

# Posición de garante del oficial de cumplimiento: ¿Ficción o realidad?

Juan David León Quiroga<sup>1</sup>

En el desarrollo de la actividad empresarial, han surgido multiplicidad de riesgos e instituciones para tratar de mitigarlos; una de ellas es el denominado oficial de cumplimiento. Nuestra legislación no ha sido muy profusa a la hora de establecer cuáles deben ser los criterios para determinar la posición de garante de esta institución. Debido a esto, surge la necesidad de establecer los deberes correspondientes al oficial de cumplimiento. Es así como, a través de esta columna, se pretenden resolver las dificultades propias que plantea nuestra legislación respecto de la posición de garante del oficial de cumplimiento.

## Sumario:

I. Introducción II. Naturaleza del oficial de cumplimiento III. Posición de garante: ¿formal o material?  
IV. Deberes legales del oficial de cumplimiento V. Reflexión final

## I. Introducción

La determinación del comportamiento debido en sociedad ha sido una materia de constante desarrollo por parte de la dogmática penal, que ha traído innumerables discusiones para establecer su contenido. No ha sido una cuestión exenta de polémica, entender bajo qué circunstancias los

---

<sup>1</sup> Abogado de la firma MPa. Derecho Penal Corporativo, graduado de la Universidad Nuestra Señora Del Rosario con profundización en Derecho Penal y especialista en Derecho Penal en esta universidad; además, Magíster en Derecho Penal y Ciencias penales en la Universidad de Barcelona en convenio con la Universidad Pompeu Fabra.

seres humanos deben responder por la comisión de una conducta punible; mucho menos, cuando se deba extender la responsabilidad por omisión a quien se encuentre en una situación especial que exija su intervención. En aras de determinar la responsabilidad en este último escenario, se ha establecido un concepto denominado “posición de garante” con el cual se pretende identificar la existencia de un conjunto de deberes en cabeza de un determinado individuo, tendientes a proteger un bien jurídico tutelado o a controlar una fuente de riesgo latente<sup>2</sup>.

Nuestra normatividad no ha sido ajena a esta concepción. Es así como en el Artículo 25 del Código Penal, se establece —además de las modalidades de comisión del delito— cuáles son las fuentes de la posición de garante. Estas se relacionan a continuación:

**ARTICULO 25. ACCION Y OMISION.** La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien

jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

**PARAGRAFO.** Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

---

<sup>2</sup> Cfr. MIR PUIG. Derecho Penal: parte general. Editorial Reppertor. 10ª edición. Barcelona. 2016. P. 327.

Dentro de la actividad empresarial, se ha originado una cantidad significativa de deberes en cabeza del empresario, tendientes a garantizar la sujeción al Derecho por parte de la empresa y a velar por que no se supere el umbral de riesgo permitido en el desarrollo de su actuar comercial<sup>3</sup>. Para ello, se han constituido diferentes herramientas tendientes a establecer planes de prevención de conductas irregulares en el seno empresarial y protocolos para reaccionar de manera adecuada ante la materialización de estas. Entre tales figuras, se encuentran los programas de cumplimiento, los cuales incluyen, *per se*, la incorporación de un funcionario denominado, generalmente, *oficial de cumplimiento*.

Atendiendo a la complejidad de las relaciones sociales que entrañan las empresas en el ejercicio de su actividad y a la redacción que el legislador colombiano consideró como viable para la determinación de la posición de garante, se pueden identificar dos grandes interrogantes: ¿En Colombia, existe la posición de garante del oficial de cumplimiento? Y, de ser afirmativa la respuesta ¿Esta posición de garante es de carácter formal o material? En lo que sigue, intentaremos dar respuesta a cada una de las anteriores preguntas.

## II. Naturaleza del oficial de cumplimiento

Las empresas entrañan riesgos de conducta criminal considerablemente altos, por cuanto al interior de ellas se dan dinámicas de grupo que inhiben los factores éticos de los funcionarios que, en un marco individual, impedirían la comisión de conductas irregulares<sup>4</sup>. Si bien es cierto que, concebir la sociedad actual sin las figuras empresariales como intervinientes esenciales del mercado es casi imposible, también, lo es que, no puede someterse a la comunidad a asumir riesgos de manera ilimitada, puesto que resultaría desproporcionado el beneficio obtenido por la colectividad en contraposición al riesgo tolerado por estos durante el desarrollo de la actividad empresarial.

---

<sup>3</sup> Cfr. BERMEJO, Mateo y PALERMO, Omar. La intervención delictiva del *compliance officer*. Citado por KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA, Íñigo (eds). Compliance y teoría del Derecho penal. Editorial Marcial Pons. 1ª edición. Madrid. 2013. P. 174.

<sup>4</sup> Ibid.

De no aceptarse lo anterior, el equilibrio entre el beneficio obtenido por la comunidad y el riesgo generado a la sociedad derivado de la actuación empresarial rompería su balance y perdería razón de ser el umbral de tolerancia contemplado socialmente; conllevando necesariamente a la intervención estatal en aras de disminuir la peligrosidad de las conductas empresariales<sup>5</sup>.

Es con fundamento en lo anterior que, surge el deber, en cabeza del empresario, de neutralizar los riesgos que puedan emanar del desarrollo de la actividad económica; tal deber tiene fundamento en el ejercicio de la libertad por parte de los ciudadanos. Así lo reconoce la Constitución Política<sup>6</sup> al garantizar a todos los ciudadanos la facultad de constituir su empresa bajo los intereses económicos lícitos que deseen y bajo la modalidad que mejor satisfaga sus necesidades; siempre y cuando se cumpla con los deberes propios de esta actividad, fundados principalmente en el control y vigilancia de los riesgos que se puedan derivar del desarrollo de la actividad comercial seleccionada.

Así pues, para cumplir con estos deberes, lo idóneo será establecer mecanismos tendientes a prevenir conductas irregulares dentro de la estructura empresarial, siendo uno de estos el programa de cumplimiento; el cual es un instrumento que —dependiendo de la naturaleza y la capacidad patrimonial de la sociedad<sup>7</sup>— será optativo u obligatorio. Con el objeto de llevar a cabo la debida gestión empresarial, es necesario que el garante originario —es decir, el empresario— delegue determinadas funciones al departamento especial, que las llevará a cabo dependiendo de la fase en la que se realice el encargo. Cabe resaltar que, aún en el ejercicio de la delegación quedan deberes

---

<sup>5</sup> En este sentido: JAKOBS, Günther. Derecho Penal parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. Editorial Marcial Pons. 2ª edición. Madrid. 1991. Traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. P. 244 y ss.

<sup>6</sup> La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 333.

<sup>7</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Básica Jurídica de 22 de julio de 2015. Consultada en [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_circulares/CIRCULAR%20B%C3%81SICA%20JUR%C3%8DDICA.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/CIRCULAR%20B%C3%81SICA%20JUR%C3%8DDICA.pdf).

residuales en cabeza del delegante sobre el delegado consistentes en vigilar y controlar su actuación<sup>8</sup>.

La constitución de un programa de cumplimiento cuenta con varias fases que, a su vez, incluyen un catálogo de deberes específicos para los intervinientes. La primera fase corresponde al diseño del programa de cumplimiento. En esta etapa, se busca lograr “la identificación, control, reporte y evitación de los riesgos implicados en la producción [empresarial]”<sup>9</sup>. La segunda etapa consiste en la implementación del programa de cumplimiento, en la cual se pone en práctica lo realizado en la fase previa mediante la socialización, capacitación y difusión de lo establecido. La última fase es el control interno propiamente dicho, en el cual la función se concreta en vigilar el debido funcionamiento del programa respecto a los funcionarios de la empresa y demás grupos de interés<sup>10</sup>.

En principio, el oficial de cumplimiento asume —mediante delegación— “la vigilancia sobre el correcto cumplimiento del Derecho en las diversas capas de la empresa y la transmisión de las informaciones relevantes al respecto de los órganos de dirección”<sup>11</sup>. Estas obligaciones son susceptibles de variar dependiendo, principalmente, de dos factores: la fase de intervención del oficial de cumplimiento y la capacidad de intervención de este mismo funcionario.

A partir de lo anterior, se puede afirmar que la función del oficial de cumplimiento en la empresa no trasciende más allá de la supervisión de la sujeción por parte de la empresa y sus empleados al Derecho. En principio, los deberes de control y vigilancia que recaen sobre este funcionario no serán idénticos a los ostentados por el empresario, ya que los del primero se limitarán a recopilar

---

<sup>8</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Editorial B de F. Segunda edición. Madrid. 2016. P.193 y ss. De igual forma: BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. Visto en. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA, Íñigo (eds). Compliance y teoría del Derecho penal. Editorial Marcial Pons. 1ª edición. Madrid. 2013. P. 108 y ss.

<sup>9</sup> BERMEJO, Mateo y PALERMO, Omar. Op.Cit., P. 182.

<sup>10</sup> Ibid. P.182 y ss.

<sup>11</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho penal. Visto en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir) y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y *Compliance*: Prevención y reacciones corporativas. Editorial Atelier. 1ª edición. Barcelona. 2013. P. 324.

información y transmitirla a sus superiores para que estos tomen las decisiones pertinentes (deber de investigación y deber de transmisión)<sup>12</sup>.

No obstante, no debe dejarse de lado que existe la posibilidad de ampliar las funciones propias del oficial de cumplimiento en virtud de la relación contractual puesto que el ejercicio de la libertad es la principal fuente de atribución de deberes. En estos casos, los contratos fungirán como elementos de atribución de competencias sobre el rol aquí tratado y, por ende, se ajustará a su espectro de competencia en tanto se extienda su capacidad de intervención en la empresa.

### III. Posición de garante: ¿formal o material?

Antes de poder dar respuesta a las preguntas que motivan esta columna, es necesario definir el concepto de *posición de garante*; el cual, en palabras de MIR, “se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones”<sup>13</sup>. Ante la constatación de alguno de estos dos eventos, se puede sostener que el sujeto se encuentra en una posición especial en relación con el bien jurídico tutelado; lo cual le exige un comportamiento tendiente a evitar la consumación de lesiones o la acepción de riesgos que superen el margen aceptado por la sociedad.

Ante las implicaciones que se derivan de la constitución de esta figura en cabeza de cualquier ciudadano, han surgido múltiples teorías que pretenden dotar de contenido la, ya, mencionada figura. Lo anterior, debido a que —bajo una visión de Estado como la concebida en nuestra Constitución— sería inaceptable imponer obligaciones basadas en el mero arbitrio estatal.

Una de tales teorías, corresponde a la teoría formal de los deberes, la cual parte de la idea de que la existencia de una posición de garante debe estar fundada en las fuentes formales de las

---

<sup>12</sup> Ibidem

<sup>13</sup> MIR PUIG. Op. Cit. P. 327.

obligaciones, como lo es la Ley o el actuar previo<sup>14</sup>. Contrario a esta tesis, se encuentra el concepto de las fuentes funcionales del deber, que parte de la existencia de dos grandes deberes. El primero de tales deberes es el de protección, consistente en la custodia del bien jurídico frente a eventuales ataques que puedan provenir de terceros, y el segundo es el de vigilancia, que se fundamenta en la tutela —ya no del bien jurídico directamente, sino de la fuente de riesgo con el fin de impedir posibles usos indebidos por parte de terceros<sup>15</sup>—.

Nuestra legislación no se encuentra ajena a estas controversias. Podemos encontrar la adopción de un criterio mixto entre los planteamientos formales y funcionales del deber al realizar la lectura del Artículo 25 del Código Penal.

Del primer inciso del artículo referido, se puede extraer la remisión que se realiza por parte del legislador a la Ley y a la Constitución Política como fuentes de la posición de garante. Esto no es más que una atribución otorgada a una fuente formal para el establecimiento de los deberes de los ciudadanos. Por el contrario, una situación diferente se da con los numerales 1 al 4, en los cuales se aprecia la puesta en práctica de la teoría funcional del deber mediante la determinación de ciertos eventos, en los cuales recaerán, sobre los ciudadanos, posiciones de garante, ya no por la determinación en un mandato legal (aunque el mismo esté contemplado en el Código), sino por la creación de relaciones sociales que conllevan una expectativa, ya sea de protección o de vigilancia.

Sobre este aspecto ha sido profusa, la jurisprudencia de las Altas Cortes<sup>16</sup>; la cual ha tenido una posición pacífica en lo que respecta a la concepción de la posición de garante. Claro ejemplo de esto es la Sentencia de la Sala de Casación Penal dentro del radicado No. 35113, que afirma lo siguiente:

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*

<sup>15</sup> BERMEJO, Mateo y PALERMO, Omar. *Op.Cit.*, P. 193.

<sup>16</sup> Se analizaron las siguientes providencias: Sentencia SP5333-2018 de radicado No.50236 del 5 de diciembre de 2018, Sentencia SP1526-2018 de radicado No. 46263 del 9 de mayo de 2018, Sentencia SP1291-2018 de radicado No. 49680 del 25 de abril de 2018, Sentencia SP14547-2016 de radicado No. 46604 del 12 de octubre de 2016, Sentencia SP1038-2018 de radicado No. 49433 del 11 de abril de 2018, Auto AP5145-2015 de radicado No. 46487 del 9 de septiembre de 2015, Sentencia SP7135-2014 de radicado No. 35113 del 5 de junio de 2014, Sentencia de radicado No. 28017 del 14 de noviembre de 2007, Sentencia de radicado No. 25536 del 27 de julio de 2006 y Sentencia SU-1184 de 2001.

A fin de equiparar la causación del resultado y la relación del omitente con el bien jurídico se ha de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar ese resultado, es decir, precisar quién debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia.

En este orden, entendida la posición de garante (*Garantenstellugen*) como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable, el concepto de deber jurídico ha ofrecido dificultades para establecer previamente el sustento normativo que dispone la obligación de actuar, que de cumplirla el sujeto evitará la producción del resultado (garante de la evitación del resultado)<sup>17</sup>.

Así mismo,

Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente<sup>18</sup>.

Visto este panorama del concepto de posición de garante en Colombia, es posible analizar la situación que se presenta al interior de las empresas; en especial, en lo que respecta al oficial de cumplimiento, y dar respuesta a los interrogantes planteados en el acápite previo.

<sup>17</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia SP7135-2014 con radicado No. 35113 del 5 junio de 2014. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Bogotá. 2014.

<sup>18</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia con radicado No. 25536 del 27 de julio de 2006. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Bogotá. 2006.



## IV. Deberes legales del oficial de cumplimiento

Partiendo de la idea de que existe una pluralidad de etapas en la adopción de un programa de cumplimiento al interior de una organización, es fundamental entender que la posición de garante se adecuará a los deberes propios de cada fase. Lo anterior, en el entendido de que no sería exigible que, en una fase incipiente, se genere la expectativa en cabeza del oficial de cumplimiento de controlar riesgos que aún se encuentren en plena identificación o *contrario sensu* no podría ser válido atribuirle responsabilidad a este funcionario por la indebida identificación del riesgo, cuando su participación se limitó a fases temporalmente posteriores —como podrían ser la socialización de los riesgos y a su control—. Es importante recalcar que, en la ejecución de estas fases de cumplimiento, imperará el principio de confianza<sup>19</sup>, siempre y cuando se haya realizado adecuadamente el proceso de selección por parte del empresario o por quien haga sus veces; de lo contrario, la aplicación de este principio no será válida.

Ahora bien, en lo relativo al segundo escenario, relacionado con la capacidad de intervención del oficial de cumplimiento, será indispensable verificar los deberes consagrados en el programa del cumplimiento, en específico, las funciones que, en este, se le atribuyen al oficial de cumplimiento. Generalmente, este oficial no cuenta con una capacidad decisoria que le permita modificar un estado irregular, sino que su intervención se limita a recopilar información y —en el eventual caso de identificar un presunto comportamiento irregular— investigar y transmitir la información pertinente para que los miembros competentes de la empresa tomen las decisiones del caso con fundamento en el conocimiento que el oficial de cumplimiento les haya permitido obtener<sup>20</sup>. Como se resaltaba anteriormente, es posible —aunque no cotidiano— que, dentro de los programas de cumplimiento, se dote de facultades al oficial para adoptar decisiones tendientes a evitar la materialización de una actividad o a reaccionar frente a la comisión de esta. En esta situación, el espectro de deberes del

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ. Op.Cit. P. 207 y ss.

<sup>20</sup> ROBLES PLANAS. Op.Cit. P. 324.

mencionado oficial aumentará de acuerdo con sus funciones, haciéndose necesaria una valoración pormenorizada que permita delimitar la posición de garante.

El escenario en nuestra legislación es complejo, puesto que el Código Penal, referenciado previamente, restringe la posición de garante a los eventos establecidos por medio de la Constitución Política o la Ley para aquellos delitos que afecten bienes jurídicos distintos a la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexual. Si bien en el desarrollo de las funciones de un oficial de cumplimiento pueden existir situaciones que vulneren los bienes jurídicos previamente enunciados, no es lo usual en el ámbito empresarial. Debido a lo anterior, es necesario realizar un análisis de la legislación vigente para poder establecer si existe posición de garante en el rol de oficial de cumplimiento por los demás bienes no listados en el Artículo 25 de nuestro Código.

Tras analizar la legislación vigente se puede concluir que el oficial de cumplimiento sí tiene posición de garante, como mínimo por los bienes jurídicos enunciados en el parágrafo del Artículo 25 del Código Penal (este tema se desarrollará a profundidad en el acápite siguiente). Ahora bien, en lo relativo a los bienes jurídicos restantes, vale la pena analizar los instrumentos internacionales que Colombia ha suscrito y que pueden implicar compromisos en materia de prevención de delitos como el lavado de activos, narcotráfico y corrupción y a partir de los cuales podrían, eventualmente, establecerse deberes para determinados roles sociales.

Atendiendo a un orden cronológico, el primer acercamiento a la generación de deberes especiales que se puede observar mediante las herramientas internacionales se da en la Convención de Viena de 1988, aprobada por el Congreso Nacional mediante la Ley 67 de 1993. En esta, se establecen mecanismos tendientes a combatir el tráfico ilícito de estupefacientes y se sugiere, a los Estados parte, la creación de deberes especiales para las empresas que se dediquen al transporte comercial con el fin de evitar la instrumentalización de las sociedades mercantiles en la comisión de delitos<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> “TRANSPORTISTAS COMERCIALES 1. Las partes adoptarán medidas adecuadas a fin de garantizar que los medios de transporte utilizados por los transportistas comerciales no lo sean para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3; entre esas medidas podrá figurar la concertación de arreglos especiales con los transportistas comerciales. - 15 - 2. Cada una de las Partes exigirá a los transportistas comerciales que tomen precauciones razonables a fin de impedir que sus medios de transporte sean utilizados para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Entre esas precauciones podrán figurar las siguientes: a) Cuando el establecimiento principal del transportista comercial se encuentre en el territorio de dicha Parte: i) La capacitación del personal para descubrir personas o remesas

Estos deberes están encaminados a la debida capacitación del personal y a la eliminación de sesgos que puedan aumentar la posibilidad de intervención en el delito por parte de las empresas.

Bajo esta línea de pensamiento, se encuentra la Convención de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, aprobada mediante la Ley 808 de 2003; de la cual se genera una carga de deberes a las empresas que intervienen en el sector financiero tendientes a controlar y prevenir posibles conductas de lavado de activos<sup>22</sup>. En similar sentido, se expresa esta necesidad en la Convención Interamericana contra el Terrorismo<sup>23</sup>. Así mismo, se encuentra la Convención de Palermo del año 2000, en la cual se reitera la necesidad de que los Estados regulen

---

*sospechosas; ii) El estímulo de la integridad moral del personal. b) Cuando el transportista comercial desarrolle actividades en el territorio de dicha Parte: i) La presentación por adelantado, cuando sea posible, de los manifiestos de carga; ii) La utilización en los contenedores de sellos inviolables y verificables individualmente; iii) La denuncia a las autoridades competentes, en la primera ocasión, de cualquier circunstancia sospechosa que pueda estar relacionada con la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. 3. Cada una de las Partes procurará garantizar que los transportistas comerciales y las autoridades competentes de los lugares de entrada y salida, y demás zonas de control aduanero, cooperen a fin de impedir el acceso no autorizado a los medios de transporte y a la carga, así como en la aplicación de las medidas de seguridad adecuadas.”*

<sup>22</sup> “Artículo 18 1. Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos enunciados en el artículo 2, tomando todas las medidas practicables, entre otras, adaptando, de ser necesario, su legislación nacional para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de esos delitos tanto dentro como fuera de ellos, incluidas: a) Medidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas y organizaciones que promuevan, instiguen, organicen o cometan a sabiendas los delitos enunciados en el artículo 2; b) Medidas que exijan que las instituciones financieras y otras profesiones que intervengan en las transacciones financieras utilicen las medidas más eficientes de que dispongan para la identificación de sus clientes habituales u ocasionales, así como de los clientes en cuyo interés se abran cuentas, y presten atención especial a transacciones inusuales o sospechosas y reporten transacciones que se sospeche provengan de una actividad delictiva. A tales efectos, los Estados Partes considerarán: i) Adoptar reglamentaciones que prohíban la apertura de cuentas cuyos titulares o beneficiarios no estén ni puedan ser identificados, así como medidas para velar por que esas instituciones verifiquen la identidad de los titulares reales de esas transacciones; ii) Con respecto a la identificación de personas jurídicas, exigir a las instituciones financieras que, cuando sea necesario, adopten medidas para verificar la existencia jurídica y la estructura del cliente mediante la obtención, de un registro público, del cliente o de ambos, de prueba de la constitución de la sociedad, incluida información sobre el nombre del cliente, su forma jurídica, su domicilio, sus directores y las disposiciones relativas a la facultad de la persona jurídica para contraer obligaciones; iii) Adoptar reglamentaciones que impongan a las instituciones financieras la obligación de reportar con prontitud a las autoridades competentes toda transacción compleja, de magnitud inusual y todas las pautas inusuales de transacciones que no tengan, al parecer, una finalidad económica u obviamente lícita, sin temor de asumir responsabilidad penal o civil por quebrantar alguna restricción en materia de divulgación de información, si reportan sus sospechas de buena fe; iv) Exigir a las instituciones financieras que conserven, por lo menos durante cinco años, todos los documentos necesarios sobre las transacciones efectuadas, tanto nacionales como internacionales”.

<sup>23</sup> “1. Cada Estado Parte, en la medida en que no lo haya hecho, deberá establecer un régimen jurídico y administrativo para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo y para lograr una cooperación internacional efectiva al respecto, la cual deberá incluir: a. Un amplio régimen interno normativo y de supervisión para los bancos, otras instituciones financieras y otras entidades consideradas particularmente susceptibles de ser utilizadas para financiar actividades terroristas. Este régimen destacará los requisitos relativos a la identificación del cliente, conservación de registros y comunicación de transacciones sospechosas o inusuales.”

y supervisen la actividad bancaria y financiera con el propósito de mitigar los riesgos de blanqueo de capitales<sup>24</sup>.

De manera extensiva, se plasmó, en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, el deber, en cabeza de los Estados parte de crear normas y procedimientos que propendan por la legalidad de las empresas y personas jurídicas dentro de su territorio, sin importar la actividad comercial a lo que se dediquen<sup>25</sup>.

Atendiendo al marco internacional expuesto, nuestro órgano legislador ha adoptado, dentro del ordenamiento jurídico, los compromisos adquiridos con la suscripción de los instrumentos internacionales; creando deberes para las personas, tanto jurídicas como naturales, para prevenir las conductas delictivas en el desarrollo de su actividad comercial. Para ello, el legislador ha conferido facultad regulatoria a los entes administrativos con los que cuenta. Como se evidencia en la Ley 1778 de 2016, en su Artículo 23, se remite la competencia a la Superintendencia de Sociedades, para que sea esta institución la que establezca los criterios y parámetros que van a regir a las sociedades en materia de prevención de conductas delictivas y ética empresarial. Como consecuencia de esta remisión expresa y de la facultad otorgada por el legislador al ente administrativo, la Superintendencia de Sociedades expidió la Circular Externa No. 100-000003 del 22 de julio de 2015; documento en el cual se encuentran las funciones y competencias del oficial de cumplimiento. A continuación, se relacionan tales funciones.

---

<sup>24</sup> “Artículo 7. Medidas para combatir el blanqueo de dinero 1. Cada Estado Parte: a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas(...).”

<sup>25</sup> “Artículo 12. Sector privado (...) 2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en: a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes; b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado; c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas; d) Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales (...).”

#### **4. Sistema de autocontrol y gestión del riesgo LA/FT – SAGRLAFT**

(...)

##### **B. Etapas del Sistema**

(...)

Además de las funciones particulares que se le asignen al Oficial de Cumplimiento en el Sistema, este funcionario tendrá las siguientes atribuciones generales:

- I. Velar por el efectivo, eficiente y oportuno funcionamiento del Sistema.
- II. Promover la adopción de correctivos y actualizaciones al Sistema.
- III. Coordinar el desarrollo de programas internos de capacitación.
- IV. Evaluar los informes presentados por la auditoría interna o quien ejecute funciones similares o haga sus veces y los informes que presente el revisor fiscal y adoptar las medidas del caso frente a las deficiencias informadas.
- V. Certificar ante la Superintendencia de Sociedades el cumplimiento de lo previsto en el presente Capítulo X, según lo requiera esta entidad de supervisión.
- VI. Velar por el adecuado archivo de los soportes documentales y demás información relativa a la gestión y prevención del Riesgo de LNFT.
- VII. Diseñar las metodologías de segmentación, identificación, medición y control del Riesgo de LAIFT que formarán parte del Sistema.
- VIII. Realizar el reporte de las Operaciones Sospechosas a la UIAF y cualquier otro reporte o informe, en los términos de este Capítulo X<sup>26</sup>.

Es importante resaltar que, esta circular permite que los particulares añadan deberes a las anteriores obligaciones, de acuerdo con la necesidad propia de cada actividad comercial; siendo esta una medida tendiente a mejorar los criterios de transparencia de acuerdo con los campos económicos en los que se desempeña la empresa. Lo anterior, a su vez, conlleva la posibilidad de extender las funciones del oficial de cumplimiento hasta donde las organizaciones lo consideren necesario, de

---

<sup>26</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Básica Jurídica de 22 de julio de 2015. Consultada en [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_circulares/CIRCULAR%20B%C3%81SICA%20JUR%C3%8DDICA.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/CIRCULAR%20B%C3%81SICA%20JUR%C3%8DDICA.pdf). P. 143.

acuerdo con su estructura corporativa y teniendo en cuenta el análisis de su programa de cumplimiento.

Hecho este recuento normativo, es posible afirmar que, desde los instrumentos internacionales, se ha venido exhortando a los Estados para que configuren obligaciones, en cabeza de los empresarios, tendientes a la prevención de conductas delictivas en el seno empresarial y de la instrumentalización de las actividades en beneficio de delitos o actividades ilícitas. Esta situación ha sido acogida por el legislador y ha desembocado en la descripción expresa de los deberes que recaen ya no solo en el rol del empresario, sino en el del oficial de cumplimiento. Tales deberes no son taxativos, sino que el texto normativo permite la libertad —plasmada mediante relaciones contractuales— para expandir el abanico de deberes, siendo esta una fuente de posición de garante bajo la óptica del Artículo 25 del Código Penal.

## V. Reflexión final

Antes de plasmar nuestras conclusiones frente a la posición de garante del oficial de cumplimiento, queremos dejar claro que la determinación de los deberes no implica de manera alguna la atribución automática de responsabilidad penal por la comisión de un delito en la empresa. Lo anterior, porque solo se fija una expectativa social que recae sobre el rol del empleado; mientras que, para la atribución de responsabilidad se requerirá —en primera medida— el quebrantamiento del deber, la causación o puesta en peligro injustificada de un bien jurídico tutelado, la imputación subjetiva del mismo al funcionario y la culpabilidad.

Hecha esta importante salvedad, podemos continuar con nuestras consideraciones a las preguntas aquí esgrimidas. Partiendo de la existencia de la posición de garante del oficial de cumplimiento, es evidente que el legislador le ha conferido la facultad a la Superintendencia de Sociedades para establecer la regulación aplicable a las funciones del oficial de cumplimiento. Estos deberes —como se pudo ver en la Circular Externa No. 100- 000003— surgen principalmente en las fases finales del programa de cumplimiento, correspondientes a la puesta en práctica y control del programa de cumplimiento.

Por otro lado, cobra mayor dificultad la aplicación de las fuentes materiales para la legitimación de la fuente de posición de garante; ello, en el entendido de que los bienes jurídicos que se tutelan bajo el parágrafo del Artículo 25 del Código Penal no son comúnmente puestos en peligro de manera reprochable en las conductas empresariales, lo que genera una inaplicabilidad de estos escenarios para la empresa.

En este escenario, es donde surge nuestra primera crítica a la concepción actual de la posición de garante, ya que, de acuerdo con el texto del Artículo 25, se parte de una idea que —en nuestro criterio— no es adecuada. Tal y como lo han ido reconociendo la Corte Constitucional<sup>27</sup> y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>28</sup>, la diferenciación entre la acción y omisión viene a ser una cuestión de mínima relevancia; lo esencial para determinar la responsabilidad penal es la existencia de un deber y el quebranto de este en un caso concreto. Con ello, la posición de garante no es un asunto de exclusiva valoración en la comisión del delito omisivo, sino que, de igual manera, es objeto de estudio en las conductas activas.

Lo anterior implica necesariamente que lo esencial del reproche penal sea la estructuración de unas expectativas de comportamiento; las cuales no son pétreas como lo pretende hacer valer el legislador en su Artículo 25 ni tampoco están limitadas a determinados bienes jurídicos, sino que obedecen al dinamismo propio de las relaciones sociales. Entonces, si no se quiere realizar una modificación de gran entidad al artículo citado, se requiere la implementación dinámica de las fuentes de posición de garante que se encuentran en los numerales 1 al 4, para que puedan atender las realidades sociales que implican la posición de garante del oficial de cumplimiento.

Ahora bien, de *lege data* y aplicando los cambios menos drásticos aquí esgrimidos, podría afirmarse que el oficial de cumplimiento se encuentra contemplado en los numerales 1 y 3. Del primer numeral, puede afirmarse su existencia toda vez que —con fundamento en una relación contractual— el

<sup>27</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá. 2001.

<sup>28</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1526-2018 con radicado No. 46263 de 9 de mayo de 2018. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá. 2018.

ciudadano asume parcialmente las funciones de control y vigilancia por medio de la delegación, cuyo origen es el empresario. Con ello, se podría fundar la asunción voluntaria del riesgo de manera positiva.

Ahora bien, para el numeral 3 —tal como se ha venido estableciendo en la doctrina—, la empresa es una fuente de riesgos que, aun siendo socialmente tolerados, tienen un potencial lesivo con respecto a los bienes jurídicos. Debido a lo anterior, al vincularse un ciudadano al cargo de oficial de cumplimiento, acepta de manera voluntaria —junto con el empresario y en las proporciones que sus funciones le permiten— la asunción y el control del riesgo.

En conclusión, lo primero que se debe afirmar es que nuestra legislación determina la posición de garante mediante criterios rígidos que no atienden a las necesidades propias de una sociedad del riesgo como la actual, puesto que el dinamismo propio de las actividades económicas hace que los bienes jurídicos se encuentren en constantes riesgos que, si bien, son tolerados, deben ser vigilados por quienes cuentan con la capacidad de hacerlo. Lo anterior expresa la necesidad de eliminar, al menos, la limitación que contiene el Artículo 25 del Código Penal con respecto a la aplicación de la tesis funcional de la posición de garante, únicamente, a los bienes jurídicos personalísimos, con el objeto de hacerla extensible a todos los bienes jurídicos tutelados penalmente.

Ahora bien, en un análisis de *lege data*, la posición de garante del oficial de cumplimiento encuentra su fundamento, tanto material como formal, en los siguientes aspectos. En lo que atañe a los bienes jurídicos personalísimos, el oficial de cumplimiento será garante en virtud de los numerales 1 y 3 del Artículo 25 del Código Penal con fundamento en la asunción voluntaria del riesgo mediante una relación contractual. Lo anterior se podrá evidenciar en los escenarios de protección a los trabajadores, en los cuales se pretende proteger la vida e integridad de estos.<sup>29</sup> Situación diferente sucede con los demás bienes jurídicos, para los cuales debe acudir a las fuentes formales como el mandato legal o constitucional que establezca la posición de garantía, situación que —como se

---

<sup>29</sup> Un ejemplo de esta situación sucede en las empresas cuyo objeto contractual consiste en la realización de obras civiles. Supongamos que, en una compañía de este tipo, los empleados denuncian ante el oficial de cumplimiento la falta de dotación de seguridad para la realización de sus actividades. El oficial de cumplimiento omite transmisión de la información a la junta directiva y, en un accidente posterior, ocurre el deceso de un trabajador; el cual habría sido evitado de contar con los mecanismos de seguridad idóneos previamente demandados.



evidenció previamente— existe en nuestro sistema jurídico. Así pues, los deberes se encuentran establecidos —por expresa remisión del legislador— en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades. Este documento consagra unos deberes expuestos —pero no taxativos—, ya que habilita a los empresarios para ampliar el catálogo de deberes al oficial de cumplimiento de acuerdo con sus necesidades comerciales, sin que esto implique dejar de acudir a la fuente formal como sustento de la posición de garante.

## Bibliografía

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: parte general. Editorial Reppertor. 10ª edición. Barcelona. 2016.

BERMEJO, Mateo y PALERMO, Omar. La intervención delictiva del *compliance officer*. Visto en. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA, Íñigo (eds). Compliance y teoría del Derecho penal. Editorial Marcial Pons. 1ª edición. Madrid. 2013.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. Editorial Marcial Pons. 2ª edición. Madrid. 1991. Traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Básica Jurídica de 22 de julio de 2015. Consultada en [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_circulares/CIRCULAR%20B%C3%81SICA%20JUR%C3%8DDICA.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/CIRCULAR%20B%C3%81SICA%20JUR%C3%8DDICA.pdf).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Editorial B de F. Segunda edición. Madrid. 2016.

BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. Visto en. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA, Íñigo (eds.). Compliance y teoría del Derecho penal. Editorial Marcial Pons. 1ª edición. Madrid. 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho penal. Visto en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir) y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y *Compliance*: Prevención y reacciones corporativas. Editorial Atelier. 1ª edición. Barcelona. 2013.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia SP5333-2018 de radicado No.50236 del 5 de diciembre de 2018. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Bogotá. 2018.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia SP1526-2018 de radicado No. 46263 del 9 de mayo de 2018. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá. 2018.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia SP1291-2018 de radicado No. 49680 del 25 de abril de 2018. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá. 2018.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia SP14547-2016 de radicado No. 46604 del 12 de octubre de 2016. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Bogotá. 2016.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia SP1038-2018 de radicado No. 49433 del 11 de abril de 2018. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. Bogotá. 2018.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto AP5145-2015 de radicado No. 46487 del 9 de septiembre de 2015. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Bogotá. 2015.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia SP7135-2014 de radicado No. 35113 del 5 de junio de 2014. M.P. Eugenio Fernández Carlier. 2015.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de radicado No. 28017 del 14 de noviembre de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. 2007.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de radicado No. 25536 del 27 de julio de 2006. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. 2006.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU – 1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. 2001.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 67 de 1993 de 23 de agosto de 1993. Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988. Publicado en el Diario Oficial No.41.003, de 24 de agosto de 1993. Bogotá.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 808 de 2003 de 27 de mayo de 2003. Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Publicado en el Diario Oficial No.45.201, de 28 de mayo de 2003. Bogotá.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 800 de 2003 de 13 de marzo de 2003. Por medio de la cual se aprueban la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional" y el "Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional", adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince (15) de noviembre de dos mil (2000). Publicado en el Diario Oficial No.45.131, de 18 de marzo de 2003. Bogotá.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 970 de 2005 de 15 de julio de 2005. Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003. Publicado en el Diario Oficial No.45.970, de 15 de julio de 2005. Bogotá.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1778 de 2016 de 2 de febrero de 2016. Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. Publicado en el Diario Oficial No.49.774, de 2 de febrero de 2016. Bogotá.