo otros paradigmas, lejos de una idea tradicional fundada exclusivamente en conductas volitivas subjetivas, puestas en ejecución por el ser humano.

Si hablamos por ejemplo de cumplimiento o *compliance* como un elemento necesario en la prevención de riesgos de lavado de activos, financiación de terrorismo, proliferación de armas de destrucción masiva y corrupción nacional e internacional para una persona jurídica, necesariamente estamos dejando de lado supuestos de inimputabilidad e imposibilidad de verificar su culpabilidad, pues le estamos otorgando a la persona jurídica la capacidad de autogestionar el riesgo: identificarlo, medirlo y mitigarlo. Como indica la doctrina: “*En tales casos la responsabilidad no se imputará porque la entidad participe realmente en la malicia o el dolo, sino porque el acto se lleva a cabo para el beneficio del capital, es decir, de la propia compañía...*”¹⁸.

15 Michael Miklaucic y Jacqueline Brewer, *Convergence, Illicit Networks and National Security in the Age of Globalization* (Washington: Center for Complex Operations, 2013).

16 Un referente claro de esta situación que nos aporta el cine es: “*Biutiful*”, película dirigida por Alejandro González Iñárritu en la que se plantea esta problemática. El cine, la mayor de las veces, es un recurso más contundente para visualizar problemáticas sociales que una reseña bibliográfica.

17 Ley 1778 de 2016, artículo 8º y capítulo XIII, Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades. “*Programa de Transparencia y Ética Empresarial o PTEE: es el documento que recoge la Política de Cumplimiento, los procedimientos específicos a cargo del Oficial de Cumplimiento, encaminados a poner en funcionamiento la Política de Cumplimiento, con el fin de identificar, detectar, prevenir, gestionar y mitigar los Riesgos de Corrupción o los Riesgos de Soborno Transnacional que puedan afectar a una Entidad Supervisada, conforme a la Matriz de Riesgo, y demás instrucciones y recomendaciones establecidas en el presente Capítulo*”.

18 Juan Gabriel Rojas López, *Derecho Administrativo Sancionador* (Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia,

Ahora bien, bajo el contexto anterior, queda más que claro que puede ser urgente la implementación de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿pero será eficiente, o podría mejor, establecerse una responsabilidad administrativa derivada de responsabilidades penales?

Revisemos lo que justamente viene sucediendo con la Ley 1778 de 2016.

2. FUENTES DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: INFRACCIÓN Y DELITO

Hoy Colombia no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo, a partir de la Ley 1778 de 2016 mediante 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*”, sí se establece el régimen de responsabilidad administrativa de sociedades, por la conducta de soborno transnacional y cohecho por dar u ofrecer, bajo supuestos y requisitos específicos. Aclaro, el escenario es estrictamente administrativo sancionatorio y no penal, aunque se relacione con conductas tipificadas en el Código Penal Colombiano en sus artículos 433 y 407.

Este régimen administrativo da un tratamiento bajo un procedimiento específico a cada una de estas conductas¹⁹, así:

i. Tipifica como infracción administrativa una conducta que igualmente es delito (artículo 2º de la Ley 1778 de 2016).

ii. Determina que la declaratoria de una condena penal en firme por el delito de cohecho por dar u ofrecer contra administradores o representantes legales, permite iniciar la acción administrativa sancionatoria contra la Sociedad que resultó beneficiada con esa conducta punible (artículo 35 de la Ley 1778 de 2016).

Revisemos el primero de los puntos:

2020), 198.

19 “¿Cuál es el rol de la Superintendencia de sociedades en materia de soborno transnacional?” *Superintendencia de Sociedades*, acceso el 13 de diciembre de 2021, <https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Infografias/Infografia-Soborno-Transnacional.pdf>; “Facultades de investigación y sanción a sociedades por condenas penales de sus administradores y/o representantes legales por el delito de cohecho por dar u ofrecer”, *Superintendencia de Sociedades*, acceso el 13 de diciembre de 2021, <https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Infografias/Facultades-investigacion-conductas-cohecho.pdf>

2.1. ¿DELITOS O INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS?

A partir del artículo 2º de la Ley 1778 de 2016, se tipificó como infracción administrativa la conducta de soborno transnacional, que igualmente corresponde a una conducta punible según el artículo 433 del Código Penal Colombiano.

En el siguiente paralelo se destacan las diferencias y similitudes para la conducta como delito e infracción administrativa:

Art. 433 Ley 599 de 2000 – Código Penal Colombiano	Art. 2º Ley 1778 de 2016
<p>El que dé prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Parágrafo. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la calidad cualquier funcionario o</p>	<p>Las personas jurídicas que por medio de uno o varios:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) empleados, (ii) contratistas, (iii) administradores, o (iv) asociados, propios o de cualquier persona jurídica subordinada: <ul style="list-style-type: none"> (i) den, (ii) ofrezcan, o (iii) prometan, a un servidor público extranjero, directa o indirectamente: <ul style="list-style-type: none"> (i) sumas de dinero, (ii) cualquier objeto de valor pecuniario u (iii) otro beneficio o utilidad, a cambio de que el servidor público extranjero; <ul style="list-style-type: none"> (i) realice, (ii) omita, (iii) o retarde, cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional. <p>Dichas personas serán sancionadas administrativamente en los términos establecidos por esta ley.</p> <p>Las entidades que tengan la calidad de matrices, conforme al régimen previsto en la Ley 222 de 1995 o la norma que la modifique o sustituya, serán responsables y serán sancionadas, en el evento de que una de sus subordinadas</p>

<p>funcionario o agente de una organización pública internacional.</p>	<p>incurra en alguna de las conductas enunciadas en el inciso primero de este artículo, con el consentimiento o la tolerancia de la matriz.</p> <p>Parágrafo 1º. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.</p> <p>Parágrafo 2º. Lo previsto en esta ley para las personas jurídicas se extenderá a las sucursales de sociedades que operen en el exterior, así como a las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades en las que el Estado tenga participación y sociedades de economía mixta.</p> <p>Parágrafo 3º. Lo previsto en el presente artículo no se aplica cuando la conducta haya sido realizada por un asociado que no detente el control de la persona jurídica.</p>
--	---

La conducta de soborno transnacional, como infracción y delito, es realmente la misma; y para la infracción administrativa el soborno transnacional, se precisan los posibles sujetos activos en relación con la persona jurídica infractora y se modifica naturalmente la sanción a una multa como “pena” principal.

Ahora bien, ¿cuáles son las diferencias entre una infracción administrativa y un delito? Ninguna

de manera ontológica. La distinción es útil a nivel práctico: permite asignar competencias a las instituciones, determinar el debido proceso a regir y establecer la naturaleza lógica de la sanción principal: multa o pena privativa de libertad.

Según nuestro ejemplo, es claro que para el caso del delito, por mandato constitucional intervendrá la Fiscalía General de la Nación, y frente a la infracción administrativa, la Superintendencia de Sociedades en virtud del artículo 3º de la misma Ley y conforme el proceso debido establecido, sin que podamos decir cuál de las dos situaciones resulta más gravosa; de hecho, para una Sociedad puede ser más gravosa la sanción que pueda imponer la Superintendencia al incidir de manera concurrente en su patrimonio, en su activo reputacional e impedirle contratar o ser beneficiaria del Estado:

“Artículo 5º

Sanciones.

La Superintendencia de Sociedades impondrá una o varias de las siguientes sanciones a las personas jurídicas que incurran en las conductas enunciadas en el artículo 2º de esta ley. La imposición de las sanciones se realizará mediante resolución motivada, de acuerdo con los criterios de graduación previstos en el artículo 7º de la presente ley:

1. *Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
2. *Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años.*

La inhabilidad para contratar con el Estado iniciará a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada. Esta inhabilidad será impuesta a las personas jurídicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

3. *Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.*
4. *Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años”.*

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el acto administrativo por medio del cual se impongan las sanciones de que trata esta ley, este deberá inscribirse en el registro mercantil de la persona jurídica sancionada. La Superintendencia de Sociedades remitirá el acto administrativo a la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica o a la Superintendencia Financiera de Colombia, según sea el caso, para su inscripción en el registro correspondiente a fin de que esta información se refleje en el correspondiente certificado de existencia y representación legal.

En el caso de personas que no tienen la obligación de tener el registro mercantil que llevan las Cámaras de Comercio, el acto administrativo sancionatorio se remitirá al ente de control que los supervisa o

vigila, con el fin de que lo publique en su página web. La publicación deberá realizarse en un aparte que se destine exclusivamente a la divulgación de los nombres y número de identificación tributaria de las personas que hayan sido sancionadas de conformidad con esta ley”.

Este análisis es recurrente en la doctrina y literatura administrativa, así por ejemplo:

“No existen diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y el delito, lo cual no significa que no haya diferencias de otra índole. Partiendo de la base de que el derecho es producto de los acuerdos sociales y del proceso político, la determinación de lo que será calificado como infracción administrativa y delitos es fundamentalmente, por lo que, en última instancia, terminará siendo delito lo que el legislador califique como tal, y lo propio ocurrirá con la infracción administrativa”²⁰.

En otras palabras, no hay misterio, por decirlo de una manera coloquial, entre lo que es delito y lo que es infracción administrativa, y contrario a esto, la diferenciación es puramente nominativa y práctica, para situarnos o bien en el régimen sancionatorio penal o administrativo. Así, la clasificación apunta más a definir dónde se ubica la competencia funcional para investigar, sancionar y/o judicializar en tal caso, el delito y/o la infracción.

Otra postura doctrinaria refuerza esta idea, con lo cual se confirma que no es caprichosa esta conclusión:

“Hemos sostenido, con la mayor parte de la doctrina, que la distinción entre injusto penal y administrativa no es cualitativa, ni tampoco cuantitativa, sino puramente formal. Es injusto penal el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales, y en aplicación de un procedimiento criminal. Es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos administrativos, con sanciones administrativas, aunque fueran punitivas o retributivas, y mediante un procedimiento administrativo. Otra distinción de carácter sustancial no es posible”²¹.

Pretender encontrar diferencias entre una y otra categoría es inútil, no conlleva ninguna finalidad; en sí, se trata de una decisión derivada de la libertad de configuración del legislador y que apunta a permitir esa asignación de competencias en la distribución de cargas en la institucionalidad. Definir que una categoría es más gravosa que otra es una ilusión; una infracción administrativa puede conllevar a una multa y a una exposición reputacional que puede resultar más gravosa para una persona jurídica, que

20 Juan Gabriel Rojas López, *Derecho Administrativo Sancionador* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2020), 407.

21 Silvina Bacigalupo y Miguel Bajo Fernández, *Política Criminal y blanqueo de capitales* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2009), 130.

enfrentar hasta el momento, un proceso penal en contra de sus administradores²² y/o representantes legales.

Conforme lo anterior, igualmente tendría sentido que la investigación y sanción de la infracción administrativa, como ocurrió en este caso donde la misma conducta constituye delito e infracción administrativa, le sea asignada a otra entidad diferente al titular natural del *ius puniendi*, como lo es la Fiscalía General de la Nación. Esto quiere indicar que el derecho administrativo sancionador también se equipara a dicha facultad emanada del Estado, y que en pro del interés que le corresponde vigilar, le pueden ser asignadas competencias específicas a otras entidades, que concurren con igual legitimación en la protección del mismo bien jurídico tutelado.

Como ocurre a tenor del artículo 3º de la Ley 1778 de 2016, la Superintendencia de Sociedades vela porque el sector real se desarrolle dentro de los límites de la legalidad y las buenas prácticas empresariales, conforme las sanas prácticas de competencia, evitando que las compañías o sucursales colombianas, sean vehículos exportadores de corrupción con capacidad de trasgredir la sana competencia empresarial en jurisdicciones extranjeras. Al evitarse estas prácticas, igualmente se protege la economía nacional, pues si bien, como ocurre en el soborno transnacional el destinatario es el servidor público extranjero, al final estos dineros o pagos indebidos pueden justificarse contablemente bajo otros conceptos y la alteración de estados financieros, y de conseguirse el resultado, las utilidades obtenidas pueden volver a nuestro mercado mediante maniobras de aparente legalidad, es decir, constitutivas de lavado de activos.

2.2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR CONDENAS DE SUS ADMINISTRADORES: COHECHO POR DAR U OFRECER²³.

El artículo 35 de la Ley 1778 de 2016, por su parte, prevé que habrá lugar a responsabilidad administrativa cuando:

“**Artículo 35. Medidas contra personas jurídicas.** Modifíquese el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

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

²² Ley 222 de 1995, artículo 22.

²³ Ley 599 de 2000. Artículo 407: “El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

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.

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

Cuando exista sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada contra el representante legal o los administradores de una sociedad domiciliada en Colombia o de una sucursal de sociedad extranjera, por el delito de cohecho por dar u ofrecer, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes si, con el consentimiento de la persona condenada o con la tolerancia de la misma, dicha sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera se benefició de la comisión de ese delito. Igualmente, podrá imponer la sanción de publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. También podrá disponer la prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años. En esta actuación, la Superintendencia de Sociedades aplicará las normas sobre procedimiento administrativo sancionatorio contenidas en el Capítulo III del Título III de la Ley 1437 de 2011. Parágrafo 1º. Para efectos de la graduación de las sanciones monetarias de que trata el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a. la existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera;*
- b. la realización de un proceso adecuado de debida diligencia, en caso que la sociedad domiciliada en Colombia o la sucursal de sociedad extranjera haya sido adquirida por un tercero y que*
- c. la persona jurídica haya entregado pruebas relacionadas con la comisión de las conductas enunciadas en este artículo por parte de sus administradores o empleados.*

Parágrafo 2º. En los casos de soborno transnacional, la Superintendencia de Sociedades aplicará el régimen sancionatorio especial previsto para esa falta administrativa”.

También para el caso del delito de cohecho por dar u ofrecer, cuando se cumple con todos los presupuestos de la norma, la competencia de investigación y sanción le fue asignada a la Superintendencia de Sociedades. En este caso, entendemos que tales facultades se legitiman en el interés de proteger directamente el rol de las empresas en la economía nacional y su relación con la administración pública, en términos éticos y transparentes.

Si bien la Ley 1778 de 2016 se enfoca en prevenir, investigar y sancionar la corrupción en el contexto nacional e internacional, reprochando que se cautive la voluntad del funcionario público nacional y extranjero en favor del interés de la sociedad; en este caso no se mutó la conducta de cohecho por dar u ofrecer en una infracción administrativa, donde bien pudo haberse tenido en cuenta como sujeto activo a la sociedad favorecida ilícitamente. Contrario a esto, el legislador determinó como requisitos de procedibilidad para esta competencia:

- La existencia de una condena penal en firme por el delito de cohecho por dar u ofrecer.
- Que dicha responsabilidad penal sea contra el administrador o el representante legal.
- Que se haya ejecutado la conducta para beneficio de la sociedad.
- Que haya mediado consentimiento o tolerancia de la persona condenada para beneficiar a la sociedad.

Como se aprecia en norma en cita, habrá lugar a imponer sanciones monetarias y reputacionales, y para efectos de su graduación, también se tendrá a favor la existencia de programas de transparencia y ética empresarial, es decir, el nivel de *compliance* o de cumplimiento como valor corporativo de la empresa.

Grandes retos y dificultades a la hora de investigar a aquellas sociedades que incurren en el pago de dádivas a funcionarios públicos nacionales, pues una vez cometida la conducta y logrado el beneficio ilícito, pueden pasar muchos años para obtenerse una declaratoria de responsabilidad penal en firme. A esta conclusión se llega una vez leída la norma en estudio y teniendo en cuenta las dinámicas procesales de nuestro sistema penal acusatorio hoy, desde la etapa de indagación hasta la de juicio oral y respectivos recursos. Litigantes y estudiosos de este tema, ya habrán advertido las dificultades para la aplicación de esta ley conforme la realidad procesal penal colombiana.

¿Habrá pensado en esto el legislador, habrá pensado en las normas de caducidad, en la pérdida de mismidad de la evidencia al transcurrir el tiempo y las dificultades para lograr su recaudo, especialmente en poderse probar de manera conducente el beneficio obtenido por la sociedad pese al transcurrir del tiempo? Por ahora, solo dejo estos interrogantes.

Además, a diferencia de lo que ocurrió con incorporar el delito de soborno transnacional como infracción administrativa, a la cual se le asignó un procedimiento especial en los términos del artículo 8º de la Ley 1778 de 2016; la investigación administrativa que adelante la Superintendencia de Sociedades por cohecho por dar u ofrecer se surtirá por el procedimiento sancionatorio previsto en el artículo 47 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, las razones por las que el legislador ha incorporado como presupuesto de responsabilidad administrativa la existencia de una condena penal para un delito en específico, o por qué equipara un delito a infracción administrativa, no se revelan en la exposición de motivos de la Ley referida, y sí una fuerte contradicción al respecto:

“Finalmente se proponen cinco artículos nuevos para dar mayor efectividad a las investigaciones administrativas que deberán adelantar las Superintendencias. Una preocupación expresada al Gobierno Nacional por los evaluadores de la OCDE tiene que ver con el vínculo que tendría que existir entre las actuaciones penales y las administrativas. De acuerdo con la OCDE, para que haya una verdadera independencia entre la responsabilidad de la persona natural y aquella de la persona jurídica, las Superintendencias deben contar con las herramientas para realizar sus investigaciones autónomamente sin la necesidad de aguardar el resultado de una investigación penal por parte de la Fiscalía”²⁴.

Como se observa en la Ley 1778 de 2016, al menos en lo que corresponde al delito de cohecho por dar u ofrecer, habrá que esperar el resultado del proceso penal y respetar, como corresponde, la autonomía e independencia judicial. Ciertamente es que en lo que corresponde a la lucha contra la corrupción nacional, no se tuvo en cuenta la dinámica de los procesos penales a cargo de su jurisdicción ordinaria; prever que deba existir una condena penal en firme, le resta independencia a la Superintendencia de Sociedades en el análisis del caso, y en la verificación de si la Persona Jurídica ha resultado beneficiada al incurrir en pagos, promesas y/o entregas de dineros o beneficios ilícitos a servidores públicos nacionales. Si la Entidad puede hacerlo para el tema de soborno transnacional, sin requerir un fallo penal de responsabilidad penal individual, bien podía hacerlo respecto a actos constitutivos de cohecho por dar u ofrecer.

Al final, no se trata de invadir el análisis de la responsabilidad penal individual, sino poder determinar en aras de evitar la impunidad de aquellos casos donde los esquemas de corrupción son evidentes; es usual que corporaciones contraten *lobbistas*, terceros y asociados para que mediante el pago de dádivas y favores, logren levantar las garantías legales necesarias para el funcionamiento correcto del mercado, la libre competencia y la generación de empleo. Y en esto también falló el legislador, restringir la norma a solo representantes y administradores, es desconocer la lógica criminal con la que actúan las corporaciones que usan este tipo de conductas amañadas, pues también estos servicios son tercerizados a quienes al final, no tienen ningún vínculo jurídico con la sociedad, pero sí actúan en su representación.

24 Gaceta del Congreso, año XXIV, No. 380, viernes 5 de junio de 2015.

III. COMPLIANCE: EL PUNTO DE ENCUENTRO. LAS POLÍTICAS DE CUMPLIMIENTO Y LOS PROGRAMAS DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA EMPRESARIAL

Independientemente del camino que se elija, la responsabilidad penal de la persona jurídica de manera directa, o la administrativa por delitos o infracciones que replican conductas punibles, la estrategia de prevención del riesgo y la estrategia de defensa ante una u otra jurisdicción será la misma: *compliance*. En otras palabras, esa debida diligencia intensificada²⁵, hoy se debe incorporar en la correcta implementación y ejecución material de las políticas de cumplimiento corporativas.

Es una realidad inevitable como lo reconoce la doctrina:

“Merece mención un área de gestión, especialmente desarrollada en las sociedades de capital, que día a día vienen adquiriendo mayor realce y que ciertamente determinar el ámbito de responsabilidad jurídica tanto para la persona jurídica como para sus agentes. Se trata de la función de control o fiscalización de este tipo de entidades, labor que puede estar referida a la situación contable y financiera de aquella, y que se ejerce internamente -controller- o de manera externa a disposición de la junta o asamblea de asociados - revisoría fiscal, síndico, inspector de cuentas, comisario-. Pero además, los estándares internacionales están imponiendo una función de control adicional para la prevención de determinados delitos -como el blanqueo de capitales y la corrupción pública- que se debe realizar a través de la institución del compliance, y que resulta de particular importancia en la determinación de las responsabilidades penales, para y dentro de los entes morales”²⁶.

Como se indica, el cumplimiento además de ser una exigencia legal se viene implementando en el sector real de manera espontánea pues se reconocen ya sus beneficios en materia de prevención, hoy se ha comprendido que la promesa de una sociedad perdurable también se halla en la autogestión de sus propios riesgos.

Si bien la Ley Colombiana, en el proceso para la implementación de su política de cumplimiento ha detallado a las empresas obligadas directamente, a través de varias disposiciones normativas²⁷ para la de prevención de riesgos asociados a lavado de activos, financiación del terrorismo, corrupción y soborno transnacional; lo cierto es que en general, deben predominar los siguientes elementos:

25 Superintendencia de Sociedades, Circular Externa No. 100-000016 de 24 de septiembre de 2021.

26 Juan Carlos Prías Bernal, *Anotaciones sobre Derecho Penal Económico* (Bogotá D.C: Legis, 2021), 262.

27 Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, Capítulos X y XIII; Sarlaft 4.0, Superintendencia Financiera Circular Externa 027 de 2020.

3.1. ENFOQUE DE RIESGO Y AUTOGESTIÓN

El enfoque de riesgo se fundamenta en validar el conocimiento propio que las sociedades tienen de su operación. La institucionalidad acepta que sean las mismas sociedades las que, siguiendo una metodología general de detección, mitigación y control del riesgo, se permitan autónomamente y de manera responsable, determinar sus riesgos inherentes, operacionales, jurisdiccionales, entre otros, e implementar mejores y mayores controles para dar seguimiento a los riesgos residuales, y en sí, para evitar que sean vehículos de corrupción y criminalidad.

3.2. CUMPLIMIENTO MATERIAL: RIESGO, CONTROLES Y SEGUIMIENTO

Años atrás las normas que en Colombia iniciaron la regulación del cumplimiento, fueron acogidas solo formalmente. Los supuestos sistemas de autogestión solo se detallaban en el papel y en buenas intenciones de gobiernos corporativos. Hoy se exige que haya una realidad material de estos sistemas de cumplimiento, idoneidad profesional de quienes custodian los procesos de autogestión del riesgo y seguimiento efectivo. En otras palabras, debe realmente haber un compromiso ético y lo debido es involucrarse en cada proceso que asumen las compañías, lo que permitirá conocer los riesgos reales y ejecutar medidas idóneas de mitigación y control.

Un adecuado enfoque de riesgo permitirá una adecuada autogestión del mismo y el cumplimiento material de controles y validación (seguimiento) de los mismos. En relación con estos puntos vale la pena traer en cita esta reflexión:

“(…) es indispensable tener en cuenta que si bien la normatividad faculta a cada empresa para que diseñe libremente el programa, sistema o plan que mejor se acomode a sus características, necesidades, políticas y objetivos, la posibilidad de autorregularse está limitada por el conjunto mínimo de mecanismos de detección, prevención y reporte contenidos en dicha normatividad. Luego, las empresas deben diseñar programas, sistemas o planes que, en todo caso, satisfagan ese estándar mínimo previsto en la regulación. (...) las empresas deben recordar que cualquiera que sea el programa, sistema o plan que adopten, este debe servir para mitigar el riesgo de corrupción y no solo para cumplir formalmente la norma, por consiguiente, su diseño debe estar precedido de un estudio de riesgo que identifique y mida el nivel de exposición, como medida inicial de riesgo inherente que luego se comparará con mediciones periódicas posteriores de riesgo residual, que determinarán si el programa es eficaz.

(...)es importante aceptar que cada empresa es un mundo diferente. No hay dos empresas iguales, ni siquiera cuando pertenecen al mismo sector y operan en las mismas jurisdicciones, ofreciendo los mismos bienes o servicios. En consecuencia, no puede haber dos empresas que tengan el mismo programa, sistema

o *plan anticorrupción*²⁸.

Conforme esto y considerando las pautas que determine la Ley que hoy se enfrenta a un desarrollo acelerado en materia de cumplimiento, será importante que las empresas logren que sus dependencias se involucren activamente en la identificación de aquellos riesgos potenciales a través de reportes oportunos a las áreas de cumplimiento. Claro está, en la práctica hay varios retos:

- Creación de canales que faciliten estos reportes internos, transparencia en el proceso y acompañamiento en la realización de reportes y seguimiento de potencialidad de riesgos para aligerar la carga de quienes realizan esta gestión.
- La responsabilidad del análisis del riesgo al final debe estar en las áreas de cumplimiento, que deben proveer herramientas y conocimiento a los directamente encargados de una operación en específico para un diagnóstico conjunto y no operar a la inversa, lo cual desincentivaría la posibilidad de reportes futuros. Ejemplo: el no adecuado manejo y estudio de un factor de riesgo, puede inhibir la realización de operaciones esenciales en la sociedad o generar un temor futuro de reporte.
- Las direcciones de cumplimiento deben de manera continua acompañar este proceso y asumir igualmente la responsabilidad; si el factor de riesgo es verificable sí se amerita la cancelación de una operación en específico, pero no ante la mera sospecha y ausencia de acompañamiento al área involucrada directamente.
- Sensibilizar sobre la importancia de hacerse partícipe en el proceso de detección de riesgos, sin incurrir en políticas premiales que puedan distorsionar la objetividad de las alertas. Para este cometido se requiere una fuerte estrategia de pedagogía y concientización de la importancia de estos procesos en la operatividad de las sociedades.

Con esto último se concluye que la dirección o áreas de cumplimiento de una sociedad, adquieren un rol protagónico para su misma operatividad, si bien deberán dialogar y lograr consensos con los ejes fundamentales de la organización empresarial, serán el órgano consultor permanente en la revisión de los planes y proyectos en curso y los futuros, y en todo caso, serán el pilar de la defensa ante el reproche de una responsabilidad administrativa asociada a conductas punibles o una responsabilidad jurídica penal directa, si en un futuro esta última es reconocida en el ordenamiento jurídico Colombiano.

La siguiente apreciación va incluso más allá y con esto invito a la siguiente reflexión:

28 Wilson Alejandro Martínez Sánchez, *Guía para la gestión del riesgo de corrupción en las empresas* (Bogotá: Legis, 2019), 38.

“My point is that a well-designed progressive compliance program should be designed to educate, inspire, and enforce all the behavioral standards of the organization, especially those that are deemed so important that they are labeled as core values”²⁹.

IV. MÁS QUE CONCLUSIONES, ALGUNAS REFLEXIONES

Frente a todo lo anterior y especialmente lo que comporta un régimen de responsabilidad administrativa versus una responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, planteo lo siguiente:

- En el ordenamiento jurídico colombiano no hay claridad sobre los fundamentos de si debe instituirse un régimen de responsabilidad administrativa de manera directa o indirecta, en relación con conductas penales. Si pueden iniciarse procesos administrativos de manera simultánea al proceso penal, como ocurre en materia de soborno transnacional, o si la responsabilidad administrativa se genera en virtud de un fallo individual en firme de responsabilidad penal de administradores y representantes. Por ahora y solo respecto a dos delitos como hemos visto y como se muestra, se han instituido dos vías diferentes.

La solución no es pacífica, el primer supuesto implicaría volcar un sin número de delitos como infracciones administrativas, para poder allí iniciar una distribución de competencias conforme la legitimidad de múltiples entidades: Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia Financiera, Superintendencia de Vigilancia y Seguridad, entre otras. Casi que una distribución por competencias en relación con su interés en la tutela de los bienes jurídicos vulnerados.

Esto impediría institucionalizar un verdadero régimen sustancial y procesal de la responsabilidad administrativa derivada de conductas penales, o entender como concepto dogmático que la declaratoria de responsabilidad penal en firme, es fuente directa de responsabilidad administrativa de la sociedad beneficiada.

- También se han hecho reproches a la forma en que hoy se surten los procesos administrativos

29 “Mi punto es que un programa de cumplimiento progresivo bien diseñado debe diseñarse para educar, inspirar y hacer cumplir todos los estándares de comportamiento de la organización, especialmente aquellos que se consideran tan importantes que se etiquetan como valores fundamentales”. Traducción libre: Michael Josephson, JD, *Redefining compliance and the role of the Chief Compliance Officer*, acceso 30 de septiembre de 2021: <https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/ethikos/past-issues/2014/scce-2014-05-ethikos-josephson.pdf>

y se reclama un ejercicio más garantista³⁰. Total razón hay en ello. No escapa el catálogo de principios y garantías constitucionales a la facultad administrativa sancionatoria, quizá esta inquietud nos avoque a asignar en un futuro, competencias en un nivel jurisdiccional para estos temas también a las mismas Superintendencias, como ya viene ocurriendo.

- Considerarse que la responsabilidad administrativa de una sociedad por conductas penales pueda coexistir con un régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica debe revisarse respecto a retos y dificultades: principio de proporcionalidad, coherencia entre las sanciones a imponer por una y otra jurisdicción, análisis económico costo – beneficio de las penas a imponer (necesidad de pena). Un régimen de responsabilidad administrativa puede ser más disuasivo: multa, afectación reputacional y compromisos en reforzar programas de cumplimiento para permitir que la sociedad se mantenga en el sector real como unidad económica productiva y generadora de empleo. Si esto ocurre así, la sanción administrativa puede cumplir de una mejor manera con efectos de prevención especial y general, permitiendo además, la existencia de la sociedad en el mercado. Lo contrario, una pena derivada de una responsabilidad penal puede generar una externalidad tan negativa como: desempleo, desequilibrio de la competencia y favorecimiento de monopolio, si es el caso de la suspensión de la persona jurídica.

- Hasta tanto no se haya definido con claridad la aplicación de un posible régimen de responsabilidad penal de la empresa, y se reorganicen las competencias entre las diferentes entidades que poseen interés para intervenir como investigadores y sancionadores –y que quizá amerita la imparcialidad de un juez –tercero–, será difícil diseñar, implementar y poner en ejecución un régimen eficiente de responsabilidad penal que lleve a sanciones realmente disuasivas. Por ahora tentativamente me animo a decir que el país no cuenta con la infraestructura para el tamaño de esta misión; y que en todo caso requeriría de toda una estructura orgánica propia y especializada a cargo del propio acusador natural: la Fiscalía General de la Nación, o a quien delegue esta entidad, según se logre un desarrollo legal importante de la aplicación del parágrafo 2^º³¹ del artículo 250 de la Constitución Política.

- De implementarse un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, será necesario una política criminal coherente con el rol de las otras jurisdicciones. La imposición

30 “Quién investiga no puede ser que sancione”, *Asuntos Legales*, acceso: 21 de junio de 2021, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/quien-investiga-no-puede-ser-quien-sancione-3181587>

31 Constitución Política de Colombia. “Artículo 250: (...)Parágrafo 2º. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.

de penas sobre las personas jurídicas derivadas de conductas punibles (artículo 91, Ley 906 de 2004), deberá tener en cuenta que puede traer al piso objetivos que se pretenden en otras jurisdicciones: sanciones que atienen más a la capacidad patrimonial y que intentan mantener la operatividad de la empresa o incentivar la aplicación de los beneficios por colaboración en sede administrativa (artículo 19, Ley 1778 de 2016).

Sobre los beneficios por colaboración, deben lograrse acuerdos: cómo entenderse su operatividad misma frente al proceso penal, si debe ser tenida como debida diligencia y buena fe calificada al advertirse la existencia de dicho riesgo aunque sea posteriormente -ejemplo si lo advierte una nueva administración después de un proceso de compra de una compañía- sin que ello corresponda a una autoincriminación que trascienda a lo penal. Frente a la acción de extinción de dominio ocurre lo mismo, la imposición de medidas cautelares deberá someterse a un juicio más estricto, para impedir tanto la inoperancia de sociedades que aún pueden y merecen estar en el mercado, como la imposibilidad de que se apliquen y se hagan efectivas las sanciones de otras jurisdicciones que sí pueden resultar más disuasivas y no fulminantes.

Lo mismo sucederá cuando una sociedad deba ser llamada como tercero civilmente responsable en el escenario de reparación³² de los perjuicios en el proceso penal, y el análisis de la calidad de víctima que una sociedad pretenda como estrategia procesal anticipada para evadir responsabilidades, cuando realmente se trata de la ausencia de debida diligencia y de la flexibilización de los controles para hacerse a un negocio o para impedir recibir importantes flujos de caja. Hay muchas cosas en juego, y la rigurosidad con la que se aplique cada uno de estos conceptos, brindará mayor claridad a los mismos.

Con lo anterior quiero concluir, que el debate no está en si las personas jurídicas pueden ser declaradas penalmente responsables, sino en cómo aplicar, al menos en el ordenamiento jurídico colombiano dicho régimen; y cómo el mismo, debería dialogar con otras jurisdicciones, iniciando por la instituida ya responsabilidad administrativa planteada para el soborno transnacional y el cohecho por dar u ofrecer, sin que se afecte el principio de proporcionalidad y la continuidad y prosperidad de una compañía; pues sanciones incoherentes provenientes de una y otra jurisdicción pueden afectar su capacidad patrimonial y su desarrollo futuro. De aceptarse, habrá que ponderarse aquellos casos en donde la corrupción no ha hecho metástasis en la sociedad, permitiéndole continuar en el sector real.

Una respuesta preliminar a este reto y planteamiento puede estar en la cooperación y en el principio

32 Incidente de Reparación Integral. Ley 906 de 2004, artículo 102.

constitucional de coordinación armónica entre entidades; las entidades pueden definir estrategias coherentes y concertadas que permitan la imposición de sanciones ejemplarizantes pero también eficientes y necesarias. La implementación de ello puede estar en los convenios administrativos que ya hoy son de aplicación y que constituyen una herramienta en la lucha contra la corrupción nacional e internacional, y lejos de intervenir en la autonomía de cada autoridad, se trata de lograr el éxito de las investigaciones a cargo de la institucionalidad en general.

BIBLIOGRAFÍA

“Acerca”, *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-*, acceso el 1º de noviembre de 2021, <https://www.oecd.org/acerca/>

“Airbus reaches agreements with French, UK, and US authorities”, *AIRBUS*, acceso el 27 de septiembre de 2021, <https://www.airbus.com/newsroom/press-releases/en/2020/01/airbus-reaches-agreements-with-french-uk-and-us-authorities.html>.

“Asuntos Internacionales, Lista de Países no cooperantes y jurisdicciones de alto riesgo”, UIAF: Unidad de Información y Análisis Financiero, acceso el 28 de septiembre de 2021, https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/lista_paises_no_cooperantes_29282

Bajo Fernández, Miguel y Silvina Bacigalupo, . *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*. Marcial Pons, 2009.

Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzari, 2015.

Código Penal Orgánico Integral. Ecuador.

Código Penal de Guatemala. Decreto 17.73. Guatemala.

Código Nacional de Procedimientos Penales Federal. México. 2014.

Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

“¿Cuál es el rol de la Superintendencia de sociedades en materia de soborno transnacional?” *Superintendencia de Sociedades*, acceso el 13 de diciembre de 2021, <https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Infografias/Infografia-Soborno-Transnacional.pdf>

“Facultades de investigación y sanción a sociedades por condenas penales de sus administradores y/o representantes legales por el delito de cohecho por dar u ofrecer” , *Superintendencia de*

Sociedades, acceso el 13 de diciembre de 2021, <https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Infografias/Facultades-investigacion-conductas-cohecho.pdf>

Gaceta del Congreso, año XXIV, No. 380, viernes 5 de junio de 2015.

“HSBC said to near 1.9 billion settlement over money laundering”, *DEAL BOOK NEW YORK TIMES*, acceso el 27 de septiembre de 2021, <https://dealbook.nytimes.com/2012/12/10/hsbc-said-to-near-1-9-billion-settlement-over-money-laundering/>.

Josephson, Michael. *Redefining compliance and the role of the Chief Compliance Officer*. Acceso 30 de septiembre de 2021. <https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/ethikos/past-issues/2014/scce-2014-05-ethikos-josephson.pdf>

Ley 222 de 1995. “Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995.

Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000.

Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Ley 20.393 del 2 de diciembre de 2009. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. Chile. 2009.

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”. Diario Oficial 49.774, 2 de febrero de 2016.

Martínez Patón, Victor. *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina Societas Delinquere Non Potest*. B de F, 2019.

Martínez Sánchez, Wilson Alejandro. *El lavado de activos en el mercado de valores*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004.

Miklaucic, Michael y Brewer, Jacqueline. *Convergence, Illicit Networks and National Security in the Age of Globalization*. Center for Complex Operations, 2013.

Organización de Estados Americanos, *La responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de*

corrupción en América Latina, acceso el 28 de septiembre de 2021, https://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf

Prías Bernal, Juan Carlos. *Anotaciones sobre Derecho Penal Económico*, Legis. 2021.

“Quien investiga no puede ser que sancione”, *Asuntos Legales*, acceso: 21 de junio de 2021, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/quien-investiga-no-puede-ser-quien-sancione-3181587>

Rojas López, Juan Gabriel, *Derecho Administrativo Sancionador*, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Superintendencia Financiera. Circular Externa 027 de 2020 de la Superintendencia Financiera. 2 de septiembre de 2020.

Superintendencia de Sociedades. Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

Superintendencia de Sociedades. Circular Externa No. 100-000016 de la Superintendencia de Sociedades. 24 de septiembre de 2021.