





# DEFENSA PENAL PREVENTIVA Y COMPLIANCE

A propósito de la imputación de altos funcionarios en Colombia por  
delitos asociados a su función

C3

	Carrera 46 # 52-140 Of. 1210, Ed. Banco Caja Social, Medellín, Colombia		
	info@controlc3.com	PBX: +57 4 322 73 90	
<b>Nota de Propiedad Intelectual:</b> El contenido de este documento se encuentra protegido por el régimen de propiedad intelectual que le es aplicable. En consecuencia, queda prohibida la reproducción total o parcial del mismo sin la autorización del titular de los derechos correspondientes o sin la referencia a su autoría.			

## PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO

Serie de textos sobre Compliance y Derecho Penal Corporativo orientados bajo un enfoque **probático**, dirigidos a lograr un acercamiento específico y práctico a los sistemas de cumplimiento, a fin de ayudar a las corporaciones y a sus integrantes a precaver la imposición de sanciones.

Serie del documento:	Compliance con enfoque probático
Título del documento:	Defensa Penal Preventiva y Compliance: A propósito de la imputación de altos funcionarios en Colombia por delitos asociados a su función.
Código:	2021 - 002
Autor:	Equipo C3

## CONTENIDO

Tema	Pág.
Presentación	2
El origen del riesgo de sanción penal para altos funcionarios: la indebida delegación	3
Los Planes Anticorrupción y los Sistemas de Control Interno como instrumentos para el control y vigilancia de cargos de riesgo	5
Cambio de paradigma en la defensa penal de los delitos contra la Administración pública	7
Colofón	9
Consejos prácticos	10

## RESUMEN

En esta entrega abordaremos el riesgo penal que recae sobre directores de entidades públicas por acciones ilícitas de sus subalternos ligadas a su giro ordinario de actividades y cómo el *Compliance (public)* constituiría un instrumento determinante en la defensa procesal del primero. Pongamos por caso un delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales. Aterrizando el *Compliance* a la Administración Pública colombiana, se postulará que los **Planes Anticorrupción y de Atención al Ciudadano** (PAAC) previstos por el Art. 73 de la Ley 1474 de 2011 en conjunto con los **Sistemas de Control Interno** (SCI) prescritos por la Ley 87 de 1993 (incluidas, por supuesto, disposiciones reglamentarias y guías), constituyen un invaluable soporte para la defensa penal frente a imputaciones ligadas con actividades que han sido delegadas.

## PALABRAS CLAVE

Derecho penal preventivo, delitos contra la administración pública, gestión de riesgos penales, *public compliance*, delegación, comisión por omisión, debida diligencia, planes anticorrupción.

## Presentación

En la presente entrega abordaremos el riesgo penal que recae sobre directores de entidades públicas por acciones ilícitas de sus subalternos ligadas a su giro ordinario de actividades y cómo el *Compliance (public)* constituiría un instrumento determinante en la defensa procesal del primero. Pongamos por caso un delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales.

Aterrizando el *Compliance* a la Administración Pública colombiana, se postulará que los **Planes Anticorrupción y de Atención al Ciudadano** (PAAC) previstos por el Art. 73 de la Ley 1474 de 2011 en conjunto con los **Sistemas de Control Interno** (SCI) prescritos por la Ley 87 de 1993 (incluidas, por supuesto, disposiciones reglamentarias y guías), constituyen un invaluable soporte para la defensa penal frente a imputaciones vinculadas con actividades delegadas.

Tomando como ejemplo el resonado caso del Gobernador del Departamento de Antioquia por la presunta determinación de un delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con otro de peculado por apropiación durante el periodo de gobierno 2004 – 2007, una de las preguntas fundamentales que puede plantearse al respecto, son las razones que tuvo el ente acusador para restringir la libertad del mandatario e investigarle por las conductas punibles precitadas.

La respuesta a semejante cuestión, más allá de los reparos que puedan ofrecerse sobre los presupuestos de la medida de aseguramiento -tan cuestionada en su momento-, debe remontarse a los propios fundamentos normativos que permiten atribuir al alto funcionario una presunta conducta ilícita de sus subordinados.

## El origen del riesgo de sanción penal para altos funcionarios: la indebida delegación

Es común que los representantes de una entidad pública sean llamados a responder ante la justicia por una infracción delictiva que, en principio, ha sido realizada en niveles inferiores de la organización. Con independencia de que en casos como el citado el soporte dogmático-jurídico al que acuda el ente acusador para la imputación se ubique bajo los títulos de autoría o de participación (determinador) (Arts. 29 y 30 CP) y de que el modo comisivo se impute bajo la modalidad de acción o de omisión (Art. 25 CP), se admite por la doctrina y la jurisprudencia que tratándose de delitos generados en el seno de entidades públicas, la atribución a sus gestores se sustenta en un acto omisivo anclado a un déficit de vigilancia y control sobre el ejecutor material. Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2006 (Radicado 25536), en donde se aplica la **comisión por omisión** en delitos contra la Administración Pública.

Dejando de lado las infracciones delictivas de comisión activa dolosa (intención), así, un alto funcionario podría ser imputado en aquellos casos en que la ley le atribuye un deber especial de protección de bienes jurídicos y no realiza lo jurídicamente debido para evitar los delitos de sus subordinados. Y ello porque, de acuerdo con el Art. 25 del Código Penal, quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado delictivo y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, podría ser castigado con la pena prevista para el directo autor. Frente a ese deber jurídico impeditivo, no sobra remarcar la obligación que recae sobre los jefes de entidades públicas de adoptar los citados PAAC de acuerdo con el referido Art. 73 de la Ley 1474 de 2011. Igualmente, cabe recordar que según los Arts. 209 y 269 de la Constitución Política de Colombia, el control interno (SCI) es de obligatoria adopción para las entidades públicas.

Sin entrar a debatir si en el caso citado debió endilgarse al alto funcionario las conductas ilícitas en cuestión a título de autoría en su tipología de comisión por omisión (por no controlar a sus subordinados), o bien de partícipe en su modalidad específica de determinador (“autor intelectual” de las presuntas infracciones contractuales), lo cierto es que un gran número de imputaciones frente a altos directivos públicos en casos similares, se amparan en un ejercicio indebido de las facultades de delegación.

Significa ello que a la luz del Código Penal, punitivamente, resulta casi igual la atribución de una acción corrupta de carácter positiva (en términos coloquiales, haberse corrompido a cambio de una coima o beneficio extraposicional similar), que el no haber generado las condiciones organizativas jurídicamente exigibles dirigidas a mitigar la probabilidad de corrupción de sus delegados de riesgo.

No es este, desde luego, el lugar para profundizar en la figura de la omisión (dogmáticamente concebida). Sí debe apuntarse, no obstante, que este instituto penal bebe de las antiquísimas figuras civiles del Derecho de daños, aquí de directivos, fundada en la infracción de los deberes de correcta elección y vigilancia (*in eligendo* e *in vigilando*), esto es, por no seleccionar y vigilar en forma adecuada a aquellos dependientes que por su función encarnan un evidente riesgo legal (penal). Porque en un evento como el analizado, pongamos por caso, si bien los directores de área son los garantes de primera línea del ajuste normativo de los contratos de la organización, el jefe de entidad no se desprende de su posición originaria.



**Selección + Vigilancia  
=  
Debida Diligencia**

En tal sentido, tomando prestados los términos del citado Art. 25 del Código Penal, cuando se delega en una persona o en un equipo de trabajo la gestión de un riesgo tan elevado como el que incorporan los procesos de licitación (cohecho, tráfico de influencias, acuerdos restrictivos de la competencia, etc.), el director de la organización no debe olvidar que sigue siendo de su competencia *“la protección en concreto del bien jurídico protegido”* (la Administración Pública).

Con respecto a esa obligación de proteger bienes jurídicos de interés público radicada en cabeza de los máximos representantes de la entidad pública, cabe anotar que en virtud de la configuración típica del delito de contrato sin lleno de requisitos (Art. 410 del Código Penal), este remite a las normativas propias del estatuto de contratación (Arts. 4,13 y 44 de la Ley 80 de 1993) -incluida su reforma en la Ley 1150 de 2007-. Así mismo, cabe reseñar que el Art. 12 de la Ley 80 de 1993 prevé que *“En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual”*.

Del análisis de esta normativa, se puede predicar que **la simple delegación desprovista de controles** no excluye la responsabilidad penal del delegante. Por lo menos, así lo ha entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la figura en comento.

Adviértase que la responsabilidad penal en el ámbito de la contratación se soporta en una serie de disposiciones dispersas en el ordenamiento. Obsérvese que en los Arts. 50 y siguientes de la Ley 80 de 1993, el Art. 15 de la Ley 1873, además de la figura expansiva del Art. 2 de la Ley 1882 de 2018, fijan condiciones para predicar la responsabilidad penal, teniendo un cariz agresivo que cubre a consultores y asesores externos y a interventores.

Al respecto, la Corte ha considerado que cuando la función de celebrar contratos normativamente radica en un específico servidor público (en el caso analizado, el Gobernador) y no ha sido expresamente delegada en otro, sino qué, como en este caso, sólo ha delegado en un funcionario de menor rango (la junta de licitaciones), el deber de adelantar los trámites previos a la celebración del contrato, se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y, por ende, se haría responsable de que se pueda materializar una conducta prohibida.

Es, pues, la propia normatividad la que exige que la actuación pública esté presidida por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación y la protección de los derechos de la entidad que se preside. Añádase las reglas sobre administración de bienes ajenos (públicos) y los postulados de la ética y de la justicia (Sala de Casación Penal, CSJ, 2004, Rad.



18911). Es esta, además, una postura que encuentra asiento en la misma jurisprudencia, que entiende que la delegación no exime la responsabilidad penal del funcionario, sino que éste debe ejercer un control sobre sus delegados en aras de la protección de la legalidad del procedimiento contractual. No sin razón, conviene reiterar, la misma Carta Política consagra el **control interno** como obligatorio (según sus Arts. 209 y 269).

### Los Planes Anticorrupción y los Sistemas de Control Interno como instrumentos para el control y vigilancia de cargos de riesgo

En este punto cabe preguntar, entonces, ¿cómo podría evitar el representante de una entidad pública ser sancionado por la conducta irregular de sus subordinados? La respuesta que entregaría un importante sector de la doctrina aplicada al Derecho penal corporativo, en la que nos incriminamos, sería la siguiente: adoptando un modelo de cumplimiento.

El instituto del *Compliance*, como se le denomina a estos programas, que surgió en la década de los 70's en Estados Unidos de la mano de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) para controlar precisamente la **corrupción en materia contractual** entre funcionarios públicos y empresarios, se consolida a nivel internacional como un instrumento eficiente para limitar la responsabilidad corporativa y de altos directivos por las

conductas punibles generadas en los distintos niveles jerárquicos de una organización. En materia pública, como se anotó, esta figura podría encontrar correlato en los citados PAAC previstos por el Art. 73 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), como también cabe reiterar, **obligatorios** para todas las entidades públicas de los órdenes nacional, departamental y municipal.

Sin ánimo de exhaustividad, los sistemas de *Compliance* constituyen un poderoso instrumento de defensa procesal, por cuanto incorporan distintos componentes que permiten acreditar no sólo una debida delegación de funciones (selección y vigilancia de los delegados, por ejemplo), sino además un real compromiso con la legalidad: políticas de cumplimiento, análisis de riesgos, debida diligencia, formación, canales de denuncia, auditorías de cumplimiento, investigación interna, sistema disciplinario, etc. Nótese como el citado Art. 73 de la Ley 1474 de 2011 parte de la adecuada definición del “mapa de riesgos de corrupción en la respectiva entidad” y de la adopción de “las medidas concretas para mitigar esos riesgos” (lo que en el fondo comporta un auténtico proceso de evaluación y control de los riesgos de la entidad). Cuestión distinta es que en la práctica los directores de la entidad no se tomen en serio el PAAC. Así les va en el proceso penal.

La estrategia pasa, en definitiva, por un conjunto de figuras afiliadas al buen gobierno corporativo y a la institución de

culturas éticas, que se afirma vinculando a la operación diaria de las entidades un sistema de gestión de riesgos de corrupción y de control interno, tan común en grandes empresas, y que en materia de corrupción podría buscarse mediante la implementación conjunta de normas técnicas como la ISO 19600 (Sistemas de Gestión de Cumplimiento) e ISO 37001 (Sistemas de Gestión Antisoborno).

Tomando como marco normativo general el citado Art. 73 de la Ley 1474 de 2011 y los Arts. 209 y 269 de la Constitución Política, últimos desarrollados mediante la Ley 87 de 1993, se puede ser más específico en los modelos de gestión del riesgo de corrupción y asociados, en donde el Decreto 124 de 2016 anexó a su contenido reglamentario el documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano” de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República (STPR), Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) y el Departamento Nacional de Planeación (DNP) (2015) y la “Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción” de la STPR (2015), que conjuntamente constituyen una metodología para diseñar y realizar el seguimiento a los PAAC.

Frente a los mecanismos de seguimiento, precisamente, el mismo DAFP elaboró en 2015 el Manual Técnico del Modelo Estándar de Control Interno (MECI) como parte integral del Decreto 943/2014, marco que debe entenderse hoy bajo el

Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG) previsto por el Decreto 1083/2015 (Decreto único del Sector Función Pública) y desarrollado en instrumentos como la “Guía para la Administración del Riesgo y el Diseño y Controles en Entidades Públicas” del DAFP (2018), hoy en su versión más reciente (Versión V de 2020). Aunque no serían estas, con todo, las únicas normas a examinar para definir esta *lex artis*.

Una lectura incluso rápida de las precitadas normas-guías técnicas permitiría comprender claramente por qué la implementación de un programa de cumplimiento al interior de una entidad pública por parte de su dirección facilitaría, en buena medida, afrontar con éxito una imputación penal en comisión por omisión. El compromiso decidido y visible de dicho gestor hacia el control del delito (*top level commitment / tone from the top*), precisamente, es uno de los pilares estructurantes del *Compliance*.

Este compromiso decidido de gestionar los riesgos delictivos de la organización, a propósito del mecanismo de **delegación** efectiva, se encuentra estrictamente ligado a la debida **selección y vigilancia** del funcionario que integra las áreas críticas de la organización (como el caso de estudio, el área de infraestructura). Es este el principio de “*due diligence*” que exige cualquier estándar internacional para controlar los riesgos penales encarnados en los puestos o posiciones especialmente expuestas a corrupción.

## Cambio de paradigma en la defensa procesal de los delitos contra la Administración pública

La gestión o dirección de corporaciones públicas y, dicho sea de paso, de organizaciones empresariales, constituye hoy una actividad de alto riesgo legal para quienes las presiden. Más allá de la fundamentación dogmática que pueda realizarse con respecto a la atribución de delitos bajo el instituto de la comisión por omisión en contra de dichos gestores con respecto a la conducta criminal de sus subalternos, lo cierto es que dicha posibilidad (riesgo) cada vez resulta más sólida en la medida en que las leyes y disposiciones regulatorias atribuyen expresamente en cabeza de los representantes de entidades públicas y empresas la obligación de adoptar instrumentos que permitan limitar la posibilidad de materialización de ilícitos.

Ante tal riesgo, quien asista judicialmente hoy a un directivo y a la propia entidad que éste represente, no puede “sentarse” a esperar que se materialice uno de esos delitos tan comunes en las corporaciones para “sacar” al estrado las tradicionales estrategias de defensa procesal esperanzadas en presuntos errores de tipo o de prohibición. La estrategia hoy, con causa en la evidente evolución regulatoria, debe traerse al terreno pre-procesal con el propósito de anticiparse al escenario del proceso jurisdiccional.

No es este el lugar para traer a colación citas de reputados expertos en este campo para evidenciar dicha visión anticipada de la defensa penal de empresarios y funcionarios. Menciónese sí, que se trata ésta de una renovada mirada del Derecho penal corporativo que se viene describiendo bajo las denominaciones de **defensa penal pre-procesal**, **defensa penal anticipada** o, simplemente, **anticipación del riesgo penal**. Añádase que son los sistemas de *Compliance* los que cumplen bajo dicha mirada anticipada, en caso de materialización de los delitos objeto de prevención de dicho sistema, la función de acreditar el compromiso real y efectivo de ese directivo de mantener el riesgo penal dentro de sus límites permitidos.

Ciñéndonos a las imputaciones de directivos bajo la figura de la comisión por omisión, parece claro que si uno de los instrumentos fundamentales de los sistemas de cumplimiento es la debida diligencia de proyección interna (cautelas en los procesos de reclutamiento, selección y vinculación de personal), las usuales excusas defensivas amparadas en la delegación de funciones, tan comunes en las defensas penales de altos funcionarios, comienzan por examinar cómo éstos seleccionaron a ese subordinado que terminó valiéndose de su cargo para cometer un delito (al infractor). No es esto otra cosa, ya en términos dogmáticos, que la verificación de la **selección** debida como requisito estructural de la **delegación efectiva**.



Pero una adecuada delegación de funciones, en particular aquellas que por su naturaleza comportan un evidente riesgo legal (como los procesos de licitación), no termina en la fase de selección de ese delegado de riesgo. A esta etapa le sucede una adecuada actividad de **vigilancia y control**, a fin de limitar las posibles desviaciones de poder que pudiera realizar el subordinado en el marco de su actividad delegada. Es este, como también cabe remarcar, el otro gran requisito estructural de la delegación.

Sentado este segundo presupuesto, se tiene que si además de las cautelas jurídicas que establece la legislación relacionada con las actividades desarrolladas en el marco de la Administración Pública, como por ejemplo las ya mencionadas cautelas de control y vigilancia establecidas en materias como la contratación pública, la misma legislación colombiana prevé instrumentos de control como los PAAC y los SCI, no habría razón de peso para afirmar una adecuada delegación en ese funcionario de rango inferior cuando no se han previsto las cautelas que cualquier guía en cumplimiento contempla para limitar la probabilidad de incumplimientos normativos o la comisión de delitos (auditoría interna, líneas éticas, etc.).

El adecuado diseño, implementación y funcionamiento de un programa de cumplimiento aplicado a la prevención de delitos es, de largo, la estrategia más apropiada que se proyecta en los

sistemas jurídicos para la defensa legal de organizaciones y sus directivos a causa de la comisión de delitos en cualquiera de sus niveles de decisión.

Se trata esta estrategia, pues, de un responsable ejercicio de asistencia legal preventiva amparada en los postulados del Compliance Penal. Pero adviértase que no se trata de una solución jurídica que se salda con la simple asesoría en Cumplimiento (diagnóstico de riesgos penales y postulación conceptual de medidas de control), sino que precisa de la previsión o anticipación de un instrumento de prueba sobre el funcionamiento efectivo del correspondiente programa de cumplimiento. Es de esta forma que, en un caso como el que afronta el actual Gobernador, se hubiera podido enfrentar con éxito cualquier requerimiento judicial fundado en la presunta omisión de control de los riesgos penales que está llamado a prevacer en su condición de garante.






## Colofón

En razón de la importancia que alcanza hoy el *Compliance* en el campo judicial para mitigar el riesgo de sanción de dirigentes y de las mismas organizaciones, una imputación como la que afronta hoy el mandatario de la Gobernación de Antioquia, debe llamar a la reflexión de políticos, profesionales de la Administración Pública y juristas que apoyan interna o externamente la actividad de las entidades en sus órdenes nacional, departamental y municipal, acerca de la importancia que deben darle al PAAC y al SCI (al que están jurídicamente obligadas a implementar).

La misma conclusión vale para aquellas empresas que contratan con la Administración Pública, pues como lo consagra la aludida Circular Externa de la Superintendencia de Sociedades frente a las sanciones que puede imponer a los sujetos vigilados, “(...) *la implementación voluntaria de tales programas por cualquier persona jurídica podrá tener los efectos mencionados en esa norma*”. Lo propio realiza el Art. 34 del Estatuto Anticorrupción frente a función que cumplen los Programas de Transparencia y Ética Empresarial o mecanismos anticorrupción para graduar la exorbitante sanción que podría imponer este organismo supervisor a la empresa en caso de que sus representante legal o administradores hubieran resultado condenados por el delito de cohecho.

En un caso futuro de cualquier alto funcionario o directivo de empresa como el que hoy sufren hoy múltiples jefes de entidades públicas, demostrar con base en sistemas de gestión de cumplimiento su diligencia debida en la gestión de sus organizaciones y la delegación efectiva de funciones en sus subordinados, en buena medida limitaría el hecho de que una autoridad judicial afirme la infracción de su deber posicional, pues tendría suficientes razones para presumir la buena gobernanza del encartado, que de plano no excluye la consabida facultad de delegación. Por el contrario, el hecho de estar expresamente consagrada en la ley este tipo de instrumentos de gestión y no poder acreditar su debida implementación, podría ser interpretado como un indicador de su tolerancia a la mala gestión (o en clave de imputación objetiva, como el aumento de un riesgo jurídicamente permitido) e, incluso, como sucede en el caso del Gobernador, considerarse un claro “determinador”.

El desarrollo de un modelo de **defensa penal preventiva** es justamente el distintivo de C3: la primera firma de ascendencia jurídica en la región que ha desarrollado una metodología de asistencia preventiva en Derecho penal para ámbitos corporativos (Planes preventivos de Derecho Penal Corporativo), articulada a los sistemas de cumplimiento de la corporación y a un esquema de preconstitución de la evidencia operativa de dichos sistemas bajo un enfoque probático (evidencia).

CONSEJOS PRÁCTICOS	
<b>Obligaciones</b> 	La delegación de funciones, por sí misma, no libera al delegante de la responsabilidad por los delitos asociados al desarrollo de esas funciones.
	Todos los jefes de entidad pública de los órdenes nacional, departamental y municipal están obligados a implementar el Plan Anticorrupción (PAAC).
	La adopción de Sistemas de Control Interno en el ámbito de las entidades públicas es una obligación prescrita por la misma Constitución Política.
<b>Delegación</b> 	El directivo que pretende delegar una función de riesgo en un funcionario de rango menor debe asegurarse de realizar un debido proceso de selección.
	El funcionario que delega una función que potencialmente puede facilitar la comisión de hechos ilícitos, debe garantizar la vigilancia de su ejecutor.
	Una indebida delegación puede dar lugar a la atribución al jefe de una entidad pública de los delitos de sus subalternos mediante comisión por omisión.
<b>Soluciones</b> 	Los Planes Anticorrupción (PAAC) y los Sistemas de Control Interno (SCI) constituyen, en conjunto, una vía apropiada para gestión del riesgo penal.
	Los Planes Anticorrupción (PAAC) pueden diseñarse bajo la lógica del Compliance para lograr una mayor eficiencia en la gestión del riesgo penal.
	Un Plan Preventivo de Derecho Penal Corporativo constituye un instrumento esencial para limitar sanciones en el marco de la gestión organizacional.

AUTORES		
<b>Autor:</b>	Jorge Andrés Amézquita T. Oscar Alejandro Castaño L. Jhon Fredy Ríos Agudelo L.	
<b>Email:</b>	info@controlc3.com	
<b>Linkedin:</b>	<a href="https://www.linkedin.com/company/c3-compliance">https://www.linkedin.com/company/c3-compliance</a>	
<b>Registro:</b>	Suscripción gratuita a nuestros trabajos y eventos:	