



**RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LAS FALLAS EN EL SISTEMA DE
COMPLIANCE A PROPÓSITO DE LOS ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD**

MARIA VALENTINA CARDONA SÁNCHEZ

JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ GRISALES

Director

Mg. NICOLÁS ORTEGA TAMAYO

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2022**

Declaración de originalidad

Fecha: 08 de noviembre del 2022

Maria Valentina Cardona Sánchez - Juan Sebastián Gómez Grisales

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

Juan Sebastian Gomez G

Maria Valentina C.S

Juan Sebastián Gómez Grisales

Maria Valentina Cardona Sánchez

C.C. 1.002.969.887

C.C. 1.000.305.007

RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LAS FALLAS EN EL SISTEMA DE COMPLIANCE A PROPÓSITO DE LOS ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD EN COLOMBIA.

CRIMINAL LIABILITY DUE TO FAILURES IN THE COMPLIANCE PROGRAM REGARDING NON-DISCLOSURE AGREEMENTS IN COLOMBIA

RESUMEN

El desarrollo del comercio y la globalización han propiciado un entorno atractivo para la creación de empresa, el crecimiento de las existentes su la proyección internacional; sin embargo, esto ha llevado a que cada vez las compañías, a través de sus empleados, materialicen acciones que podrían considerarse agresivas - incluso ilegales- sustentadas en finalidades restrictivas de la competencia. Lo anterior, lleva a preguntarse si en Colombia existe la responsabilidad penal ante fallas en el sistema de *compliance* a propósito de los acuerdos de confidencialidad. Para responder a este interrogante se procede a investigar las diferentes parcelas del derecho para posibilitar una interpretación completa o sistemática de la esencia del sistema de *compliance* y su rol dentro del ordenamiento jurídico, esto debido a que esta es una figura de reciente aparición en Colombia.

PALABRAS CLAVE: *Compliance, responsabilidad penal, acuerdo de confidencialidad, empresa, Colombia, prácticas corporativas.*

ABSTRACT

Globalization and commerce development provides an attractive environment to create new companies, improve existing ones and grow internationally. However, all these changes have made many businesses and their employees conduct unfair, deceptive, fraudulent, or even illegal practices. Therefore, the question arises whether there is a criminal liability due to failures in the compliance program regarding non-disclosure agreements in Colombia. To answer this question is mandatory to study several fields of law to understand the compliance program and its role in the country's legal system.

KEY WORDS: *Compliance, criminal liability, non-disclosure agreement, company, Colombia, corporate practice.*

INTRODUCCIÓN

El desarrollo y la globalización han producido grandes avances en materia tecnológica, económica y sociocultural; esto ha causado que la sociedad actual experimente múltiples focos de riesgos que antes no eran comunes. La apertura del mercado internacional, junto con la fuerte competencia comercial propició un ambiente en el que las compañías, tanto públicas como privadas, buscaban satisfacer las necesidades de los consumidores y posicionarse dentro del mercado adoptando técnicas que, si bien les permitían cumplir sus objetivos, no garantizaban seguridad y/o calidad para sus usuarios e incluso las prácticas empleadas tenían la capacidad de afectar de manera directa o indirecta el funcionamiento del mercado; dado que ciertos comportamientos de los administradores de estas compañías producían acciones u omisiones que podrían catalogarse como restrictivas de la competencia, antiéticas o incluso, ilegales.

Todo lo anterior ha encendido las alertas de los gobiernos, e incluso de las mismas compañías, pues este tipo de prácticas afectan el mercado, la competencia y repercuten de manera negativa en la economía. En este sentido, los diferentes Estados han buscado herramientas que permitan mitigar la posibilidad de que se sigan desarrollando estas prácticas anticompetitivas y restrictivas que afectan el mercado; las cuales se basan principalmente en: (i) castigar los comportamientos que el legislador considera nocivos, (ii) implementar la responsabilidad de las personas jurídicas dentro de su ordenamiento jurídico, (iii) crear nuevos tipos penales que castiguen las malas conductas de los administradores en desarrollo de sus funciones y (iv) fomentar campañas de prevención.

De manera que se han planteado y materializado soluciones que dan respuesta a esta problemática de manera parcial; por ello se comenzó a buscar una herramienta que reuniera los diferentes elementos de prevención y respuesta para crear un mecanismo que abarque la problemática de manera integral; es así como

nace el compliance. Este sistema permite prevenir los riesgos mediante el cumplimiento de las obligaciones legales y éticas que tiene una compañía, esto acompañado de la creación al interior de la organización de una cultura de cumplimiento, convirtiéndose en la mejor opción con la que cuentan las compañías para evitar la ejecución de las conductas descritas en este texto.

Ahora bien, la introducción de este sistema de cumplimiento ha sido de diferente aplicación dependiendo del país al cual se haga referencia. En el caso colombiano es de reciente aparición, como consecuencia de ello, existen muchas lagunas y preguntas respecto a cómo debe aplicarse y entenderse, para ello es importante analizar el espíritu del compliance en relación con el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia y la doctrina, pues este debe adecuarse a las necesidades del derecho vernáculo

A partir de lo anterior, se ha comenzado a investigar cómo el tema del compliance puede abarcar las relaciones jurídicas en materia comercial, laboral o civil que realizan las personas jurídicas mediante sus colaboradores -personas naturales-; para ello, se identifican los focos de riesgo que pueden enfrentar, es decir, las actividades a través de las cuales se pueden cometer delitos o faltas éticas; posteriormente se deben establecer procedimientos que hagan frente a estas situaciones de manera previa a su materialización, de la mano de una obligación de información a los organismos de control internos o externos, según el caso, y un régimen disciplinario para quien incumpla alguna de estas obligaciones.

Sin embargo, hay un elemento que los oficiales de cumplimiento, las oficinas de control interno y demás medios que disponga la compañía para mantener las buenas prácticas corporativas no pueden perder de vista al elaborar el sistema de compliance como lo es la necesidad imperativa de proteger la información corporativa -como lo es la información de sus clientes, el secreto empresarial, la información confidencial entre otros-, por ello, lo que comúnmente se pacta en los

contratos de diversa naturaleza como lo son las cláusulas de confidencialidad y tratamiento de datos toma vital importancia al elaborar un programa de cumplimiento, pues debe evaluarse la manera en la que se va a manejar toda la información de la compañía.

En este sentido, y con ocasión principalmente, a los acuerdos de confidencialidad para el manejo de la información privada que surgen al interior de las personas jurídicas o incluso, en empleadores cuya naturaleza es ser personas naturales, resulta de vital importancia establecer las sanciones a posibles violaciones que pueden generarse frente a la información que resulta ser privada, como lo es el secreto empresarial, datos personales, entre otros, que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico son objeto de protección por representar algunos, incluso, derechos constitucionales y fundamentales.

En materia laboral, por ejemplo, todo lo alusivo a los secretos corporativos representan una tensión aún mayor en la medida en que hay un factor adicional en la descrita relación contractual y, se trata de la subordinación. Hecho que genera que aumente el deber de protección y supervisión frente a los posibles acuerdos de confidencialidad que se den entre empleador y empleado.

Alrededor de todo ello, surge la pregunta sobre la posible existencia de responsabilidad penal derivada de las fallas en el sistema de compliance a propósito de los acuerdos de confidencialidad, como temática que orienta más no limita la investigación que se desarrollará a lo largo del texto y que pretende encontrar herramientas en legislaciones de otros estados que guíen el uso del compliance como un nuevo elemento a nivel corporativo en todas las organizaciones.

SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO Y ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD EN EL CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO.

Para abordar los diferentes sistemas de cumplimiento al interior del ordenamiento jurídico colombiano, es necesario recordar algunos antecedentes históricos que permitieron la creación del mismo. En este sentido, es importante mencionar varios casos; el primero de estos se presenta en 1909, donde se enfrentan New York Central & Hudson River Railroad Co. y los Estados Unidos de América; pues algunos de los miembros de esta compañía fueron acusados y posteriormente condenados por transgredir la Ley Elkins, la cual indicaba que si se cobraba un valor menor al de las tarifas publicadas, se estaría cometiendo un delito; en relación con lo anterior, miembros de la empresa llegaron a acuerdos con ciertas compañías azucareras para transportar sus productos por un menor precio, por lo tanto la compañía realizaba el pago conforme a las tarifas y después la empresa ferroviaria les hacía un reembolso. La importancia de este caso radica en que se da la primera condena contra una corporación, es decir, abre la puerta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues a juicio de la Corte Suprema de Estados Unidos, la empresa había incurrido en acuerdos para desconocer las leyes antimonopolio con lo cual obtuvo beneficios económicos.

Según la Corte Suprema norteamericana, adicionalmente, en sustento a su decisión, en este caso era dable tener en consideración la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que fue un acto realizado por un agente autorizado en ejercicio de la facultad que le había sido conferida (New York Central & Hudson River Railroad Co. Vs United States, 1909).

Otro antecedente relevante se presenta con el caso *Siemens AG*; en este se investigó a la persona jurídica y altos directivos de la misma por el delito de soborno internacional dado que incumplió lo establecido en la Ley de prácticas corruptas (FCPA) con la finalidad de incrementar su productividad y ganancias en el extranjero

(MACHADO FONSECA, 2015). Por otra parte, se toma en cuenta y como antecedente a esta figura jurídica, el caso Odebrecht. Esta compañía realizó cuantiosos pagos a diferentes políticos y servidores públicos en diferentes países para que les concedieran ventajas en la adjudicación de contratos. Esta práctica fue empleada por el este grupo empresarial por más de una década, y la relevancia de esta situación, recae en la creación de un departamento dentro de la compañía encargado de realizar acercamientos con gobiernos extranjeros para lograr su cometido (Ramírez Barbosa & Ferré Olivé , 2021).

En materia financiera se destacan varios sucesos que abrieron la puerta a la discusión sobre la regulación en el desarrollo de esta actividad económica; el primer caso tiene lugar en el año 1929, fecha en la cual Estados Unidos de América experimenta el crack de *Wall Street*, con ocasión a que en menos de dos días la bolsa presentó una caída de más del 24%, lo cual condujo a una mayor regulación en materia financiera, bursátil y contable. En consonancia con lo anterior, es importante mencionar el caso de *Wells Fargo* (2021, pág. 31), pues las directivas de este banco estadounidense fijaron metas de cumplimiento demasiado altas para sus empleados, lo cual llevó a la creación de más de tres millones de cuentas bancarias falsas, así como solicitudes de tarjetas de crédito que en realidad nunca existieron con la finalidad de dar cumplimiento a las metas corporativas y de esta manera recibir bonificaciones; posteriormente, para sustentar las actividades fraudulentas ante la contabilidad de la compañía, cobraban tarifas adicionales a sus clientes sin el consentimiento de los mismos. Como consecuencia de este escándalo, el banco americano se vio obligado a pagar varias multas, crear talleres de ética corporativa y ajustar los salarios y las metas de sus trabajadores.

Otro acontecimiento que involucra a la banca sucedió en Inglaterra, donde los bajos controles realizados por el banco HSBC (Rua, 2017) permitieron a varios de sus clientes lavar miles de millones de dólares así como realizar transacciones a otros países con dinero obtenido de actividades ilícitas; por tal motivo, este banco,

una vez llegó a un acuerdo con las autoridades judiciales de Estados Unidos, reestructuraron sus políticas de control y supervisión mediante las cuales dieron aplicación plena a las leyes de anticorrupción.

En materia ambiental, uno de los casos más conocidos a nivel mundial se presentó en el 2015; pues tuvo lugar el escándalo del grupo automotriz Volkswagen (Vázquez Parra, 2016), donde este se declaró culpable de haber engañado a las autoridades y a los clientes de Estados Unidos en lo relativo a las emisiones que debían tener los vehículos de conformidad con los estándares de este país; pues mediante el uso de un dispositivo electrónico lograban burlar los controles de las autoridades; por tal motivo, la compañía se vio obligada a incluir un *compliance officer* dentro de su equipo, así como, a reestructurar su cuerpo directivo y a aplicar diferentes controles tanto endógenos como exógenos e independientes para la revisión de los motores de sus vehículos, garantizando de esta manera el cumplimiento normativo.

Todos los casos mencionados anteriormente tienen elementos comunes donde se evidencia la posibilidad de cometer delitos utilizando, de manera indebida, el objeto social de las compañías, escudándose en el interés de acrecentar sus ganancias y expandir su lugar de operación (Ontiveros Alonso, 2018); lo cual motiva a empleados de diferentes rangos a ir en contra de los ordenamientos jurídicos de cada nación demostrando la ausencia de cultura de cumplimiento y afectando, en consecuencia, el orden económico y social de los Estados. Lo anterior deja en evidencia (i) la necesidad de desarrollar sistemas de cumplimiento al interior de las organizaciones y la obligación de (ii) reforzar los ya existentes, ajustándose al contexto en el que se desarrolla cada actividad (Pampillo Baliño, 2021).

Como lo establece (Petro González, Mosquera Rentería, & Torres Molina, 2014), uno de los efectos negativos más importantes en el contexto de la globalización es

El desarrollo, con dimensiones que no tienen precedente, de una criminalidad internacional, a su vez global. Se trata de una criminalidad "global", o "globalizada", en el mismo sentido en que hablamos de globalización de la economía: es decir, en el sentido de que la misma, por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla solamente en un único país o territorio estatal, sino, a la par de las actividades económicas de las grandes corporaciones multinacionales, a nivel transnacional o incluso planetario (2014, pág. 4).

Por lo anterior, las compañías colombianas - en especial las de gran tamaño y/o que cotizaban en la bolsa de valores- comenzaron, antes que el gobierno nacional, a buscar mecanismos que les permitieran detectar de manera temprana las conductas que son contrarias al ordenamiento jurídico y/o ético de la organización para evitar la materialización de las mismas o en caso de que ya se esté ejecutando la conducta, acortar la posibilidad de un impacto negativo mayor. Es en este momento cuando se comienzan a incluir diferentes sistemas de cumplimiento al interior de las organizaciones (Ospina Martínez, 2018).

Sistemas como (i) el SIPLAFT, el cual tuvo aplicación hasta el año 2008 en Colombia, hacía referencia al *Sistema Integral de Prevención y Control del Lavado de activos y Financiación del terrorismo* (Toro Díaz , 2018); (ii) el SARLAFT/SAGRALAFT, que comienza a emplearse de manera general a partir del año 2008; la distinción de ambos nombres radica en la aplicación del mismo, pues en el sistema financiero se hace referencia a la primera denominación y en materia empresarial adopta el segundo nombre y sus siglas hacen referencia al *Sistema de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*. El principal objetivo de este sistema era prevenir la financiación del terrorismo y el lavado de activos, para lo cual se creaban una serie de políticas de buen gobierno a nivel corporativo a través de las cuales se proporcionaba una

colaboración efectiva con las autoridades públicas para prevenir esta serie de practicas; adicionalmente se buscaba ejercer un control al interior de la compañía para detectar y reportar a las autoridades actividades que podrían estar relacionadas con el lavado de activos o la financiación a terroristas. En consecuencia, este sistema contaba con unos elementos mínimos para poder conseguir su finalidad como lo son las políticas corporativas, procedimientos internos, documentación, estructuración organizacional, órganos de control, infraestructura tecnológica, divulgación de información¹ y capacitación al personal² (Sintura, Martínez, & Quintana, 2014); y (iii) las Normas ISO, las cuales son un conjunto de normas que contienen herramientas y disposiciones para que las compañías garanticen que productos y servicios por ellas ofertados, cumplen con una serie de requisitos de calidad objetivos y que sirven para homogeneizar la normativa internacional en ciertas actividades, fueron integradas en las estructuras internas organizacionales, con la finalidad de evitar y frenar, conductas contrarias al sistema jurídico nacional y empresarial.

Frente al compliance, como concepto proviene del contexto anglosajón y hace referencia al “*comply with*” que significa “cumplir con”; es decir, esta figura busca la creación de un sistema para la prevención y mitigación de los riesgos mediante el cumplimiento de diferentes obligaciones que tiene por finalidad introducir una cultura de cumplimiento en las compañías y en la sociedad. Sin embargo, esta definición podría asemejarse con la de otros sistemas de cumplimiento como los anteriormente mencionados ISO o SARLAFT; por lo tanto, se habla de unos elementos característicos de este sistema que lo distinguen de otros y le darán un rango de acción mucho más amplio, en tal sentido: (i) materializa un sistema para la gestión de riesgos que implica la creación y adopción de diferentes protocolos, manuales, estándares y actos que establezcan condiciones

¹ Las cláusulas de confidencialidad que se estudiarán más adelante.

² Los elementos que regulan este tipo de sistema de administración de riesgos están contenidos en la circular de la Superintendencia Financiera N° 007 de 1996

para el óptimo desempeño de la compañía en relación con lo que prescribe la norma y (ii) busca el establecimiento de una cultura de cumplimiento al interior de la organización; pues no solo busca satisfacer lo estipulado por la norma, sino que busca además, evitar la materialización de actividades que constituyan reproches éticos o morales (Milkes Sánchez, 2018).

Por otra parte, los acuerdos de confidencialidad (Varón Palomino, 2017) tienen por objeto reglamentar el comportamiento del empleado frente al empleador y proveedor frente al beneficiario, en relación con la información confidencial que sea suministrada en el marco de una relación jurídica contractual; así como regular los derechos de propiedad intelectual que surjan durante la ejecución del contrato de trabajo. Por lo anterior, su margen de aplicabilidad se desarrolla en contextos que resultan ser más corporativos y laborales en aras de darle protección a la información que sea transmitida con base en el vínculo jurídico creado, no excluyendo otro tipo de relaciones relativas a otros campos del derecho.

El término de información confidencial dentro del marco de la relación contractual laboral, hace referencia a cualquier información o material físico que no sea de conocimiento general o se encuentre disponible por fuera de la empresa, así como aquella información y material físico que le sea confiada o revelada al empleador por parte de terceros. No obstante lo anterior, la información confidencial podrá ser definida en el acuerdo de voluntades que suscriban las partes atendiendo a la naturaleza (Godoy Cárdenas & Quishpe Gaibo, 2019).

En (Sentencia C-336) de la Corte Constitucional del año 2007 -en adelante la "Sentencia"-, se definen los conceptos que articulan las partes esenciales del derecho al habeas data y todos aquellos derechos que interactúan con las bases de datos que contienen información de carácter confidencial.

En la creación de relaciones se origina el tránsito y transferencia de información que puede resultar confidencial. Nuestro ordenamiento jurídico, ha consagrado el derecho fundamental al habeas data, definido en la Sentencia precitada como

Aquel plexo de facultades tales como la de disponer de la información sobre sí mismo, la de preservar la propia identidad informática, es decir, permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de estos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás (2007, pág. 8).

Tal derecho, es consagrado en nuestro ordenamiento jurídico por la existencia de diferentes tipos de información que tienen un tratamiento especial y que, por ende, nuestro ordenamiento ha intentado diferenciar. En Colombia, la jurisprudencia se ha decantado por establecer diferentes tipos de información, los cuales han definido, como se ilustra a continuación, de la siguiente manera:

Conceptos	Definición
Información pública	es aquella que <i>puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o persona</i> (2007, pág. 9)
Información Semiprivada	Es aquella que contiene datos personales o impersonales, <input type="checkbox"/> <i>pero por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio</i> (2007, pág. 9)

Información reservada	está compuesta por información personal, estrechamente relacionada con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad-, por lo que <i>□se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones (2007, pág. 9)</i>
-----------------------	---

Tabla de elaboración propia

Así mismo, establece la Ley 1581 de 2011, artículo 5, el concepto de datos sensibles, que es una categoría especial que alude a todo aquello que afecta la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede ocasionar su discriminación. Son aquellos que o bien tienen que ver con condiciones externas al sujeto como su cultura o su edad, o bien, con el fuero interno tales como orientación política, orientación religiosa, mismos que constituyen una decisión voluntaria del individuo y que se encuentran al margen de intereses corporativos relacionados con el compliance (Congreso de la República , 2012).

Actualmente existe un sistema organizado en materia penal y en materia comercial acerca de las sanciones, conceptos y procedimientos necesarios para el tratamiento de datos personales y las posibles infracciones de los individuos, tanto personas jurídicas como naturales, pueden recaer. Sin embargo, será necesaria comprobar la eficacia de la normatividad expuesta en las relaciones laborales, comerciales.

Ahora bien, frente a la distinción que existe con las políticas de privacidad, dada su conexidad por el contenido y la finalidad que albergan, se debe recalcar que el acuerdo de confidencialidad dista de la política de privacidad en razón a la relación jurídica regulada.

Ello es así, toda vez que las políticas de privacidad se crean con la finalidad de crear pautas, según lo expresado por la ley, frente al tratamiento de datos personales de los usuarios o consumidores recolectados con ocasión al servicio

generado; los acuerdos de confidencialidad, en principio, sin perjuicio de que pueda ser utilizado como un pacto preliminar en otro tipo de relaciones, se realizan con la finalidad de que los empleados de una empresa mantengan la información compartida de manera reservada, restringiendo su divulgación y marcando las pautas de la confidencialidad dentro de la relación jurídica creada.

En relación con el compliance y los acuerdos de confidencialidad al interior de una compañía, es dable afirmar que se tratan de elementos que guardan una estrecha relación en la medida en que el acuerdo de confidencialidad, más que un simple contrato, es una herramienta de protección corporativa en relación con la información que puede ser usada perjudicialmente, por internos o terceros, por su naturaleza de ser información confidencial.

Adicionalmente, no bastando la función descrita, los acuerdos de confidencialidad resultan ser un medio que permite la identificación de los aspectos a reforzar al interior de la estructura empresarial, permitiendo la prevención y sanción de conductas que puedan resultar fraudulentas.

Finalmente, la aplicación de los mismos implica, necesariamente, la creación de una serie de políticas internas y de procedimientos que permitan identificar: (i) qué información debe ser protegida por la compañía; (ii) cuáles son los niveles de protección que la misma debe tener dependiendo del perfil de cada uno de los colaboradores; (iii) qué situaciones ameritan la divulgación de la información a terceros; (iv) bajo qué procedimiento se debería realizar esa divulgación, en caso de ser necesario, tanto en el ámbito interno -corporativo- como externo -autoridades públicas-; (v) cuáles son las sanciones ante un incumplimiento; y (vi) hasta qué punto es ética y legalmente admisible la confidencialidad de la información y de las prácticas corporativas al interior de una organización.

¿EXISTE RESPONSABILIDAD PENAL EN COLOMBIA DERIVADA DE FALLAS EN EL SISTEMA DE COMPLIANCE?

El sistema jurídico penal en Colombia ha sido nutrido a lo largo de las décadas por autores que se adscriben a diferentes escuelas, desde la positiva a la finalista. Durante el siglo XIX escribieron para el derecho penal autores como Demetrio Porras, Medardo Rivas y Arturo Quijano. En el siglo XX, imperaron las doctrinas propias del derecho penal clásico europeo, más específicamente italianas. El derecho penal, en esta época, se matricula en la Escuela Clásica y sus autores más representativos nacionales fueron José Vicente Concha y Arcesio Aragón. Actualmente, el sistema penal colombiano tiene una tendencia funcionalista cuyos más sobresalientes representantes son Claus Roxin y Jakobs. Las premisas de este nuevo sistema consisten en el ideal de hacer efectiva la justicia, de hacerla más eficiente, más pronta, más eficaz (Gómez, 2006).

Teniendo como presupuesto lo anterior, la responsabilidad penal en el territorio nacional se fundamenta en el libre albedrío, definida como la facultad de autodeterminación frente al bien y el mal; y la imputabilidad moral, la cual conecta el hecho con la voluntad inteligente y libre, elemento volitivo, del sujeto que actuó.

La responsabilidad penal, en general, es definida por la (Real Academia de la Lengua Española , 2022) como aquella «consecuencia jurídica derivada de la comisión de un hecho tipificado en una Ley penal por un sujeto imputable y, siempre que, dicho hecho sea contrario al orden jurídico, es decir, antijurídico y además, punible».

El primer elemento de la conducta punible que da lugar a la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un hecho sancionable por los ordenamientos es la tipicidad. Esta comporta la deducción de un juicio de correspondencia - identidad entre la conducta humana exteriorizada en el mundo fenoménico y la

descripción comportamental contenida en una norma jurídica. Esto significa que una conducta patentada en el mundo exterior se adecua, se corresponde o se identifica con una norma jurídico-penal en la que se ha descrito previamente un comportamiento prohibido, en este caso la conducta es típica (Molina Arrubla , 2018)

El segundo elemento de la conducta punible en aras de que se constituya la responsabilidad penal, es la antijuridicidad, que comporta la formación de un juicio de desvalor en relación a la conducta típica, porque esta aparece como lesiva real o potencialmente frente a valores fundamentales que pretende proteger el ordenamiento jurídico, no estando amparada por una causal de justificación, es decir, para que una conducta típica puede ser calificada de antijurídica es necesario que afecte real o potencialmente el bien jurídico tutelado por la ley penal.

Finalmente, el tercer elemento; la culpabilidad, entendida como la cuarta categoría estructurante de la conducta punible, la cual comporta la emisión de un juicio de reproche al agente comportamental, estimando que habiendo tenido la oportunidad de haber actuado de manera diferente a como lo hizo, observó un proceder contrario a la ley. En otras palabras, la culpabilidad reporta un juicio de reproche por exigibilidad de otra conducta.

Comúnmente, el régimen sancionatorio de los sistemas jurídicos, en particular, del sistema colombiano, ha estado dirigido exclusivamente a las personas naturales, seres humanos que tienen la capacidad de actuar y responder al ser titular de derechos y correlativas obligaciones. En este sentido, todo el sistema penal ha estado encaminado a sancionar los individuos en aras de corregir su conducta y rehabilitarlos socialmente (Araújo Alves, 2017), como sujetos capaces de aprender y reintegrarse a la sociedad.

Dada la evolución social, tecnológica y empresarial, en los ordenamientos jurídicos y, en concreto, en materia penal, se comienzan a incorporar otra clase de sujetos, que pueden afectar derechos y garantías, al ser sujetos de derechos y obligaciones, pese a no tener una representación física.

En consecuencia, surge mundialmente el concepto de persona jurídica, entendida esta como una organización o grupo de personas a las cuales la ley reconoce personalidad independiente y diferenciada de cada uno de sus miembros, que es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones pese a no tener representación física (Cámara de Comercio de Bogotá , s.f.). El ordenamiento jurídico vernáculo consagra en el artículo 633 del Código de Civil esta figura, estableciendo que

Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter (Congreso de la República , 1873)

En el contexto colombiano, desde hace varias décadas, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha suscitado un debate doctrinal y legislativo, esto debido a la relevancia social y económica que han representado las empresas en el desarrollo del país. Algunos se encuentran de acuerdo en que las personas jurídicas, al ser titulares de derechos y obligaciones - mediante interpuesta persona que permite su materialización- deberían ser destinatarios de responsabilidad, en materia penal. Sin embargo, como se ha estructurado esta parcela del derecho, al interior del ordenamiento jurídico colombiano, debe decirse que su aplicación es un poco compleja; lo anterior, si se tiene en cuenta que toda conducta punible, para ser tal, debe contar con tres elementos como lo son: (i) la tipicidad; (ii) la

antijuricidad; y (iii) la culpabilidad. De lo anterior, es dable inferir que, en el sistema penal colombiano, se adopta una postura en la que el actuar de quien despliega la conducta, es un actuar humano, de ahí que se excluya la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Velasquez Velasquez , 2013).

Por su parte, la persona jurídica, como ficción legal en el derecho vernáculo, no puede actuar con o sin culpabilidad (Sánchez Bernal, 2012) y mucho menos desplegar acciones en el mundo fenoménico, esto porque quien exterioriza la acción y, sobre quien se debe evaluar la intención, es una persona natural que actúa en nombre de esa persona jurídica.

Sin embargo, han sido múltiples los intentos -fallidos- del legislador colombiano de introducir al ordenamiento jurídico normas que castiguen o impongan penas a las personas jurídicas por actos que cometen sus representantes legales o junta directiva, como la Ley 488 de 1998, «por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales», la cual en su artículo 68 consagró, por primera vez en Colombia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia aduanera, al indicar que

Cuando las Sociedades de Intermediación Aduanera o Almacenes Generales de Depósito reconocidos y autorizados por la DIAN intervengan como declarantes en las importaciones o exportaciones que realicen terceros, estas sociedades responderán penalmente por las conductas previstas en el artículo 15 de la Ley 383 de 1997 que se relacionen con naturaleza, cantidad, posición arancelaria y gravámenes correspondientes a la respectiva mercancía. (...) Las Sociedades de Intermediación Aduanera y los Almacenes Generales de Depósito responderán directamente por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados. Para

los efectos previstos en este artículo, la responsabilidad penal de las Sociedades de Intermediación Aduanera y los Almacenes Generales de Depósito recaerá sobre el representante legal o la persona natural autorizada formalmente por éste que haya realizado el reconocimiento de la mercancía previamente a la declaración respectiva. (Congreso de la República , 1998)

Sin embargo, este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia de constitucionalidad C 599 de (1999). Otro ejemplo que se puede traer a colación es la Ley 491 de 1999 a través de la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones (Congreso de la República , 1999), pues en su artículo 26 establecía sanciones a las personas jurídicas; esta recoge elementos del proyecto de ley 235 de 1996, al cual fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en sentencia C- 320 de (1998) .

No obstante, hasta el año 2000 no hubo en Colombia, un cambio significativo en la materia, pues fue con la aparición de la Ley 600 que se consagró una sanción que recayera sobre la persona jurídica como ficción legal capaz de contraer obligaciones y ejercer derechos; esta norma indica

Artículo 65. Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas, o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o

establecimientos abiertos al público. (Congreso de la República, 2000).

Frente a este artículo de la precitada Ley, se pronunció la Corte Constitucional en el año 2004, mediante sentencia de constitucionalidad C-558, en la cual se establecieron unos parámetros, a partir de los cuales, este aparte normativo fuese compatible con la constitución, de esta manera consagró que las medidas cautelares a las que se refiere el artículo de la ley, deben observar el debido proceso y las garantías constitucionales del ordenamiento jurídico nacional, de tal manera que las mismas solo pueden materializarse en el desarrollo de un proceso judicial; por lo tanto, debe demostrarse que las sociedades o personas jurídicas investigadas han participado, por acción u omisión, en la comisión de actividades delictivas y que dicha medida cautelar tiene por finalidad impedir que (i) continúen los efectos producidos por el hecho punible o que (ii) se siga ejecutando la actividad prohibida.

Ahora bien, frente a la naturaleza de las medidas cautelares, en especial de la cancelación de la personería jurídica, también se pronunció la Corte en la precitada sentencia, indicando que esta, al ser tan severa, debe presentarse de manera preventiva y no puede conllevar efectos definitivos porque de ser así, sería desproporcionada y contraria a preceptos constitucionales; en este sentido, los efectos plenos o definitivos de esta decisión judicial de tipo preventivo, sólo pueden efectuarse con una sentencia. Por lo tanto, el órgano de cierre constitucional resuelve condicionar la exequibilidad de la norma recurrida, bajo el entendido de que los efectos definitivos de la cancelación se deben determinar al final de un proceso con una sentencia judicial - debidamente ejecutoriada- y mientras esto no ocurra, la medida debe ser de suspensión y no de cancelación.

Posteriormente, la Ley 906 de (2004) - Código de Procedimiento Penal- en su artículo 91 recoge este elemento sancionatorio que venía del anterior Código con

algunas mejoras en su estructura escrita, principalmente, respecto a la claridad de la sanción o medida que se pretende imponer. En este sentido, establece que la Fiscalía General de la Nación podrá en cualquier momento del proceso, incluso antes de presentar acusación, solicitar al juez de control de garantías, que una vez se cumplan los requisitos establecidos por la ley, proceda con la suspensión de la personería jurídica cuando existan motivos fundados de que la investigada se ha dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Por su parte, la Ley 2195 del (2022) a través de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones, establece en su artículo 2 la modificación al artículo 34³ de la Ley 1474 de 2011, el cual queda así:

Artículo 34. Responsabilidad administrativa sancionatoria contra personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar y las medidas contempladas en el Artículo 91 de la Ley 906 de 2004, se aplicará un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria a las personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras, a las personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro, domiciliadas en Colombia, cuando se den los siguientes supuestos: (i) Exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la

³ Es importante resaltar este artículo de la Ley 1474, puesto que, a nuestro juicio, es una de las regulaciones más extensas que realiza el legislador en temas de consecuencias jurídicas para las personas de las que el mismo trata; sin embargo, como se establecerá en las conclusiones del capítulo, la mayoría de las precitadas consecuencias aluden a elementos propios del derecho administrativo sancionatorio y no propios del derecho penal.

administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011 , o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente; y (ii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus administradores o funcionarios; y (iii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo (Congreso de la República , 2011).

Al respecto, hay posiciones encontradas entre la doctrina; pues una parte afirma que debe existir la responsabilidad penal de las personas jurídicas; en tal sentido, consideran que el congreso debe legislar; mientras que la otra estima que no es posible que una persona jurídica responda penalmente.

Se considera que debe haber un equilibrio entre estas dos posiciones; pues si bien a las personas jurídicas, como ficción legal no es posible imponer una pena privativa de la libertad, sí es dable establecer consecuencias jurídicas tipo sanción frente a las personas jurídicas, cuando las personas naturales pertenecientes a los órganos de dirección o administración de las compañías transgredan las normas prescritas por el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, frente a la responsabilidad penal del administrador, del oficial de cumplimiento y de los asesores externos de la empresa, es menester establecer,

que la responsabilidad se origina en las personas físicas, si estas intervienen directa o indirectamente en el delito (Ramírez Barbosa & Ferré Olivé , 2021, pág. 143).

En primer lugar, se debe establecer, en todo caso, la existencia o no de una posición de garante y los deberes que se asumen frente a los bienes jurídicos administrados, frente a los cuales las personas precitadas están en constante relación.

Frente al director o administrador, la responsabilidad penal es individual e independiente a la responsabilidad penal que puede recaer sobre la persona jurídica. Ello es así, ya que la responsabilidad del ente empresarial no es una excusa para no responsabilizar a los directivos que intervienen en la conducta delictiva, máxime en tratándose de quien en esencia recae la posición de garante nacida de la competencia particular que deriva de la estructura empresarial (Villegas García, 2016). Adicionalmente, es requisito haber actuado directamente o a través de un acuerdo junto con los directores pertenecientes al órgano de administración.

En lo que respecta al compliance officer, su función esencial es la vigilancia, investigación y reporte de lo enterado en medio de la ejecución de su labor. Las acciones u omisiones del compliance officer, en concreto, su mala actuación puede desencadenar fallas en el programa que perjudique su eficacia y validez. Por otra parte, la situación fáctica de excederse en sus acciones, en lo que respecta a sus funciones (Gómez Colomer & Madrid Boquín, 2019) y, la omisión dolosa o culposa de actividades relacionadas con su cargo, darán lugar a responsabilidad penal.

Ahora bien, con ocasión a la tutela de los bienes jurídicos económicos entendidos esos como aquellos que se protegen a través de delitos fiscales, el lavado de activos y la financiación del terrorismo, los asesores contables, fiscales y auditores de cuenta serán objeto de responsabilidad penal como posibles cooperadores en la intervención de los administradores.

Frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hay posiciones encontradas entre la doctrina; pues una parte afirma que debe existir la responsabilidad penal de estas personas; en tal sentido, consideran que el congreso debe legislar sobre la materia; para ello tienen varios argumentos, entre los cuales se destaca el músculo financiero con el que cuentan las compañías, el cual, en muchos casos puede ser superior al del país en el que operan y esto representa ventajas en términos de poder, resultando en posibles casos de corrupción; esto conlleva a la ineficacia de las consecuencias jurídicas que estipulan los países ante la comisión de delitos por parte de las personas jurídicas, pues los valores de las multas, en muchos casos, no representan un problema frente a las finanzas de la compañía.

Otro argumento indicado por (Humar Jaramillo , 2022) radica en que, en muchas ocasiones, el aparato judicial de un Estado puede tardar en investigar, juzgar y sancionar a las personas naturales y esto puede resultar en que para el momento en que se debe aplicar la consecuencia jurídica no se encuentre al responsable o incluso, al tratarse de organigramas corporativos tan complejos, se pierda la posibilidad de imputar responsabilidad penal de manera individual. Por último, se destaca que en muchos otros países se ha venido desarrollando la posibilidad de imputar a una persona jurídica frente a ciertos tipos penales.

Por su parte, la otra corriente doctrinaria estima que no es posible que una persona jurídica responda penalmente; el principal argumento atiende a elementos propios de la teoría general del derecho penal y del delito, como lo son el acto y la culpabilidad; adicionalmente, es difícil que aplicar algunas consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico colombiano a este tipo de personas y perderían la eficacia normativa; por otra parte, si se legisla mediante la creación de tipos penales que contemplen consecuencias de índole sancionatorio a nivel económico se podría generar efectos negativos en el sector empresarial del país, y

desde un punto netamente económico, afecta la inversión extranjera (Calle , 2020) (Van Weezel, 2010).

En este punto, es preciso esgrimir y considerar que, debe haber un equilibrio entre estas dos posiciones; es claro que imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, dadas sus condiciones, resulta bastante complejo. La configuración de la acción y de la culpabilidad representan uno de los mayores problemas, toda vez que la persona jurídica dada su ficción legal no tiene existencia física. Sin embargo, este no es el único problema que existe frente a la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde el punto de vista subjetivo la dificultad de estructurar el dolo por la estructura empresarial de estos entes jurídicos (Gómez Colomer & Madrid Boquín, 2019, pág. 103).

Con todo lo anterior, es importante comenzar a prever la responsabilidad empresarial, toda vez que desde el punto de vista de la criminalidad económica, gran parte de los delitos sobre este bien jurídico, son cometidos a través de las empresas e incluso, son utilizados como medio para realizar una conducta tipificada internacionalmente como cohecho de servidores en transacciones comerciales internacionales (Bernate Ochoa, 2018).

INCIDENCIA DE LOS ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LAS FALLAS DEL COMPLIANCE

Para comenzar este capítulo vale la pena definir los acuerdos de confidencialidad como aquella manifestación de voluntad orientada a generar la obligación de reservar y no revelar a terceros, externos de la relación, la información objeto del contrato (Buelvas Fattoni, 2017).

En este sentido, cuando las personas se encuentran en la fase precontractual de un negocio jurídico y, es este el periodo en el cual se emitirá información que

resulta ser confidencial, habrá lugar a realizar un acuerdo de confidencialidad como contrato autónomo, el cual debe ser totalmente independiente del contrato a suscribir, pero que genera la obligación de no revelar a terceros la información conocida. En consecuencia, si se falta al deber adquirido, la sanción será la propia del derecho privado.

Ahora bien, puede presentarse otro fenómeno en el cual la información confidencial será revelada durante la celebración y ejecución del contrato, por lo tanto, en este caso se deberá redactar dentro del acuerdo macro una cláusula de confidencialidad, en la cual se defina el contenido de la obligación de reserva.

La justificación de esta figura en las relaciones contractuales y en todo el iter contractual, se basa en el principio de la buena fe (Arrubla Paucar , s.f.) el cual está orientado a consagrar subdeberes positivos, parámetros de conducta orientadas a que las partes actúen con probidad frente a la información que conocen y que fue revelada.

La finalidad de los acuerdos de confidencialidad, en su mayoría, es proteger lo que se denomina secreto empresarial (Sierra Herrero, 2013) el cual se encuentra relacionado con el objeto social de la entidad.

Esta figura comienza a ser regulada en la Decisión 486 de 2000, la cual hace alusión a la información secreta que posee una persona legítima, que puede usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial y que es susceptible de transferirse a un tercero en la medida que dicha información: (i) Sea secreta, es decir, que sea excepcionalmente conocida y de difícil acceso para aquellos que se encuentran en relación con la información respectiva; (ii) que por lo anterior, a la información se le atribuya un valor comercial, el cual se deriva de que dicha información permanezca en secreto, que permita obtener una ventaja competitiva o mejorar el potencial empresarial dentro del mercado de quien la posee y; (iii) que

haya sido protegida a través de medidas tomadas por su titular para mantenerla secreta (González Ángel & Zuluaga Santa, 2015).

Algunas entidades, defienden el ideal de que el secreto empresarial, más que información que debe ser protegida, es un mecanismo de protección, no obstante la Superintendencia de Industria y Comercio, estima que más que un medio, es un tipo de información que debe ser tutelada por el ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido la define como un conocimiento reservado de carácter industrial, que el empresario, dado su valor comercial para la empresas y todas las ventajas que implica, desea mantener ocultos (2015, pág. 13).

En vista de lo anterior, los acuerdos de confidencialidad resultan ser un mecanismo idóneo para la protección de información confidencial, del secreto empresarial, entendido como un activo intangible enmarcado dentro del concepto macro de propiedad industrial.

A lo largo del documento se ha definido lo que es el compliance y su finalidad, entendiéndolo como un mecanismo de organización empresarial que permite el cumplimiento normativo y ético al interior de una compañía. Los acuerdos de confidencialidad en relación con el compliance, delimitan una posible responsabilidad de los administradores e incluso, de las personas jurídicas, en relación a la infracción de las obligaciones consagradas en estos contratos.

En este sentido, son inicialmente, un remedio preventivo, el cual puede presentarse como una herramienta que sirva para generar una organización empresarial - corporativa- y la cual es utilizada en las empresas que buscan la protección de la información sensible, confidencial. Expresa el texto de Ulrich Sieber denominado "*Programas de "compliance" en el derecho penal de la empresa*" que:

Los programas de “compliance” no solamente abarcan intereses en el ámbito de la empresa, tal como son los objetivos de los propietarios de la empresa, de los empleados de la alta dirección y de otros trabajadores (intereses que en algunos casos pueden entrar en conflicto). Con frecuencia se incluyen también intereses (que pueden colisionar o coincidir) de los socios comerciales, de terceras personas (sobre todo de los consumidores), así como intereses sociales (p. ej. en el campo del medio ambiente) (Sieber, 2011).

No obstante, las personas naturales y, eventualmente, las personas jurídicas, podrían infringir los acuerdos de confidencialidad derivando posibles fallas del sistema de compliance implementado, cambiando su naturaleza de mecanismo de protección de valores comerciales a medio idóneo de infracción, del cual puede derivarse la responsabilidad penal.

Junto con el planteamiento de la responsabilidad penal individual, que surge producto de una conducta típica, antijurídica y culpable, la cual se deriva de no llevar a cabo determinados deberes de actuar y de garantizar como empleado o receptor de la información, el cumplimiento efectivo de la normativa impuesta por el sistema de compliance, surge la responsabilidad penal empresarial, que se enfoca en sucesos típicamente jurídicos que implican la responsabilidad de los directivos y de los órganos que tienen a su cargo la dirección de la empresa. El derecho alemán plantea que

Es posible una sanción contra empresas, según el art. 30 OWiG, cuando una de sus personas directivas hubiera cometido un delito o una contravención y, debido a ello, se hubiera violado un deber empresarial o la empresa se hubiera enriquecido o iba a enriquecerse (...) Esto nos lleva a la cuestión fundamental (para la relevancia jurídica de los programas de “compliance”) de en qué medida, sobre todo

cuando se trate de delitos cometidos por trabajadores subordinados, el delito de estos o la violación del deber de vigilancia de los órganos y de otros trabajadores (directivos) podría originar la punibilidad de la empresa (2011, pág. 15).

Al respecto, es relevante mencionar, los dos sistemas de responsabilidad penal existentes atribuibles a la persona jurídica. El primero de ellos se refiere al modelo de heterorresponsabilidad. Este modelo implica que frente a la conducta delictiva de un directivo o del representante legal de una empresa, el delito debe imputarse a la persona jurídica siempre que la persona natural, haya actuado en beneficio de la empresa (Mir Puig , Modolell González , Gallego Soler, & Bello Rengifo , 2002). Este modelo de imputación a la persona jurídica también es conocido como responsabilidad de reflejo o por rebote.

Por otra parte, se encuentra el modelo de autorresponsabilidad (Gómez-Jara Díez, 2006) el cual imputa a la persona jurídica, de manera directa, los hechos delictivos cometidos. No obstante presuponer que un directivo, administrador o empleado ha llevado a cabo un hecho por cuenta de la sociedad y orientado al beneficio de la persona jurídica (Díez Ripollés, 2012).

En Colombia, a través de la ley 1273 de 2009 se protege el bien jurídico denominado “de la protección de información y de los datos” la cual tiene por objetivo sancionar los atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informativos, haciendo responsables a aquellas personas que intercepten datos informáticos, obstaculizan de manera ilegítima el acceso a información, entre otras.

Sin embargo, no sanciona la revelación de información como delito, el cual surgiría en relación a un acuerdo de confidencialidad o una cláusula, atendiendo a las particularidades de la relación contractual. El compliance en relación con el

precitado acuerdo, podría de manera interna, reglamentar el vacío, pero más a título de sanción disciplinaria y no penal, toda vez que no existe tipo legal que la contenga.

Adicionalmente, esta ley busca hacer responsables a personas naturales, por lo cual se descartaría en primera instancia la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya que como se citó en anteriores capítulos, ello implicaría reformar en su totalidad el sistema penal y modificar la estructura del delito.

CONCLUSIONES

En atención a lo comentado a lo largo del texto, es dable expresar que actualmente los acuerdos de confidencialidad se usan como un medio de organización empresarial, una herramienta preventiva en la estructura societaria, y de allí su vínculo con el compliance, en relación con la revelación de la información confidencial que en virtud del vínculo jurídico es transmitida. Pese a lo anterior, es posible que dada la infracción de las obligaciones allí contenidas en relación con el mecanismo de estructuración de la sociedad - gobierno corporativo- se desprenda la responsabilidad penal de personas jurídicas o naturales, siempre que exista el tipo penal respectivo y que el sistema penal, así lo permita.

Ahora bien, frente a la *responsabilidad penal en colombia derivada de fallas en el sistema de compliance*, es dable establecer que, si bien en el país se ha comenzado a legislar sobre consecuencias atribuibles a las personas jurídicas, no existe hasta el momento un conjunto de normas claras que permitan predicar que al interior del ordenamiento jurídico existe la responsabilidad penal para este tipo de personas; frente a las consecuencias por las fallas en el sistema de compliance, no se establece, en estricto sentido, responsabilidad en la persona jurídica como tal, por el contrario, en estos casos se considera que se debe proceder a indagarse sobre la participación y responsabilidad de las personas naturales que conforman la compañía, especialmente quienes ostentan una calidad especial en la misma -

como lo son el oficial de cumplimiento, el jefe de la oficina de control interno, representante(s) legal(es) de la Compañía, personal directivo, entre otros- ya que son estos, quienes de acuerdo a la normativa penal y sancionatoria vigente, responden por los hechos u omisiones de la persona que representan. Esto no excluye las consecuencias jurídicas para este tipo de personas, solo las limita.

Aunado a lo anterior, si se plantea la posibilidad de la aplicación de las normas prevén otros ordenamientos jurídicos al nuestro, resultan ser ineficaces en cuanto y en tanto: (i) el ordenamiento jurídico colombiano ya las prescribe o; (ii) resultan ser incompatibles con el contenido normativo nacional, toda vez que implicaría un cambio en la base del sistema penal. Adicionalmente, es posible, que al contemplarse sanciones como la cancelación de la personería jurídica, estas empresas con gran capacidad organizacional, creen otras compañías con el mismo objeto social e incluso, que dada la existencia de algunas sanciones económicas, las mismas no sean representativas en comparación con la capacidad económicas de la sociedad.

Todo lo anterior, podría conllevar la desincentivación de la creación de empresas y la inversión extranjera. Por lo tanto, se considera que una posible solución, es la creación de un sistema de prevención, a través de un compliance bien constituido, que permite mitigar la realización de conductas delictivas y que, en caso de presentarse tales conductas, las consecuencias jurídicas se les impute directamente a las personas jurídicas naturales implicadas en la conducta antijurídica.

En todo caso, vale la pena experimentar, indagar y legislar sobre la materia, para regular la situación concreta de que entidades empresariales no pueden ser usadas como un medio, excluyendo las finalidades que llevaron a constituirlos, para la comisión de delitos.

REFERENCIAS

Libros

Gómez Colomer, J. L., & Madrid Boquín, C. M. (2019). *Tratado sobre compliance penal*. Valencia : Tirant lo Blanch.

Mir Puig , S., Modolell González , J. L., Gallego Soler, J. I., & Bello Rengifo , C. S. (2002). *Estudios de Derecho Penal Económico*. Livrosca.

Molina Arrubla , C. M. (2018). *Teoría del delito*. Leyer.

Ontiveros Alonso, M. (2018). *Manual básico para la elaboración de un Criminal Compliance Program*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.

Ramírez Barbosa , P. A., & Ferré Olivé , J. C. (2021). *Compliance, derecho corporativo y buena gobernanza empresarial*. Bogotá D.C.: Tirant lo blanch.

Sintura, F., Martínez, W., & Quintana, F. (2014). *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*. Bogotá : Legis Editores S.A.

Velasquez Velasquez , F. (2013). *Manual de derecho penal: Parte general*. Bogotá : Ediciones Jurídicas Andres Morales.

Villegas García, M. Á. (2016). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: La experiencia de Estados Unidos*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

Publicaciones periódicas

Pampillo Baliño, J. P. (2021). Un panorama general del compliance: nociones, orígenes, evolución e implantación. *Lex Mercatoria*, 36-51.

Araújo Alves, J. S. (2017). La evolución de los fundamentos de las penas y el surgimiento de políticas actuariales basadas en la sociedad del riesgo. *Revista de derecho, escuela de postgrado*, 75

Bernate Ochoa, F. (2018). El compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, 32-49.

Díez Ripollés, J. L. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *InDretPenal*.

- Godoy Cárdenas, J. D., & Quishpe Gaibo, J. S. (2019). Deontología aplicada al manejo de la información confidencial empresarial. *Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana*.
- Gómez, B. (2006). Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano: perspectiva histórica del derecho penal en Colombia . *Diálogos de saberes*, 85-106.
- Gómez-Jara Díez, C. (2006). Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- Petro González, I. R., Mosquera Rentería, J., & Torres Molina, L. E. (2014). La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia. *Revista Criminalidad*.
- Sierra Herrero, A. (2013). Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.
- Van Weezel, A. (2010). Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Política criminal*, 114-142.
- Varón Palomino, J. C. (2017). Cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, como fuentes de obligaciones en Colombia: apuntes desde la teoría del acto o negocio jurídico y de la formación del contrato. *Anuario de derecho privado 01*, 153-181.

Documentos web

- Buelvas Fattoni, M. A. (2017). *Acuerdo de confidencialidad*. Obtenido de Universidad CES:
<https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/3594/36-ACUERDO%20DE%20CONFIDENCIALIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Calle , S. (30 de octubre de 2020). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Solución Innecesaria*. Obtenido de Asuntos legales :
<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/santiago-calle-3082094/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-solucion-innecesaria-3082090>
- Cámara de Comercio de Bogotá . (s.f.). *¿Qué es una persona jurídica?* Obtenido de Cámara de Comercio de Bogotá : <https://www.ccb.org.co/Cree-su->

empresa/Asesoría-Especializada-en-Creación-de-Empresa/Preguntas-frecuentes-CAE/CAE/Que-es-una-persona-jurídica

Humar Jaramillo , F. (02 de agosto de 2022). *Ya es hora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Obtenido de Ambito jurídico:
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/ya-es-hora-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>

Vázquez Parra, J. C. (2016). Aproximación a la responsabilidad moral de las empresas desde la ética organizacional. El caso Volkswagen. *XXI Congreso Internacional de Contaduría, Administración e Informática*. Ciudad de México.

New York Central & Hudson River Railroad Co. Vs United States, 212 U.S. 481 (U.S. Supreme Court 23 de February de 1909). Obtenido de U.S. Supreme Court:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>

Real Academia de la Lengua Española . (2022). Responsabilidad penal . *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Obtenido de Diccionario Panhispánico del español jurídico:
<https://dpej.rae.es/lema/responsabilidad-penal#:~:text=Gral.,sea%20antijur%C3%ADdico%2C%20adem%C3%A1s%20de%20punible.>

Rua, M. (2017). El rol de los bancos internacionales en la fuga de capitales. *Revista administración pública y sociedad*, 5. Obtenido de El rol de los bancos internacionales en la fuga de capitales .

Sánchez Bernal, J. (2012). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Obtenido de Dialnet:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4018439>

Sieber, U. (2011). *Programas de "compliance" en el derecho penal de la empresa*. Obtenido de Pensamiento penal :
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38834.pdf>

Documentos físicos

Arrubla Paucar , J. A. (s.f.). La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema.

Trabajos de grado

González Ángel, A. M., & Zuluaga Santa, M. F. (2015). *Acuerdo de confidencialidad, mecanismo de protección de los secretos empresariales*. Obtenido de Repositorio Institucional de la Universidad Pontificia Bolivariana:
<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2797/Trabajo%20de%20Grado-Ana%20Maria%20Gonzalez%20y%20Maria%20Fernanda%20Zuluaga.pdf?sequence=1#:~:text=Mediante%20los%20acuerdos%20de%20confidencialidad%20se%20determina%20la%20informaci%C3%B3n>

Ospina Martínez, M. (2018). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Colombia y El Compliance*. Obtenido de Repositorio Institucional Unilibre:
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17996/RESPONSA%20BILIDAD%20PENAL%20DE%20LAS%20PERSONAS%20JURIDICAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Machado Fonseca, N. C. (2015). Turnaround de empresas com problemas de compliance. *Tesis para la maestria*. Rio de Janeiro, Brasil : FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.

Milkes Sánchez, S. (2018). Los programas de cumplimiento o compliance program en Colombia ¿Una amenaza para la plena garantía de los derechos humanos? *Universidad Externado de Colombia* , 41.

Toro Díaz , U. (2018). *La Implementación del Sistema Integral de Prevención del Lavado de Activos y*. Obtenido de Repositorio Universidad Militar Nueva Granada :
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/20416/ToroDiazUriel2018.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Documentos legales

Normas jurídicas

Congreso de la República . (26 de Mayo de 1873). Ley 84. *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. Bogotá , Colombia.

Congreso de la República . (24 de diciembre de 1998). Ley 488. *Por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales*. Bogotá , Colombia.

Congreso de la República . (13 de enero de 1999). Ley 491 . *Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se.* Bogotá , Colombia.

Congreso de la República . (31 de agosto de 2004). Ley 906. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.* Bogotá , Colombia.

Congreso de la República . (12 de julio de 2011). Ley 1474. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.* Bogotá, Colombia.

Congreso de la República . (17 de Octubre de 2012). Ley Estatutaria 1581. *Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.* Bogotá , Colombia.

Congreso de la República. (24 de julio de 2000). Ley 600. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.* Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (18 de enero de 2022). Ley 2195. *Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.* Bogotá , Colombia.

Sentencias

Sentencia C- 320 , referencia: O.P. 024 (Corte Constitucional. Sala plena 1998).

Sentencia C-336, expediente D-6473 (Corte Constitucional. Sala Plena 2007).

Sentencia C-595, Expediente D-2292 (Corte Constitucional 18 de agosto de 1999).