

SARAH MILKES SANCHEZ

**“LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO O *COMPLIANCE PROGRAM* EN
COLOMBIA: ¿*UNA AMENAZA PARA LA PLENA GARANTÍA DE LOS
DERECHOS CONSTITUCIONALES?*”**

(Tesis de Grado)

Bogotá D.C., Colombia

2018

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
TESIS DE GRADO

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestroza Rey**

**Director Departamento
Derecho Constitucional:** **Dra. Magdalena Correa Henao**

Director de Tesis: **Dr. Iván Otero Suárez**

Presidente de Tesis: **Dr. Camilo Valenzuela**

Examinadores: **Dr. Julián Tole**
Dr. Edgar Solano

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	VI
CAPÍTULO I: CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COLOMBIANA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA BAJO LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	1
INTRODUCCIÓN	2
1. LIBERTAD ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	5
1.1 Conceptualización de la categoría de Constitución económica	9
1.2 Contenido y naturaleza constitucional del derecho de libertad económica	12
1.2.1 Contenido	12
1.2.2 Naturaleza	14
1.2.3 Manifestaciones del derecho a la libertad económica.....	17
1.2.3.1 Libertad de empresa	17
1.2.3.2 Libertad de competencia	19
1.3 Concepto constitucional de empresa.....	19
1.3.1 La empresa como titular del derecho de libertad económica.....	19
1.3.2 La empresa como garante de protección de derechos fundamentales.....	22
2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES BAJO LA ÓPTICA DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO	25
2.1 Función social de la empresa	25
2.2 Interés social de la empresa y la importancia de grupos de interés o stakeholders	27
2.2.1 Interés social empresarial.....	27
2.2.2 Los stakeholders como grupos de interés constitucionalmente protegidos	28
2.3 Buen gobierno empresarial o corporativo	29
2.4 Responsabilidad social empresarial	31

CAPÍTULO II: CAPITULO: LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA	33
INTRODUCCIÓN	34
1. DEFINICIONES DOCTRINALES DE LA CATEGORÍA DE COMPLIANCE...	41
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL COMPLIANCE	49
3. NATURALEZA JURÍDICA	52
4. CARACTERÍSTICAS DE LA ESTRUCTURA ADOPTADA EN LAS EMPRESAS CON LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO	57
4.1 Figura del oficial de cumplimiento o <i>compliance officer</i>	59
5. CONSTRUCCIÓN DE UNA DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPLIANCE	63
6. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE COMPLIANCE EN COLOMBIA Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES	65
CAPITULO III: PROBLEMÁTICAS INTERNAS Y EXTERNAS DE LAS EMPRESAS EN EL MARCO DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES	71
INTRODUCCIÓN	72
1. PROBLEMÁTICAS CON RELACIÓN A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES INDIVIDUALES EN LAS RELACIONES INTRA-EMPRESARIALES O AL INTERIOR DE LAS EMPRESAS	77
1.1 Afectación al derecho al debido proceso	78
1.2 Violación al derecho de Habeas Data o Tratamiento de datos personales y derecho a la intimidad	82
2. PROBLEMÁTICAS CON RELACIÓN A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES COLECTIVOS EN LAS RELACIONES EXTRA-EMPRESARIALES Y CON LOS GRUPOS DE INTERÉS O “ <i>STAKEHOLDERS</i> ”	90
2.1 Análisis del medio ambiente y relaciones de consumo como derechos colectivos con relación a la actividad empresarial	93

2.1.1 Derechos medioambientales.....	93
2.1.2 Derecho a la protección de las relaciones de consumo	97
3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y DEMÁS DERECHOS	101
3.1 Extrajudiciales.....	102
3.1.1 En relación con los canales de denuncias o “ <i>Whistleblowing</i> ”	102
3.2 Judiciales	106
3.2.1 Acción de tutela.....	107
3.2.2 Acciones colectivas	110
CONCLUSIONES	114
BIBLIOGRAFÍA	120

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha dicho acerca de los objetivos que deben ser alcanzados en el mundo empresarial, por un lado se encuentra una arista en donde las grandes corporaciones y multinacionales requieren exclusivamente de empleados profesionales u “hombres de negocios”¹ que tengan conocimiento en un tema específico y se alcance el mayor grado de utilidades económicas para la empresa a como dé lugar, aunque sus comportamientos compartan frontera con la ilegalidad. Por el otro, se encuentra la inhóspita y poco adoptada visión que establece una sinergia entre la ética y las relaciones negociales y donde el fin no justifica de ninguna forma los medios empleados. Esto supone la presencia de una crisis ética y moral en el sector empresarial que requiere la asunción de medidas dirigidas a establecer modelos de conducta que se fundamenten, no en valores estrictamente subjetivos, sino parámetros objetivizados dentro del ordenamiento jurídico.

Esta situación de crisis se encuentra reflejada en el llamado caso “Odebrecht” en donde el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (EE.UU) hizo pública la investigación a esta multinacional brasileña por la realización de sobornos transnacionales a funcionarios, partidos políticos y grandes empresarios de más de doce países en América Latina, entre ellos Colombia, y financiación de campañas electorales con el fin de obtener beneficios en los procesos de contrataciones y licitaciones públicas del sector de infraestructura por más de quince años. El presente caso de corrupción a grandes escalas, devela que la *empresa* es utilizada como instrumento de violación de la normatividad legal y constitucional la cual pone de manifiesto la

¹ Se toma la acepción de “*hombres de negocios*” del sociólogo SUTHERLAND, E. (1939) en su obra “*White Collar Crime*” referida a la descripción del prototipo de sujeto que se encuentra envuelto en el mundo empresarial y se vale de su posición y condiciones económicas para delinquir e infringir la ley. Vale la pena aclarar que no se trata de una restricción hacia el género femenino, el cual se incorpora hoy en día con mayor velocidad y aportes sustanciales en el sector empresarial.

decadencia del sector con el fin de obtener exclusivamente beneficios personales de los accionistas o empresarios en perjuicio del interés y bienestar general.

Igualmente, revivió las discusiones en torno a la necesidad de ajustar los comportamientos de las organizaciones empresariales a la legalidad y a la ética con el fin de recuperar la confianza y legitimidad de los gobiernos como de la sociedad y lograr su reposicionamiento en el mercado. Así lo manifestó el vicepresidente de Cumplimiento Normativo de la presente multinacional, Michael Munro, al poner en evidencia el plan estratégico de mejoras en los controles internos de las organizaciones, canales de comunicación intra y extra empresariales, concertación de normas eficaces anticorrupción, seguridad y satisfacción de la sociedad². Estas medidas hacen referencia a los novedosos programas de *compliance* o cumplimiento normativo al interior de las empresas que permiten aunar la legalidad con la arista de lo ético y se encuentran dentro de una creciente tendencia sobre su implementación en el sector empresarial.

El cumplimiento normativo hace parte hoy en día de la trayectoria empresarial de una organización, ello en razón a los estándares internacionales y nacionales a los que debe estar sujeta su actividad. Dicho cumplimiento si bien pareciese que se trata solo de garantizar que el comportamiento empresarial este acorde a las obligaciones que impone la normativa vigente que regula un sector específico, se trata de una verdadera herramienta para imprimir un componente ético en los negocios en la medida que cada vez son más las empresas que encuentran múltiples beneficios de adoptar programas de cumplimiento.

En otras palabras, los *compliance program* son instrumentos de *auto-regulación* de las empresas, con el objetivo de incorporar a sus estructuras organizativas programas

² Al respecto ver noticias de prensa relacionada con el escándalo Odebrecht y su deseo de incorporar programas de cumplimiento como estrategias posteriores a la aceptación de cargos y acuerdos con la justicia por las infracciones a la ley cometidas (<http://www.worldcomplianceassociation.com/1789/noticia-entrevistamos-a-michael-munro-chief-compliance-officer-mundial-de-odebrecht.html>)

preventivos que aseguren el cumplimiento de la ley como de la Constitución, e incluso se trata de herramientas de control y mitigación de riesgos de infracción o vulneración a normas jurídicas y extrajurídicas. En esa medida, las empresas crean fórmulas o estrategias encaminadas a regular las posibles contingencias en un estadio previo a la imposición sancionatoria o consecuencias jurídicas que ha creado el ordenamiento respecto de alguna situación en concreto con miras a obtener algún tipo de beneficio, como se verá más adelante.

De igual forma, se parte sobre la idea que estos *programas de cumplimiento* son la materialización por parte del empresario del ejercicio de la libertad de empresa o de la libre iniciativa privada, entendida ésta como una de las manifestaciones del *derecho a la libertad económica*, derecho que se encuentra consagrado en lo que actualmente ha recibido el nombre de “Constitución Económica”. A su vez, esta categoría ha recibido un tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional como *principio* y *derecho* subjetivo, el primero en tanto la libertad económica constituye una directriz y guía de interpretación de las disposiciones que regulan las actividades de los particulares en una economía de mercado y permite que sus instituciones dirijan su actividad de acuerdo con los fines y el postulado de intervención del Estado social de Derecho. Por otro lado, funge como derecho en cabeza del empresario el cual se vale de dicha protección para realizar actividades de tipo económico y organizar sus recursos para la consecución de distintos objetivos, entre ellos, su incremento patrimonial.

Ahora bien, partiendo de su consideración como *derecho subjetivo*, su ejercicio se encuentra condicionado al respeto de principios estructurantes del Estado social de Derecho, como es el principio de dignidad humana y el principio de solidaridad, en la medida que el modelo económico y social actual no puede prescindir de los avances y triunfos históricos en materia de derechos y garantías que han permitido expandir los límites del direccionamiento y consecución de objetivos al interior de las empresas. Esto supone el cumplimiento de responsabilidades con el fin que la actividad

empresarial cumpla con el mandato constitucional relacionado con su función social y prevalencia del interés general.

Por esa razón, se habla que la empresa actualmente es garante de la protección de derechos constitucionales, entendidos estos como intereses y libertades, de carácter individual y colectivo, que se encuentran positivizados en el ordenamiento jurídico - específicamente en una norma fundamental-, gozan de un estatus jurídico especial y por ende, son posibles de proteger a través de distintas herramientas dadas por el mismo ordenamiento. De allí, que deba proteger los intereses de quienes hacen parte de la organización empresarial como de todos aquellos que pueden verse afectados en las relaciones de la empresa con su entorno.

Ahora bien, la amenaza de afectación o vulneración de derechos constitucionalmente protegidos supone la lesión inminente o ya materializada sobre un bien jurídico que es protegido por el ordenamiento constitucional. Por esa razón, se entiende que la vulneración no abarca únicamente la materialización de una acción contraria a la protección de un derecho subjetivo, sea este individual o colectivo, en su contenido esencial o núcleo duro sino la inminencia de una lesión en todos los elementos que hacen parte de él. Lo anterior implica distintos grados de afectación siguiendo a Robert Alexy³, que va desde la simple amenaza como la materialización de ella. No obstante, este tema sobrepasa el objeto de estudio del presente trabajo, más no significa que no pueda ser abordado en próximas investigaciones.

Por lo tanto, la protección y garantía plena que debe brindar el ordenamiento frente la afectación o vulneración de derechos constitucionales por parte de las empresas, requiere no solo la prevención a través de un programa de cumplimiento sino, una vez materializada la amenaza de afectación, existan acciones judiciales y extrajudiciales que permitan cesar su vulneración o reparar los daños en caso de que sea necesario.

³ ALEXY. Robert (2004) (p.60). *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid.

De conformidad con las precisiones hechas, la contextualización del tema objeto de estudio y su relación con distintas categorías, el presente trabajo de investigación tiene por objetivo responder a la siguiente pregunta: *¿En qué medida la adopción de programas de cumplimiento por parte de las empresas privadas, en virtud de su derecho a la libertad de empresa, puede constituir una amenaza a la plena garantía de los derechos constitucionales en Colombia?*

De allí, que se pretenda dilucidar el contenido y alcance de las categorías del derecho a la libertad económica en su manifestación de libertad de empresa y programas de cumplimiento en la medida que el sector empresarial se enfrenta a un total desconocimiento sobre el tema y una incipiente incorporación y ausencia de disposiciones sobre los programas de cumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, que permitan su total y correcta aprehensión.

Siendo así, es posible avizorar la afectación y/o vulneración a derechos constitucionales individuales y colectivos en escenarios en donde las empresas en su poco conocimiento en el tema no fijan su ejercicio a los límites constitucionales de prevalencia del interés general y la función social de la empresa las cuales se encuentran materializadas en prácticas de buen gobierno y políticas de responsabilidad social de la empresa. Igualmente, se cree que la ausencia de regulación y disposiciones sobre los programas de cumplimiento, incrementará la amenaza o vulneración de derechos constitucionalmente protegidos por parte de las empresas en el ejercicio de su derecho a la libertad económica.

Bajo este contexto, se anticipa que es necesaria y urgente la tarea del legislador dirigida a decantar la naturaleza, alcance y límites constitucionales que deberían tener los programas de cumplimiento para evitar futuras afectaciones y/o vulneraciones a derechos involucrados en la actividad empresarial.

Por lo tanto, para lograr el objetivo propuesto en el presente trabajo de investigación, su contenido se dividirá en tres capítulos a desarrollar de la siguiente manera: el primer capítulo denominado “Constitución económica colombiana y la libertad de empresa bajo los postulados del Estado social de derecho” tiene por objetivo presentar al lector el marco jurídico fundamental que protege el derecho a la libertad de empresa el cual resulta necesario para el desarrollo de actividades por parte del empresario. Así mismo, se abordará los principios constitucionales bajo la óptica de un Estado Social, como es la función social de la empresa, prevalencia del interés general en la actividad empresarial, la adopción de prácticas de buen gobierno y políticas de responsabilidad social; los cuales limitan el ejercicio de la actividad económica en aras de salvaguardar intereses del empresario como del colectivo. Sobre este último, en el sector empresarial se ha acuñado la categoría de “*stakeholders*”, entendiendo estos como todos los actores y grupos sociales externos a la organización empresarial, que tienen un tipo de interés, sea directo o indirecto, en el desempeño y buen funcionamiento de la empresa.

Del presente capítulo se desprende la idea principal referente a la existencia de un ordenamiento jurídico protector de la libertad de empresa acompaña de una idea de “*Welfare Mix*”⁴, en donde la idea de Estado de Bienestar producto de la modernidad que concibe al aparato estatal como garante exclusivo de las condiciones sociales de los ciudadanos no corresponde con las exigencias sociales, políticas y económicas actuales, sino se aboga por la incorporación de una noción postmoderna de sociedad, en donde es ella misma la que crea su bienestar (*well-being*) como función particular del sistema a través de la participación de distintos interlocutores, entre ellos la empresa. Bajo esta línea, es posible entender que la empresa como sujeto de derechos, tiene a su cargo la creación de instrumentos de autorregulación que generen

⁴ Esta acepción tiene como punto de partida la crisis del modelo benefactor del Estado y el direccionamiento de políticas sociales exclusivamente a su cargo. Esta situación lleva a que se incorporen a la escena más actores sociales, entre ellos las “empresas o entidades del sector privado” con el fin de redistribuir el poder y las iniciativas entre un mayor número de interlocutores que permitan brindar soluciones a las problemáticas que no son susceptibles de satisfacer por el aparato estatal. Al respecto ver: BANKS, S. (1995). “Ethics and Values in Social Work”, London, Macmillan; COHEN, J. & ROGERS, J. (1993). “Associative Democracy” en P. Barhan y J. Roemer (eds.), Market Socialism, New York, Oxford University Press.

condiciones óptimas no sólo a su interés empresarial particular sino a la sociedad en general; de allí que exista la necesidad de una urgente aprehensión de principios constitucionales que limiten el derecho a la libertad de empresa y sirvan a la configuración de instrumentos que prevengan o mitiguen la amenaza o vulneración de derechos.

El segundo capítulo titulado “Los programas de cumplimiento normativo como manifestación del derecho a la libertad de empresa” tiene por objetivo brindar al lector una aproximación a la conceptualización de los programas de cumplimiento, su naturaleza, antecedentes históricos, características necesarias para su implementación y el estado del arte en el ordenamiento jurídico colombiano para develar la ausencia de regulación y tratamiento legal como jurisprudencial. De igual manera, incluye un aspecto propositivo relacionado con una definición constitucional que permita denotar sus elementos y fines dentro del sector empresarial ajustado a la realidad y contexto colombiano.

Sobre el tema, se precisa que los programas de cumplimiento encuentran sustento normativo en las facultades relacionadas con la determinación y finalidad de recursos que se le otorga al titular del derecho a la libertad de empresa como manifestación del derecho a la libertad económica. A su vez comporta una estrategia de autorregulación eficaz para la prevención de amenazas y vulneración a los derechos constitucionales que suscitan entorno a la actividad empresarial cuando se ajusta correctamente a los principios y límites constitucionales previstos en el ordenamiento jurídico.

El tercer capítulo “*Problemáticas internas y externas de las empresas en el marco de programas de cumplimiento y la posible vulneración de derechos constitucionales*” pretende poner de presente al lector las posibles situaciones de afectación y/o vulneración de intereses individuales y colectivos protegidos por el ordenamiento, con ocasión a la incorporación de programas de cumplimiento en las estructuras empresariales cuando no son tenidos en cuenta los lineamientos constitucionales propuestos a lo largo del presente trabajo. De igual forma, se pone de presente las problemáticas a través de dos enfoques, uno relacionado con aquellas situaciones

presentadas al interior de la organización empresarial, como son los trabajadores y socios con las garantías de debido proceso, intimidad y protección de datos personales; y otro, con las relaciones que suscitan al exterior de la empresa, es decir con la sociedad y *stakeholders*, especialmente con la protección constitucional al medio ambiente y a las relaciones de consumo.

En esa medida, se traen a colación mecanismos judiciales -contenidos en el ordenamiento- como extrajudiciales -propios de las políticas de *compliance*- para asegurar la protección de los derechos que están relacionados con la actividad empresarial y que son susceptibles de afectación con la ejecución e incorporación de dichos programas. Esto supone brindar un acercamiento práctico a los grupos de interés o *stakeholders* sobre el conjunto de herramientas con el que cuentan actualmente como de aquellas que pueden adoptarse progresivamente para asegurar la protección de sus intereses.

Finalmente, si bien los programas de cumplimiento constituyen una herramienta idónea de prevención de posibles amenazas o vulneraciones a derechos constitucionales, es necesario tener como punto de partida que el empresario, como agente activo en una economía de mercado, racionaliza sus comportamientos en términos económicos o de la utilidad derivada de sus acciones, no solo de índole netamente económica como se ha manejado tradicionalmente sino proporcionado una visión de incremento de los activos intangibles que acompañan su actividad; esto es, *good will* o buen nombre, reputación empresarial, confianza y credibilidad para los consumidores, responsabilidad social de la empresa, prácticas de buen gobierno corporativo, etc. y, todas aquellas ventajas competitivas dirigidas a la prevalencia del interés general que se adecuan armónicamente a una verdadera cultura de cumplimiento.

Además, constituye un reto importante la correcta aprehensión de instrumentos extranjeros a nuestra tradición jurídica y realidad societaria-empresarial con el fin que no sea otro intento desafortunado de acoger realidades ajenas a nuestras disposiciones normativas, generando vacíos normativos e interpretaciones contrarias a los principios constitucionales propios de un modelo de Estado social de Derecho.

**CAPÍTULO I: CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COLOMBIANA Y LA LIBERTAD DE
EMPRESA BAJO LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

INTRODUCCIÓN

La *sociedad de la información*⁵ y la *economía de mercado*⁶ imponen constantemente a las empresas nuevos retos en materia de transparencia, políticas anticorrupción, responsabilidad social empresarial y protección de derechos humanos⁷ bajo el marco de un Estado Social de Derecho. Lo anterior se ve reflejado en la falta de transparencia en el manejo del patrimonio de las empresas, los débiles controles externos (entidades estatales y el mercado) e internos (órganos sociales y de administración como la asamblea general de socios, junta general de accionistas, etc.) que llevan en gran parte al incumplimiento de obligaciones contenidas en la ley, violación de derechos humanos e incluso, llegar a la comisión de conductas punibles por parte del sector empresarial.

Por lo tanto, con el fin de dirimir las dificultades que suscitan en el desarrollo de la actividad empresarial, el Estado a través del ordenamiento constitucional y legal, ha otorgado un conjunto de prerrogativas y derechos (Artículos 38 y 333 C.P.) que permiten el ejercicio de la libertad económica. Dicha libertad parte del supuesto que las empresas para actuar en el mercado requieren de herramientas que hagan exigible

⁵ Es un concepto tomado de DALHMANN (2007) – Dpto. de Industria y Comercio de Gran Bretaña-Asocia la categoría de “*sociedad de la información*” a la economía del conocimiento a partir de las nuevas tecnologías y la era digital como la causa predominante en la creación de la riqueza.

⁶ Según CORREA (2008) (p.125) la *economía de mercado* se trata de un supuesto de ordenación económica constitucional en Colombia, el cual se encuentra consagrado en el Artículo 333 de la Constitución Política a través de la “declaración de la iniciativa privada y de la actividad económica como libres, del derecho a la libre competencia, la distinción de la empresa como base del desarrollo y la obligación del Estado de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica (...)”. De conformidad con la Sentencia C-535 de 1997 se considera que “*la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores*”. (Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz)

⁷ Existe legitimación por parte del Consejo de Derechos Humanos a los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos con el fin que el sector privado aprehenda obligaciones que tienen las empresas referentes a derechos fundamentales, económicos y sociales. Ver “*Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del Marco de las Naciones Unidas para ‘Proteger, Respetar y Remediar’*”. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011”.

el presente *derecho prevalente*⁸ del cual son titulares y en esa medida, desarrollen su objeto social dentro de unos límites concretos impuestos por el ordenamiento jurídico y en función del interés general (Aragón Reyes, 1995, págs. 4 - 6).

El presente capítulo tiene por objetivo desarrollar conceptualmente el contenido, naturaleza y alcance de la categoría de “*libertad económica*”, como derecho subjetivo, y su relación intrínseca con una de sus manifestaciones, la libertad de empresa. Para ello se brindará una reflexión de su positivización en la Constitución de 1991, la intervención del Estado en la actividad económica (Artículo 334 C.P.), su relación intrínseca con el concepto de constitución económica y con el fin de lograr analizar el contenido y alcance del presente derecho objeto de estudio.

De igual forma se estudiará la noción de “*empresa*” en tanto constituye el titular principal del conjunto de libertades otorgadas en la Constitución, en su orden general y específico -contexto económico- y también, el sujeto responsable del cumplimiento ciertas cargas, como es el desarrollo de una función social como la protección y garantía de derechos fundamentales. Vale la pena destacar, que la presente categoría ha tenido un desarrollo propio desde la constitucionalización de categorías del derecho privado, razón por la cual se pondrá de presente dichos pronunciamientos como el entendimiento que se le ha dado a la presente categoría en otras ramas del derecho con el fin de lograr su total aprehensión. A su vez, se anticipa que el presente trabajo se estudiarán los derechos de orden colectivo y el papel que tienen las empresas para asegurar su protección a través de distintos instrumentos, como aquellos relacionados con la autorregulación empresarial.

En segundo lugar, se expondrá un conjunto de principios estructurantes del Estado Social de Derecho necesarios para el ejercicio de las libertades económicas, entre ellas

⁸ Desde ya se afirma que el conjunto de libertades económicas goza de un carácter de derecho preferente a pesar de que no se encuentra consagrado en el ordenamiento constitucional dentro de la estructura correspondiente a los derechos de naturaleza de -fundamentales- (Título II De las garantías y deberes)

la libertad de empresa, ya que conceptos como *interés social*, protección de intereses de los *stakeholders* -medio ambiente, trabajadores y consumidores principalmente-, responsabilidad social empresarial, buen gobierno empresarial, entre otros, constituyen límites a su ejercicio y responden a unas exigencias que han sido planteadas por el constituyente.

Finalmente, se pretende poner de presente que las empresas en el ejercicio de sus libertades y posibilidad de autorregularse y auto determinarse, les es dado adoptar herramientas acordes a sus necesidades, las cuales contienen cada uno de los principios expuestos con anterioridad y así, logren satisfacer un conjunto de expectativas depositadas en el sector relacionadas con el crecimiento económico y social de un Estado.

1. LIBERTAD ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La categoría de *libertad económica*⁹ hace parte de las disposiciones consagradas en la actual constitución dentro del Título XII “*Del régimen económico y de la Hacienda Pública*”, específicamente en su artículo 333¹⁰, el cual dispone que la actividad económica está condicionada a unos límites relacionados con el bien común y que conforme al principio de legalidad deben estar establecidos expresamente en la Ley. Además, el constituyente en la presente disposición trae a colación el calificativo de “*libertad*” fundada en la idea de un Estado Liberal¹¹ en donde los particulares pueden actuar libremente -valga la redundancia- en la medida que son capaces de auto determinarse para la consecución de ciertos fines. Sin embargo, de conformidad con los movimientos sociales¹² del último siglo los cuales proponen una mayor intervención del aparato estatal, se replantea la noción de libertad pues cambian las

⁹ En algunos ordenamientos, como el español, el concepto de libertad de empresa o libre iniciativa empresarial se utilizan de forma indistinta con el concepto de libertad económica. Ver ENTRENA CUESTA, R. “El principio de libertad de empresa” en GARRIDO FALLA, F. (1981) “El modelo económico de la constitución española”. Vol.1., Madrid, Instituto de Estudios económicos. P.109.

¹⁰ Artículo 333. 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. (Subrayado fuera del texto).

¹¹ La principal función del Estado de Derecho o Estado Liberal, de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, era garantizar las libertades, económicas y sociales, de tipo privado. Lo anterior implicaba abstenerse de intervenir o configurar algún tipo de obstáculo al orden natural, razón por la cual se incrementa el uso de conceptos como la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, de propiedad, libertad sucesoral, de libre competencia en el mercado, entre otras y de las cuales resultan la mayor cantidad de crisis relacionadas con desigualdades económico-sociales y como consecuencia de la acumulación de la riqueza y de las libertades absolutas en el mercado por parte de quienes ostentaban la calidad de propietarios. Ver KÜHNEL, R. (1971) “*Formen bürgerlicher Herrschaft. Liberalismus, Faschismus.*” P.79.

¹² La noción de Estado social de Derecho surge en la medida que el Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio de igualdad conforme las vicisitudes de las relaciones de poder existentes para la época y la necesidad de reivindicar a las minorías desfavorecidas y desprotegidas por el Estado liberal.

prestaciones sinalagmáticas del contrato social¹³ y se aboga por un Estado Social de Derecho (Artículo 1 C.P.) que impone ciertos límites a su ejercicio (Villar Borda, 2007).

En consecuencia, el tránsito de un Estado liberal a uno interventor implica que, éste participe activamente de los procesos del tráfico social y jurídico, lo cual incluye la dirección de la actividad económica tal como se encuentra consagrado en el Artículo 334 C.P¹⁴. Dicha dirección implica que el conjunto de libertades *-en este caso económicas-*, se dirijan al cumplimiento de los fines estatales con el propósito de garantizar la protección de bienes jurídicos de suma importancia como es el orden económico y social, el medio ambiente, el interés común y la protección de derechos constitucionalmente protegidos. No obstante, es preciso señalar que, dicho tránsito no supone un antagonismo o restricción al concepto de libertad sino que funge como medio para su pleno ejercicio y materialización de la función social de la empresa en una economía de mercado y la prevalencia del interés general (Bobbio , 1993, págs. 101 - 105).

La libertad económica precisa ser una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a

¹³ La teoría del contrato social se considera como presupuesto en la formación de la idea del concepto moderno de Estado, el cual supone que hay un consenso entre el Estado -como institución- con la sociedad. Ello implica que las personas que la conforman le ceden una parte de derechos de los cuales son titulares y por tanto, es obligación del Estado tutelarlos y salvaguardarlos pues el cumplimiento de dicha función configura su propia legitimidad. Al respecto existen varios autores que pregonan las ideas contractualistas del Estado, entre ellos ver LOCKE, J. (2006) “Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil”. Madrid, Tecnos.; HOBBS, T. (2002) “Leviatán o la materia, forma y poder de una Republica eclesiástica y civil”. Madrid, Alianza Editorial. P.137. Por otro lado, se habla de prestaciones sinalagmáticas en tanto hay una perfecta reciprocidad en el cumplimiento de estas en virtud de la relación contractual que une a las partes.

¹⁴ Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, (...) con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario (...). *(Subrayado fuera del texto)*.

crear, mantener o incrementar su patrimonio (Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992). A su vez, se reconocen dos tipos de libertades: por un lado la libertad de empresa y por otro, la libre competencia. En el presente capítulo nos centraremos en la primera entendida como aquel derecho que se protege con el fin de estimular la actividad social y económica (Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2011) y que se abordará con mayor detalle más adelante¹⁵.

Así mismo, el constituyente dispuso otorgar la naturaleza de *derecho subjetivo* de tipo económico, del cual es titular la empresa y por ende, es susceptible de ser exigible cuando su ejercicio se vea limitado o vulnerado. A pesar de no ser considerado como fundamental, debido a la estructura planteada en la norma superior la cual agrupa los derechos por causa de su naturaleza y contenido, la Corte Constitucional ha dado preeminencia sobre su trato y ha limitado los escenarios de posibles restricciones¹⁶. De conformidad con lo anterior se ha señalado:

“(...) la Corte ha sistematizado los requisitos formales y materiales de la intervención del Estado en materia económica cuando limita la libertad de económica y ha señalado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. (Sentencia C-365 de 2012)¹⁷.

¹⁵ En la misma línea se ha estudiado el concepto de libertad económica como una categoría genérica que incluye la iniciativa de los particulares de constituir y desarrollar la actividad empresarial. (Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-815 de 2001; C-389 de 2002; C-615 de 2002; C-992 de 2006; entre otras).

¹⁶ La Corte introduce la categoría de “*preferred rights*” a través del precedente jurisprudencial señalado en la sentencia C-265 de 1994 en la que se realiza una división entre libertades de tipo individual con aquellas de índole económica. Citado en (Correa Henao, 2009). Esta introducción conlleva a que no se otorgue propiamente la noción ius fundamental pues no tienen que ver propiamente con la persona.

¹⁷ En el mismo sentido: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-365 de 2012 – MP: Jorge Ignacio Pretelt; C-1158 de 2008 – MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-171 de 2012 – MP: Luis Ernesto Vargas Silva; entre otras.

Sin embargo, se considera que si bien no tiene una connotación que recaer directamente en la persona, que es a la categoría de derechos que se les brinda la conceptualización de fundamentales, la libertad económica constituye un papel fundamental en el desarrollo de la persona, en tanto se considera que la libertad supone el ejercicio de actividades por parte de cualquier ciudadano para lograr un sustento o utilidad, sin hacer distinciones respecto de la capacidad adquisitiva, magnitud y alcance de la actividad, incluso su patrimonio. En esa medida, debería recibir igual tratamiento por parte de los jueces de la república, en tanto una limitación injustificada o sin tener en cuenta los criterios anteriormente mencionados puede afectar los derechos subjetivos que se han reconocido constitucionalmente como propios de la persona como lo son el derecho a la dignidad humana, trabajo, salud, entre otros. Ello no supone que su exigibilidad esté condicionada al acceso a una posibilidad meramente económica, pero partiendo de una realidad que impone un sistema social y político debe considerarse las verdaderas implicaciones de vulnerar un derecho como es la libertad económica.

Por lo tanto, para su exigibilidad y delimitación de su alcance conforme los criterios para restringir el ejercicio de una libertad pública iusconstitucional, resulta *conditio sine qua non* el cumplimiento de responsabilidades por parte de las empresas. En otras palabras, la empresa como motor del desarrollo social debe cumplir con la función social que le ha sido atribuida a través del mandato constitucional contenido en el artículo 333 C.P. En esa medida, delimitar los contornos de libertad de las empresas mediante la imposición de límites de la *Lex superior* interpretados de forma sistemática con el ordenamiento jurídico, orientados al interés general y función social, implica considerar la relación estructural con el concepto de *constitución económica* y los valores que emanan de ella.

1.1 Conceptualización de la categoría de Constitución económica

La *Ley suprema* como norma fundante del ordenamiento jurídico¹⁸ y que goza de una posición jerárquica sobre todo el conjunto de disposiciones normativas existentes dentro de un determinado sistema, es el reflejo y expresión de una visión ideológica, política y social en un momento determinado de la historia. Ello ha sido decantado a partir de una racionalidad económica que ha caracterizado a las sociedades a través de la historia, razón por la cual se atribuye a la economía gran parte de los ordenamientos modernos (Brey Blanco, 1995, pág. 85).

En esa medida, la categoría de “*constitución económica*”, de ahora en adelante CE, es el fruto de la reacción a un liberalismo radical del siglo XIX¹⁹ que permite entenderla como la agrupación de disposiciones normativas (relacionadas con el derecho de propiedad, la forma de relación entre los actores económicos y la distribución de las atribuciones entre el Estado y las entidades económicas) que tienen como finalidad proporcionar un marco jurídico fundamental para el desarrollo y orden de las libertades o procesos económicos (García-Pelayo, 1991). Es decir, que desde un punto de vista formal, la CE no es más que el conjunto de disposiciones y principios orientadores que tienen como contenido aspectos económicos que regulan las actividades de su misma naturaleza. De allí la importancia de estudiarla desde su vertiente material pues permite establecer implícitamente²⁰ una relación armónica con todos los postulados de la

¹⁸ Artículo 4 C.P.

¹⁹ La actividad del Estado respecto la actividad de los particulares ha estado fundada en el principio del Estado liberal de “*laissez-faire – laissez-passer*”, en donde se opera de forma negativa, es decir, impidiendo la intervención o actividad estatal en la esfera de los particulares cuando estos están satisfaciendo a cabalidad las necesidades asociadas en un contexto específico; e incluso, en algunas situaciones en donde dicha facultad está autorizada, se interprete y regule de forma restrictiva con el fin de otorgar prevalencia a las libertades en cabeza de los sujetos. Lo anterior está sustentando en las ideas de Adam Smith plasmadas en la obra “*La riqueza de las naciones*” del año 1776, el cual constituye una crítica a los límites y obstáculos de un Estado absolutista en la vida económica de la época. De allí que este autor se reconozca como uno de los mayores propulsores de la libertad económica y defensor del derecho de propiedad como manifestación de la libertad personal del individuo-propietario. Ver SMITH, A. (1958) “*Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*”, México, Fondo de Cultura Económica.

²⁰ Algunos autores, como Bassols Coma (1988), consideran que no es necesaria la “*constitucionalización*” de la expresión de CE porque se entiende existente a partir de la consagración

Constitución como piedra angular de la economía nacional²¹ (Herrero de Miñón, 1999, págs. 11 - 12).

A su vez, la construcción de una categoría como lo es la CE, se encuentra fundamentada en el *principio de subsidiariedad*, el cual hace referencia a la intervención condicional del Estado en la esfera privada de los particulares, en tanto la regla general es la prevalencia de las libertades de los sujetos, en este caso las empresas²². A su vez, dicho principio opera como un límite constitucional respecto los poderes públicos que autorizan la intervención del Estado empresario y del propio Estado Social de Derecho (Vallejo, 2016). En otras palabras, las empresas intervienen en el mercado de forma autónoma y crean para sí un conjunto de formas de *autorregulación*²³, según sus propias necesidades y en consecuencia, el Estado regula los mínimos que debe tener dicha actividad.

A pesar de que dichos postulados contienen un sustento histórico en la formación del modelo de Estado Liberal, resultan insuficiente de conformidad con una interpretación sistemática de la constitución²⁴, ya que si bien no se plasma una idea pétrea del orden

de libertades económicas y derechos relacionados con la propiedad y el trabajo. Ver BASSOLS COMA, M. (1988). “Constitución y sistema económico”, Tecnos, Madrid, pp.21 – 26.

²¹ En Colombia, la noción se ha incorporado por vía judicial a través del estudio de casos de constitucionalidad y violación de derechos fundamentales a través de acciones de tutela. Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-074 de 1993; C-265 de 1994; C-707 de; C-584 de; C-1236 de 2005; C-339 de 2006; C-392 de 2007, etc.

²² Al respecto, la Corte considera que el *principio de subsidiariedad* establece que el Estado debe abstenerse de intervenir cuando los individuos se basten a sí mismos y por tanto, su actividad será necesaria en los escenarios en que sea difícil satisfacer las necesidades básicas por parte de ellos (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-983 de 2005 – MP: Humberto Antonio Sierra).

²³ Desde ya se anticipa que una de las formas de *autorregulación* del sector empresarial, es la creación de los programas de cumplimiento normativo en su interior o *compliance*, como instrumento de prevención de infracción del ordenamiento mismo y forma de cumplir con el conjunto de responsabilidades a su cargo.

²⁴ Bajo esa línea, es posible considerar que su aplicación presenta una inclinación ideológica preponderante pues favorece los intereses económicos individuales -que desde ya los mencionaremos como *shareholders* o participantes directos de la actividad empresarial-, en tanto existe un escenario primigenio de libertad para los agentes y donde la intervención tiene carácter excepcional. Por lo tanto, cuando se aduce que la CE debe estar aprehendida conforme a unos principios constitucionales, es reconocer que existen finales sociales en la aplicación e interpretación de sus disposiciones y es un objetivo primordial hacer prevalecer aquellos intereses con fines sociales o de quienes concluyen alrededor de la actividad comercial -más conocidos como *stakeholders*-.

económico y social a alcanzar en ella (principio de neutralidad), los gobiernos deben plantear programáticamente estrategias encaminadas a satisfacer las necesidades de tipo colectivo y de interés social, razón por la cual su desarrollo dependerá del alcance interpretativo que se tenga al respecto (Bassols Coma, 1988, págs. 21 - 26). Por ejemplo, un gobierno con ideas progresistas implementara planes orientados a promover la función social de la empresa en mayor intensidad y su intervención será mayor respecto de otros que pretendan establecer un *statuo quo* en el sector, donde los únicos beneficiarios de dicha actividad son quienes realizan una inversión y tienen únicamente expectativas de índole económico.

Por otro lado, con la incorporación al constitucionalismo moderno²⁵ de la noción del “*Estado Social*”, se entiende que su operancia es de forma positiva, es decir, que la actividad estatal juega un papel prestacional en la esfera privada en aquellos casos donde existen necesidades insatisfechas y/o los particulares no tienen interés en jugar determinado papel. En esos eventos, la regulación proviene de forma externa a las empresas, es decir, por el Estado sobre todo en casos donde existe una fuerte tendencia de predominar los intereses individuales de agentes pertenecientes al sector empresarial. Al respecto autores como Correa (2009), García – Pelayo (1991) & Duque Domínguez (1977) consideran que la actividad del Estado se sustenta en la intervención positiva de protección de derechos constitucionales, bien sea para garantizar su cumplimiento, garantizar su aplicación judicial o administrativa y/o simplemente regular su ejercicio.

Para efectos de la presente investigación, se adoptará esta última posición bajo el entendido que el Estado a pesar de permitir formas de autorregulación del comportamiento por parte de los agentes económicos, le resulta exigible establecer un

²⁵ Se habla de esta tendencia cuando se estudia el papel y regulación del Estado en la actividad económica. Al respecto ver *PREDIERI (1963) “Planificazione e Costituzione”, Milano, p.125*. En la misma línea *DUQUE DOMINGUEZ, J. (1977) “Iniciativa privada y empresa” en SANCHEZ AGESTA, L (coord.), “Constitución y Economía”, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid. (Sabogal L. , 2005)*

comportamiento de tipo positivo en todas las actividades con implicaciones con bienes jurídicos, sean de tipo colectivo como el orden económico-social, medio ambiente, etc. e individual. Por ende, es su deber regular al menos los parámetros mínimos o las reglas de juego que debe tener el ejercicio de cada uno de los derechos reconocidos en la Constitución.

1.2 Contenido y naturaleza constitucional del derecho de libertad económica

1.2.1 Contenido

Respecto del *contenido* para la mayoría de la doctrina, las libertades económicas se han entendido como la facultad que tienen los sujetos de realizar actividades de carácter económico^{26 27}, que tienen fines lucrativos y son susceptibles de ser limitadas por el Estado para remediar las asimetrías de información, fallas de mercado y evitar prácticas monopólicas y desleales en el mercado (Correa Henao, 2009) & (Corte Constitucional, C-228 de 2010). Como lo precisan varios autores, en la actualidad es posible hablar de libertades que protegen una naturaleza determinada, como son las económicas, en la medida que guardan una relación directa o indirecta con los procesos económicos (Bassols Coma, 1988).

A pesar de lo anterior, se considera que no es posible llegar a precisar su contenido sin antes determinar que, el mercado constituye una institución constitucionalmente protegida y reconocida, la cual es propia de un modelo económico capitalista y además, contiene características particulares que son necesarias para ejercitar dicha libertad. En

²⁶ Parte de la doctrina ha puesto de presente que este tipo de libertad ampara toda clase de actividades económicas que contengan un contenido prestacional. Algunos autores sostienen que dentro de dicha categoría es posible incluir cualquier acto de comercio que sea desarrollado por las empresas a través de la explotación de su objeto social. Al respecto AROSTATICA, I. (1998) “Acción de amparo económico: un recuento jurisprudencial”, UFT2, p.98.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-425 de 1992 – MP: Ciro Angarita Barón. En el presente caso, la Sala amparó los derechos fundamentales de un comerciante de video juegos a quien las autoridades locales les estaban haciendo “*exigencias no razonables para el ejercicio de la actividad económica*”, por lo que ordenó la inaplicación por inconstitucional del acto administrativo que contenía las restricciones.

esa medida, al considerar la libertad económica como una libertad fundamental de todos los ciudadanos, la cual es necesaria para el desarrollo de una economía de mercado y presupuesto de la libre iniciativa, se entiende que son categorías que tienen una relación inescindible e interdependiente siempre bajo los postulados del interés social que se han mencionado reiteradamente (Giampieretti, 2008).

De igual forma, se encuentran categorías similares como el derecho de propiedad (Artículo 58 y 60 C.P.), la libertad de escogencia de profesión u oficio (Artículo 26 C.P.), desarrollo de actividades industriales lícitas, el derecho al trabajo y la libre iniciativa empresarial (Artículo 25 C.P), ya que han sido utilizadas por algunos ordenamientos²⁸ para la conceptualización y desarrollo de la libertad económica. Existen otros ordenamientos -como es el caso colombiano-²⁹ que la han regulado como categoría autónoma y ha sido entendida como la posibilidad de realizar libremente actividades de tipo económico o la libertad de empresa propiamente dicha³⁰. Al margen de su contenido, se considera que la actividad empresarial tiene intrínsecamente relaciones de tipo económico que el Estado debe proteger y limitar, en tanto el modelo económico y social actual no puede prescindir de los avances y triunfos históricos en materia de derechos y garantías que han permitido expandir los límites del direccionamiento y consecución de objetivos al interior de las empresas.

²⁸ Varios ordenamientos hispanoamericanos han introducido el derecho de libertad económica a través de una interpretación conexas con el derecho al trabajo u elección libre de profesión u oficio. Varios de ellos son la constitución mexicana (Arts.5 y 25), constitución argentina (Art.14), constitución uruguaya (Art.36), constitución boliviana (Arts.141 y 144), constitución ecuatoriana (Art.11), constitución alemana (Art.12.1), constitución sueca (Cap. II, Art. 20), por mencionar algunas.

²⁹ La misma tendencia de regular autónomamente este tipo de libertades se encuentran en constituciones como la paraguaya (Art.107) y venezolana (Art.112). Es preciso anticipar que su simple incorporación no implica la adopción un modelo económico con una ideología determinada en virtud del principio de neutralidad anteriormente mencionado.

³⁰En Europa, la mayoría de los países como España (Art.38), Irlanda (Art.45 N°3.1.), Portugal (Art.61 N°1), Luxemburgo (Art.11.6) han reconocido este derecho a través de la figura de la libertad de empresa e iniciativa privada en el marco de una autonomía de mercado. Por otro lado, Colombia ha entendido la libertad de empresa como manifestación del derecho de libertad económica y en algunas providencias, ha recibido la naturaleza de sub-principio junto con otros elementos constitucionales existentes en el ordenamiento.

De conformidad con esta línea argumentativa, en reiterada jurisprudencia constitucional³¹ se ha advertido que al margen del *nomen iuris*³² que se le brinde y de las manifestaciones acerca de su contenido realizadas por la doctrina, resulta de suma importancia esclarecer su carácter no absoluto y por tanto, en virtud del principio de legalidad, establecer ciertos límites a su ejercicio para armonizar la iniciativa privada con los fines de la actividad estatal. Entre esos se encuentra que su actuación no puede interferir en el goce de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el orden y/o interés público o social; y el ambiente o el patrimonio cultural de la nación.

Ahora bien, la imposición de los límites para que sea acorde a derecho, debe garantizar siempre el contenido mínimo del derecho a la libertad económica. Debido a ello se ha puesto de presente por parte de los jueces constitucionales que dichos límites deben ser ajustados por el Legislador, no anule los contenidos de la libertad y responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

1.2.2 Naturaleza

Por otro lado, respecto de la *naturaleza*, como se mencionó con anterioridad se ha entendido que la libertad de empresa como un derecho subjetivo³³ con contenido económico que a pesar de que se encuentra establecido dentro del capítulo XII referente al régimen económico y de Hacienda y no del propio de los derechos y las garantías, recibe un tratamiento preferente y es objeto de protección por el ordenamiento jurídico (Correa Henao, 2009).

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-882 de 2014 – MP: María Victoria Calle Correa; Sentencia C-264 de 2013 - MP: Mauricio González Cuervo; Sentencia C-191 de 2016 – MP: Alejandro Linares Cantillo; Sentencia C-620 de 2016 MP: María Victoria Calle Correa.

³² Nótese que en la mayoría de jurisprudencia se da un trato indistinto y de sinonimia entre la categoría de libertad económica, como género, y la libertad de empresa, como especie.

³³ Respecto de la libertad de económica como derecho subjetivo pueden verse, también, las sentencias de la Corte T-475 de 1992 – MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia T-375 de 1997 - MP Eduardo Cifuentes Muñoz; y SU-157 de 1999 – MP: Alejandro Martínez Caballero.

A pesar de ello, analizando el contenido del derecho objeto de estudio, se considera viable hacer un análisis de la “*Teoría del núcleo esencial*”³⁴ o la “*Teoría del contenido mínimo de los derechos constitucionales*”³⁵ en virtud de la importancia que reviste el derecho en la sociedad actual y de conformidad con los lineamientos que deben tenerse en cuenta para el ejercicio del presente considerar su calidad de derecho fundamental.

En primer lugar, la misma Corte ha señalado que “Las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de ese derecho” (T-291 de 1994) (Subrayado fuera del texto). Por lo tanto, el núcleo esencial del derecho, entendido este como las facultades intrínsecas que identifican al derecho, las cuales permiten identificarlo sobre otro derecho y facilita su ejercicio, como los intereses jurídicamente necesarios para que dicha protección pueda ser materializada efectivamente.

Puesto que el núcleo del derecho objeto de estudio radica en la facultad de las personas de ejercer libremente³⁶ una actividad económica lícita, con el objetivo de incrementar su patrimonio y con una fuerte preponderancia del interés general sobre el particular, como ya se puso de presente, cualquier obstáculo que limitara dicha libertad o alguno de sus componentes, es decir, actividad de otra índole o el carácter ilícito desnaturaliza la protección dada y la esencia misma del derecho.

³⁴ Siguiendo la doctrina como la jurisprudencia constitucional se entiende que la teoría del núcleo esencial se aplica como “garantía reforzada de eficacia normativa de los derechos fundamentales, en tanto es exigible un mínimo de contenido que vincula y se impone frente al legislador”. Bajo ese entendido, el legislador en su tarea de regular y/o restringir algún derecho fundamental, debe respetar el núcleo esencial pues es considerado como una “barrera insuperable” y bajo ninguna situación puede traspasarse dicha limitación cuando esta constituye la necesaria protección de un derecho de tal naturaleza. Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-756 de 2008 – MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. En relación con la doctrina ver Correa Henao, M. (2003). La limitación de los derechos fundamentales. Bogotá, Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, Universidad Externado de Colombia; Scheider, H. (1979). Peculiaridad y función de los derechos fundamentales de un Estado constitucional democrático. Revista de Estudios Políticos N°7, Madrid. España, pag.23.

³⁵ La presente teoría no tiene un desarrollo en el marco constitucional colombiano, sin embargo ha sido utilizada en países como España y Alemania con los mismos fines que la teoría aplicada por la Corte Constitucional.

³⁶

En comparación con un sector de la doctrina el cual considera que el núcleo esencial o definitorio del derecho a la libertad de empresa radica en el derecho de igualdad, lo que supone que todas las empresas deben contar con el mismo grado de libertad siempre que se desarrollen el mismo objeto social (Aragón Reyes , 1995). Ello resulta cuestionable, en la medida que se asocia más el principio de libertad con la libertad de competencia, entendida esta como una de las manifestaciones del derecho a la libertad económica.

Al margen de lo planteado, consideramos que un cambio en el objetivo principal de la empresa no resulta desnaturalizada su esencia pues de acuerdo con las categorías como responsabilidad social empresarial, buen gobierno y prevalencia del interés social ya que dicho cambio supone un dinamismo favorable de acuerdo con los lineamientos constitucionales y protege directamente los intereses tanto del sector empresarial como de la sociedad en general.

En segundo lugar, de acuerdo con la regla de ponderación de derechos o bienes constitucionalmente protegidos, es preciso señalar que esta tendría aplicación únicamente en un caso *in concreto* (Correa Henao, La limitación de los derechos fundamentales, 2003, pág. 21)³⁷. Esto en tanto su aplicación está condicionada según a las circunstancias propias de un caso, será posible a través de un juicio de proporcionalidad y razonabilidad, limitar o extender el alcance concreto del derecho según el sector donde se opere y las implicaciones de llevar a cabo el objeto social de la empresa.

Debido a ello se afirma que el derecho a la libertad económica tiene una connotación de derecho fundamental en tanto: 1) se encuentra constitucionalmente reconocido, 2) la Corte le ha reconocido jurisprudencialmente la existencia de un núcleo esencial que no puede verse afectado con alguna limitación impuesta por el Legislador y además ha

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992 resulta un buen ejemplo, a modo ilustrativo, como una forma en la que se aplica la metodología explicada.

aplicado el criterio de ponderación de derechos³⁸ en donde ha concluido que cualquier medida aplicable debe buscar fines constitucionalmente permitidos, los cuales en el caso concreto están orientados a la función social de la empresa y el interés general, 3) en el derecho comparado se le ha aplicado dicha calidad y 4) por la importancia que reviste en la sociedad actual tiene una relación directa con la persona por la posible afectación de otros derechos fundamentales.

1.2.3 Manifestaciones del derecho a la libertad económica

Como se ha mencionado el derecho a la libertad económica encuentra dos manifestaciones, las cuales son posibles extraerse de la disposición normativa, las cuales corresponden a la libertad de empresa y la libertad de competencia.

1.2.3.1 Libertad de empresa

La libertad de empresa tiene su fundamento en la libertad de industria y comercio y autonomía de la voluntad³⁹, reconocidas en el marco de la Revolución Francesa, donde se exigía la inviolabilidad y protección del derecho de propiedad, como un derecho natural del ser humano. En consecuencia, las constituciones modernas, entiéndase como el conjunto de derechos positivizados en un régimen de libertad, protegieron la libertad de empresa como un derecho propio del ciudadano (Galgano , 1999).

A su vez en Colombia, se encuentra su antecedente más importante en la Constitución de 1886, subrogado por el Artículo 6º del Acto Legislativo número 1 de 1968, en donde se consagraba dicha libertad de la siguiente forma: “*Se garantiza la libertad de*

³⁸ Sobre el tema de la aplicación de esta regla ver Alexy, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 86. La elaboración inicial de esta idea puede verse en su trabajo “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie*, cuaderno 1, 1979, págs. 59-87, publicado posteriormente en la compilación *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, págs. 177-212 (en adelante cito por esta última).

³⁹ La Corte Constitucional ha sostenido que la categoría de la autonomía de la voluntad privada es considerada como el fundamento de otros derechos como lo son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Artículo 14 C.P), el derecho de la propiedad privada (Artículo 58 C.P.), libertad de asociación (Artículos 38 y 39 C.P), y la libertad económica (Artículos 333 y 334 C.P). CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-418 de 2013 – MP: Rodrigo Escobar Gil.

empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. (...) Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular". Si bien se observa, ya se encuentra incorporado constitucionalmente un concepto de libertad con límites propios del bien común y del interés social que debe cumplir la empresa. Ahora bien, no es posible omitir que el conservadurismo que impero con dicha constitución hizo que su materialización fuese disminuida, pues bajo su vigencia, al menos hasta la reforma constitucional de 1910, resultaba fundamental dirigir los esfuerzos del aparato estatal en la discusión relacionada con la des federalización de la Republica vs. las ideas de un unitarismo fuerte, el auge de guerras civiles con impactos negativos en la sociedad y el rechazo al concepto de libertades ilimitadas apropiadas con el anterior régimen constitucional propio del alto liberalismo (Marquardt, 2011).

Por lo tanto, la libertad de empresa, es considerada como la facultad o libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente capital), para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme las pautas o modelos de organización típicas (C-525 de 1995)⁴⁰. Gracias a ello es procedente afirmar que la Sala adopta dos nociones de *empresa*, la primera relacionada con la "*iniciativa empresarial*", es decir la capacidad volitiva de los asociados para desarrollar su libertad y llevar a cabo cualquier actividad económica lícita; y la segunda asociada a un carácter "*instrumental*", lo que correspondería a materializar dicha iniciativa a través de la conformación y constitución de una organización económica denominada *empresa*⁴¹.

⁴⁰ Al respecto CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-524 de 1992 – MP: Carlos Gaviria Díaz. La Corte acogió una definición de libertad de empresa propuesta por BASSOLS COMA (1988) en 'Constitución y Sistema Económico', Tecnos.

⁴¹ A manera de advertencia al lector es necesario señalar que en el siguiente acápite se introducirá el estudio de la presente categoría con mayor profundidad.

Como se ha mostrado en el presente trabajo, la empresa adquiere una relevancia constitucional de carácter fundamental en tanto se le ha otorgado un papel de motor social y económico dentro de un Estado y por ende, la misma definición y alcance del derecho a la libertad económica adquiere un tinte subjetivo en tanto gira a la construcción del concepto de empresa como titular del mismo (Correa Henao, 2009)

1.2.3.2 Libertad de competencia

A su vez, la libertad de competencia es un presupuesto del ejercicio de libertad económica en donde se exige que quienes entren al mercado, bien sea a través de sus empresas o en la calidad de comerciantes, sea a través de un marco normativo en igualdad de condiciones (C-616 de 2001). Ello supone la ausencia de obstáculos en el mercado que permita a muchos empresarios competir para ganar su participación en el mercado, aumentar su oferta y demanda a través de la formulación de distintas ventajas competitivas que aseguran su permanencia en él.

A pesar de que no se volverá sobre el presente, debe reiterarse que su garantía supone el ejercicio de responsabilidades como lo establece la disposición constitucional dentro de un marco de prevalencia del bien común, el interés público y la protección a los usuarios.

1.3 Concepto constitucional de empresa

1.3.1 La empresa como titular del derecho de libertad económica

En primer lugar, la categoría de *empresa* ha sido objeto de estudio de distintas ciencias como es la economía, la administración, el derecho desde sus distintas especialidades, entre otras, razón por la que ha sido considerada como la base del desarrollo de un país y objeto de protección por parte del Estado, pues conforme al mandato constitucional

contenido en el Artículo 333 C.P.⁴², es el Estado quien se ha comprometido a estimular el desarrollo empresarial y con ello la promoción del interés social. Así mismo, le ha otorgado un papel preponderante en el tráfico jurídico y social supeditado al cumplimiento de un cúmulo de responsabilidades que limitan su ejercicio en aras a preservar su función social y así evitar cualquier tipo de abuso, sobre todo el referido a la posición dominante en el mercado⁴³ y la vulneración de derechos. No obstante, no existe en su articulado una definición precisa del concepto de empresa, sino que por vía de interpretación judicial se ha ligado al ejercicio y desarrollo del derecho libre iniciativa económica o libertad de empresa.

De conformidad con el postulado anterior, la Constitución Política al considerar la *empresa* como un interlocutor de vital importancia para el desarrollo de la libertad económica, considera esta última desde una visión sistemática del ordenamiento, como una manifestación de la libertad personal de los sujetos titulares, sin perjuicio del tinte de derecho de tipo económico reconocido en ella. Por lo tanto, desde una vertiente subjetiva, se entiende como un conjunto de prerrogativas concedidas a sus titulares y de las cuales deriva la facultad de participar en el mercado, bien sea a través de la producción, transformación o comercialización de bienes y/o servicios e incluso, desde la posición de consumidor⁴⁴ (Correa Henao, 2009). Ahora bien, desde su vertiente objetiva se ha entendido como parte integrante de la CE y como bien jurídico indispensable que se integra a los valores y principios constitucionales en el marco de un Estado Social de Derecho.

⁴² Artículo 333. (...). La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. (...). (*Subrayado fuera del texto*).

⁴³ En Colombia, el abuso de posición de dominio se ha caracterizado por ser parte de las conductas consideradas como prácticas restrictivas de la competencia las cuales limitan el ejercicio de libre competencia como manifestación del derecho de libertad económica consagrado constitucionalmente.

⁴⁴ En materia de derechos de consumidores, se ha entendido que debido a su posición particular existe una relación con asimetrías de información, que el orden constitucional debe entrar a regular de forma general a través de sus principios y disposiciones y que de forma posterior, permean la ley y la autonomía de la voluntad de las partes en el desarrollo de las relaciones económicas de forma específica y concreta. (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1141 de 2000 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

A su vez, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia⁴⁵, considera que bajo el modelo de economía social de mercado se reconocen libertades económicas, entre ellas la libertad de empresa y la libertad de competencia, a los individuos con el fin que estos desarrollen actividades con miras de obtener una utilidad beneficiosa para su patrimonio, es decir su interés personal. Sin embargo, dicho ejercicio no es absoluto pues es imprescindible condicionar su ejercicio al interés social o general, la protección del ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Lo anterior respetando el núcleo esencial de la libertad económica, obedeciendo al principio de solidaridad y respondiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Dicha perspectiva se trae a colación desde este momento en tanto resulta de vital importancia para explicar su relación con los *programas de cumplimiento* normativo más adelante.

A pesar de los pronunciamientos en sede judicial respecto la empresa como una de las manifestaciones de la libertad económica, es necesario señalar que dichos señalamientos están referidos al contenido, fundamentación y naturaleza del derecho más no a una definición conceptual de la categoría de *empresa* como instrumento o medio de materialización de su ejercicio. En consecuencia, resulta necesario ahondar sobre su conceptualización en otros campos de conocimiento para efectos del presente trabajo e incluso de las definiciones legales y doctrinales⁴⁶ existentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

⁴⁵ Ver al respecto CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-263 de 2011 MP: Jorge Ignacio Pretelt, Sentencia C-365 de 2012 MP: Jorge Ignacio Pretelt, Sentencia C-837 de 2013 MP: Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia SU-182 de 1998 MP: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C-186 de 2011 MP: Humberto Antonio Sierra, entre otras.

⁴⁶ Algunos autores de la doctrina moderna del Derecho han planteado las llamadas "*Teorías de la realidad de las personas jurídicas*", bien desde una visión organicista o instrumentalista, en la que se aboga por el abandono de la idea de la "*ficción jurídica*" en tanto la empresa constituye un sujeto con voluntad propia, que tiene incidencia en planos económicos, sociales y políticos y en esa medida resulta inoportuno seguir dándole una connotación de ficción a una categoría que impregna todos los ámbitos de la sociedad de forma transversal. En ese sentido ver KELSEN, H. (1979) (P. 127 – 128) en donde se habla de la persona natural y jurídica como personificación de un orden jurídico y por tanto no existe una diferencia sustancial; MICHOU, L. y GIERKE (1932), los cuales afirman que las personas jurídicas constituyen una realidad propia, la cual se manifiesta a través de sus órganos y de esa manera el Derecho les atribuye su propia personalidad jurídica.

Por ejemplo, la categoría de *empresa* desde la perspectiva económica, hace referencia a un medio integrado por varios elementos como son los factores de producción, financiación, *management*, *marketing*, entre otros, los cuales son necesarios para la producción de bienes y servicios; y guardan una relación lógica entre sí con el fin de alcanzar determinados objetivos. En otras palabras, constituye una realidad de orden económica y sociológica más que una realidad jurídica (Marín Boscan & Carrasquero López, 1999).

Si bien la anterior noción es la adecuada en términos estrictamente doctrinales, es necesario señalar que en la presente investigación se tendrá en cuenta la noción de “*empresa*” desde su vertiente subjetiva o instrumental siguiendo a la Corte Constitucional, es decir como aquella categoría genérica y común en el tráfico mercantil, para referirse a la “*ficción jurídica*” creada por una persona natural o jurídica para desarrollar un objeto social y que a su vez, goza de un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico lo cual la legitima a actuar (Cabanellas de las Cuevas, 1994)⁴⁷. Ello debido a que el Derecho ha sido quien ha ido incorporando la idea de empresa de muy variadas formas y la mayoría de las veces, hace uso de ella de forma indistinta con los conceptos de “*empresa*”, “*sociedad*” y “*establecimiento de comercio*” (Narváez García , 1995).

1.3.2 La empresa como garante de protección de derechos fundamentales⁴⁸

Al sector empresarial le corresponde asegurar que la totalidad de sus actividades cumplan con los estándares internacionales y nacionales de protección de derechos

⁴⁷ Así mismo, el Decreto 753 de 1956 define la empresa como “*Toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con el régimen jurídico especial, que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas*”. Es decir, se refiere específicamente a la ejecución de una operación en la que se organizan unos medios de producción pero no es el ente jurídico mediante el cual se materializa una determinada decisión u operación; como si lo hace el Código de Comercio en su Artículo 25 al señalar que: “*(...) Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio*”.

⁴⁸ Los 31 principios rectores que se traen a colación como fuente del presente acápite, no tienen por sí mismo un carácter jurídicamente vinculante. A pesar de ello, se estudian las repercusiones de la normativa nacional e internacional en las empresas en relación con su cumplimiento respecto derechos humanos.

humanos de acuerdo con aquello que la Ley ha impuesto para regular su actividad (Principio 11). En consecuencia, velar por el respeto de derechos humanos en el seno de una organización significa por un lado, abstenerse de realizar alguna actividad que potencialmente pueda vulnerar un derecho y por otro, asumir las consecuencias negativas en caso de que se vulnerare. No obstante, las empresas en la actualidad cuentan con vacíos legales y ausencia de orientación por parte de las autoridades que direccionen correctamente su funcionamiento en aras de salvaguardar derechos humanos internacionalmente reconocidos⁴⁹ y se aminoren los riesgos de violaciones constitucionales, al margen de la responsabilidad legal y su correspondiente jurisdicción (ONU, 2012).

Si bien los Estados tienen la obligación directa de respetar, proteger y hacer cumplir el conjunto de derechos humanos y libertades fundamentales, también asumen dicha obligación de forma indirecta de acuerdo con la normativa internacional del propio Estado. Es decir, cuando no se adoptan las medidas adecuadas (políticas, legislativas, reglamentarias y/o de sometimiento a la justicia) para prevenir, investigar y reparar los abusos cometidos por agentes privados que se encuentran dentro de su territorio y/o registradas bajo su jurisdicción, cabe endilgar responsabilidad al Estado que ha permitido dichas consecuencias negativas “reales o no” sobre los derechos humanos (ONU, 2011, págs. 3 - 8).

Conforme el Alto Comisionado de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos (2011) la responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas según el principio numero 13:

⁴⁹ A respecto se afirma en los “*Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*” de la Organización de las Naciones Unidas (2011) que los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos, incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos en que se ha codificado, ello es: 1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2. Los principios relativos a los derechos fundamentales de los ocho (8) convenios fundamentales de la OIT. (Principio 12)

“a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionados con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”. (p.17 – 18)

En esa medida, en cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben hacer cumplir las leyes que tengan por objeto u efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas como asegurar que aquella normativa que rige la actividad de las empresas propicie el respeto de derechos como el impacto que tiene sus actividades en la sociedad, lo que se denomina la función y responsabilidad social empresarial⁵⁰ (UN Global Compact Commitments, 2011). Frente a ello a nivel mundial se han incorporado en los ordenamientos disposiciones dirigidas a la creación y ejecución de instrumentos que faciliten el cumplimiento de las obligaciones legales -en sentido amplio- y compromisos éticos con la debida diligencia⁵¹ en la materia. De allí que sea necesario que los Estados alienten la comunicación referida al cumplimiento y protección de derechos humanos, como por ejemplo, a través de los programas de cumplimiento normativo⁵² en las empresas, donde según sus propias circunstancias se identifiquen y evalúen los riesgos de consecuencias negativas reales o potenciales sobre derechos humanos que puedan verse implicadas.

⁵⁰ De acuerdo con el Pacto Mundial de la ANUDH se considera que “el incumplimiento de las leyes en vigor que regulan la observancia de derechos por las empresas constituye una laguna legal frecuente en la práctica de los Estados. Puede tratarse tanto de leyes de no discriminación como leyes laborales, ambientales, relativas a la propiedad, a la privacidad y al soborno.” Ver Pacto Mundial/ANUDH/Centro Castan sobre el Derecho de los Derechos Humanos/Foro Internacional de Dirigentes Empresariales, 2008)

⁵¹ La interpretación que se ha hecho sobre la *debida diligencia en materia de derechos humanos* se refiere a la continua gestión de una empresa para garantizar el cumplimiento en la materia de acuerdo con el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño, etc. Véanse los Principios Rectores 17 a 21 sobre diligencia debida en materia de derechos humanos (ONU, 2012, pág. 12)

⁵² Al respecto es necesario señalar que en la materia existe un modelo denominado “Matriz de Derechos Humanos”, la cual es una iniciativa del sector empresarial del año 2010 en donde la empresa realiza una autoevaluación que le permite diseñar estratégicamente su comportamiento en materia de derechos humanos. Ver “Iniciativa de dirigentes empresariales en cuestión de derechos humanos / Credit 360, actualizado en 2010.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES BAJO LA ÓPTICA DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En el presente apartado se hará referencia a ciertas categorías que son de vital importancia y las cuales constituyen límites al ejercicio del derecho a la libertad económica, principalmente a las empresas, en tanto son estas quienes tienen responsabilidades respecto al Estado y la sociedad.

2.1 Función social de la empresa

La función social de la empresa⁵³ aparece en la normativa constitucional en el inciso 3 del artículo 333 C.P. en donde se señala “(...) *La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial (...)*”. Ello implica que la empresa como base del desarrollo económico, es a su vez fuente de empleo y productora de bienes y/o servicios para el mejoramiento de la calidad y bienestar de la sociedad (C-620 de 2012)⁵⁴. Sin embargo, se considera que esta posición de la Corte resulta insuficiente en la medida que lo anterior constituyen presupuestos de la actividad empresarial más no implica obligaciones adicionales a su objeto social. Bajo esa óptica, se afirma que la función social exige que el actuar positivo de una organización empresarial sea más allá de aquello que es natural a la ejecución de su

⁵³ Frente al tema se considera que la siguiente frase expresa de forma acertada el objetivo de la actividad empresarial conforme una función social de la empresa: “*La empresa con fines de lucro es, debe ser y seguirá siendo la institución central de la economía moderna. Pero esto no significa que el objetivo de la empresa con fines de lucro sea obtener un beneficio, del mismo modo que nosotros necesitamos respirar para vivir, pero respirar no es el objetivo de nuestra vida*”. KAY, John. Artículo publicado en *el Financial Times* en la edición de papel del 13 de Junio.

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 de 2012 – MP: Jorge Ignacio Pretelt. En el mismo sentido: Sentencias de la Corte Constitucional C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-645 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-870 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-242 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-823 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-823 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

actividad, que tenga efectos en la calidad de vida no solo de sus trabajadores sino en el sector en que opera (C-870 de 2003)⁵⁵.

Materialmente hablando, que exista una función social de la empresa implica que se incorpore a la gestión regular de la empresa, programas y/o proyectos que se asumen por lo general dentro del marco de la responsabilidad social empresarial con el fin de brindar apoyo a grupos de población en condiciones de extrema pobreza o afectados en el sector que se opera. A pesar de que la categoría será estudiada en breve, es necesario desde ya diferenciar la categoría de función social de la empresa con algún tipo de asistencialismo o filantropía, pues constituye una estrategia corporativa de democratizar la economía de mercado y permita armonizar el tratamiento de derechos humanos con el contexto social que la acompaña, claramente sin asumir obligaciones propias del Estado social de Derecho.

A su vez, es también pertinente señalar que la función social también se le atribuye al concepto de propiedad en el artículo 58 C.P y como antecedente la reforma constitucional de 1936⁵⁶, permitió que la propiedad cumpliera con un conjunto de obligaciones en favor de la sociedad, lo que implicó una transformación en el concepto de posesión y una estimulación importante de la actividad agraria (Botero, 2006, pág. 95). Esta incorporación en el mandato constitucional es aplicable al concepto de empresa en la medida que esta parte concepto de propiedad privada y funge como la piedra angular de un sistema económico dirigido a la obtención de utilidades de tipo económico.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-870 de 2003 – MP: Jaime Araujo Rentería.

⁵⁶ Varios factores sociopolíticos permitieron llevar a cabo esta reforma constitucional (impulsada desde el gobierno de Olaya Herrera 1930 – 1934) relacionada con el tema de la propiedad privada y en contraposición a la Constitución de 1886. Entre ellos un proceso colectivo que si bien no desconocía la propiedad privada reconocía un problema social y de distribución de la riqueza en la cantidad de latifundios improductivos, razón por la cual se añade el trabajo como presupuesto fundamental del concepto de propiedad y se impulsa propuestas dirigidas a la repartición de la tierra. A pesar de lo anterior, el presente problema sigue suscitando debates en donde se ha favorecido a los grandes propietarios.

2.2 Interés social de la empresa y la importancia de grupos de interés o stakeholders

2.2.1 Interés social empresarial

El concepto clásico de *interés social* de una empresa obedece al fin por el cual uno o varios agentes racionalmente económicos deciden maximizar sus recursos a través de ciertas actividades. Sin embargo, los distintos movimientos sociales del siglo pasado, los efectos mundiales de la recesión económica y la reivindicación de los derechos de los consumidores (Sabogal, 2011, págs. 2 - 5) han permitido que se abandone parcialmente esta idea clásica exclusivamente utilitarista a la adopción de un concepto amplio, en donde la empresa es un instrumento de distribución de la riqueza y se beneficia no sólo los inversionistas sino también el colectivo o los llamados “*stakeholders*”⁵⁷ que confluyen alrededor de la actividad empresarial.

Hablamos de un abandono *parcial* del concepto clásico de interés social, en la medida que es un sector minoritario de la doctrina del sector privado (Hansmann & Kraakman (2000); Stiglitz (2010); entre otros) y de aplicación en la práctica judicial, quienes han asumido una posición amplia del concepto conforme a los lineamientos constitucionales anteriormente mencionados. Esto obedece a que la teoría de creación de valor compartido (*shareholder value*) se traduce para el sector en un gasto que merma sus intereses económicos en el corto-mediano plazo y no representa, bajo la perspectiva clásica, una inversión significativa y acorde a una economía de mercado (Jaeger, 2000).

Vale la pena señalar, que dichos argumentos referentes a los fines de la actividad empresarial tienen un concepto restringido acerca del aumento de valor de sus actividades, pues es claro que estos no se representan en términos exclusivamente

⁵⁷ Para algunas aproximaciones al concepto de *Stakeholders*, Vid. MORGESTEIN, Wilson. La responsabilidad social empresarial y el derecho de sociedades en Colombia. Bogotá: Tesis de maestría en Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 67-70.

monetarios sino también en el valor de activos intangibles, como la buena reputación y confianza que se genera en el mercado. De forma que adoptar un concepto de interés social amplio, en donde los activos intangibles cuentan con su debida prevalencia y reconocimiento, resultan más coherentes en relación con los fines de la actividad empresarial según los mandatos constitucionales. Sin embargo, resulta paradójico que sea un sector minoritario sea quien adopte la teoría del valor compartido toda vez que ésta encuentra fundamento en la Constitución Política de 1991, la cual reconoce una idea de Estado Social de Derecho (Art.1) en donde la propiedad privada cumple una función social (Art.58), su ejercicio está limitado por el interés social y común (Art.333) y de acuerdo con el principio de supremacía constitucional, el conjunto de prescripciones del orden nacional deben guardar relación, unidad y coherencia con ella.

Debido a ello puede afirmarse que el interés social constituye uno de los límites del ejercicio de la libertad de empresa junto la función social que constitucionalmente se ha reconocido y además, de conformidad con la cláusula primera de la Constitución colombiana en donde se reconoce el principio de un Estado Social de Derecho (Art.1), fundamenta la existencia de varios intereses en torno a la actividad de las empresas.

2.2.2 Los stakeholders como grupos de interés constitucionalmente protegidos

Ahora bien, el interés social bajo la anterior comprensión se refiere a los llamados grupos de interés o afectadas por el ejercicio de la actividad empresarial o conocidos con el nombre de “stakeholders”⁵⁸ (Jaeger, 2000). Bajo esa hipótesis, los administradores sociales estarían llamados a cumplir con dicho estándar en todas las actividades de la empresa, a través del mandado constitucional y específicamente, del mandato legal establecido en la Ley 222 de 1995.

⁵⁸ Según Sabogal (2011) (p.70) la “stakeholder theory” es una teoría interdisciplinar creada desde la filosofía para la organización empresarial o administración pero con implicaciones transversales en otros campos como las finanzas, el derecho, el marketing, etc.

Esta teoría ha tenido como argumento principal la idea que las empresas direccionan su actividad bajo una noción ética de la empresa y no exclusivamente utilitarista en términos económicos. Por lo tanto, la principal responsabilidad de la empresa es crear el mayor valor posible para los grupos de interés. Ello ha suscitado en la doctrina debates acerca de cuál grupo de interés debe ser favorecido o si existen intereses contemplados de forma jerárquica que permitan considerar un orden de satisfacción de sus necesidades respecto de otro. Al respecto se ha dicho que existen un primer grupo de interés que corresponde a los inversionistas y accionistas como consumidores, empleados, proveedores, etc. (stakeholders). Posteriormente, se encontraría la competencia, el gobierno y aquellos grupos de interés que no perciben un beneficio directo de la actividad de la empresa (Sánchez Calero, 2006; Esteban Velasco, 2005). En esa medida, podría considerarse esta prelación como una protección que se da a los stakeholders a través de la protección constitucional del interés social y de la función social de la empresa para exigir a los administradores sociales, la consecución de dichos fines en caso que no sean cumplidos.

2.3 Buen gobierno empresarial o corporativo

El concepto de buen gobierno o “*corporate governance*”⁵⁹, se ha entendido como el conjunto de reglas y procedimientos que se tienen en cuenta en los *–decision-making processes*⁶⁰-, que influyen directamente en el valor real de la empresa y constituye una herramienta que contribuye al logro de objetivos de estabilidad, seguridad y confianza. A su vez, ha permitido que el sector empresarial e incluso entidades del sector público,

⁵⁹ Según la OCDE, el *gobierno corporativo* se refiere a los *medios internos* por los cuales las corporaciones son operadas y controladas. Un régimen adecuado de gobierno corporativo ayuda a asegurar que las corporaciones utilicen su capital eficientemente (OCDE, 1991). Lo anterior en la medida que, los medios que se adoptan están orientados principalmente a evitar el mal uso de la información como consecuencia de una ausencia de ética dentro de la empresa y en esa medida, se justifica su utilidad en la estructura interna.

⁶⁰ Se entiende como aquellos procesos de toma de decisión de las empresas a partir de la información necesaria para el desarrollo del objeto social de la misma, obteniendo así, soluciones alternativas a una cuestión determinada. Ejemplo de ellas son las reformas estatutarias, estructuras de capital, esquemas de remuneración de los administradores sociales, trato equitativo entre socios mayoritarios y minoritarios, entre otras. Véase (<https://www.umassd.edu/fycm/decisionmaking/process/>)

aumenten considerablemente su participación en el mercado en razón a la confianza generada a los inversionistas, control del riesgo, legitimidad e incremento significativo del valor en sus activos tangibles e intangibles⁶¹ (*good will, know how, brands, etc.*) que es generado por las buenas prácticas en las transacciones comerciales y a su vez, en el desarrollo económico de los Estados (Flores Konja & Rozas Flores, 2008).

Por otro lado, la noción de *buen gobierno*⁶² está estrechamente ligada a conceptos de moralidad, ética, igualdad material, trato equitativo, responsabilidad social, que permite plantear un cambio de paradigma respecto los objetivos de la actividad empresarial, el interés social y la noción misma de empresa. En esa medida, el concepto pareciese caer en una tautología ya que se ha acompañado con el adjetivo calificativo de “*buen*”, como si el gobierno y toma de decisiones *per se* no se tratará de una correcta administración y elección de decisiones que beneficien a la misma empresa conforme al principio constitucional de buena fe (Neme Villareal, 2006). Sin embargo, al existir multiplicidad de definiciones, son las empresas quienes deciden qué dirección o enfoque les resulta más acorde al *interés social* que motive sus actuaciones en el mercado.

De igual forma, se sostiene que se trata de un primer estadio de *autorregulación* en el sector empresarial, pues si analizamos con mayor profundidad, no se trata de una asunción eminentemente voluntaria la cual sería el presupuesto de una regulación de un programa de cumplimiento normativo. Al contrario, se adoptan distintos estándares que faciliten el acceso y apertura a la información, en la medida que son las empresas

⁶¹ El *Global Investor Opinion Survey on Corporate Governance*, encuesta realizada por *McKinsey & Company*, demostró que el 15% de los inversionistas institucionales, estiman al Gobierno Corporativo más importante que los estados financieros de las empresas; y el 22% de estos inversores esta dispuestos pagar un 19% más por el valor de las acciones. (Ver en <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/1922101.pdf>).

⁶² En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el concepto de “buen gobierno” se ha asociado a los principios de la Administración Pública en aras de lograr su profesionalización y esquemas asociativos que privilegien la estructura y conformación bajo dicha noción. (*Corte Constitucional C-533 de 2013. MP: María Victoria Calle*)

quienes actúan en razón a las consecuencias negativas que genera el propio mercado y no una verdadera cultura de cumplimiento.

No obstante, la presente tendencia se ve reflejada en la positivización de recomendaciones⁶³ e invitaciones a través de los denominados *códigos de Buen Gobierno, manuales de ética corporativa o códigos de mejores prácticas empresariales*, fenómeno que ha incursionado a nivel mundial en distintas legislaciones (ECLAC, 2015). A su vez, Colombia^{64 65}, ha sido identificado líder en avances regulatorios y voluntarios en los últimos años, producto de la sinergia de esfuerzos por parte de gremios y asociaciones del sector privado y público, lo que permite concluir que, es posible considerar los códigos de buen gobierno como la materialización de la disposición normativa referida al interés social y de la gobernanza de la empresa a la luz de los principios éticos de transparencia, respeto, honestidad y justicia.

2.4 Responsabilidad social empresarial

La categoría de *Responsabilidad Social Corporativa o Responsabilidad Social Empresarial*, de ahora en adelante RSE, se erige como una de las categorías estructurales respecto a la noción de autorregulación⁶⁶ y ética mínima en los negocios, las cuales resultan necesarias para la creación de una política de cumplimiento desde

⁶³Entre ellos se encuentra los lineamientos emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los lineamientos del código andino de gobierno corporativo de la Corporación Andina de Fomento (CAF), entre otros.

⁶⁴ Colombia. “Programa Corporate Governance para Colombia – Confecámaras – CIPE”. En la elaboración del código Marco de Buen Gobierno, programa se unieron esfuerzos de varios entes del sector privado como Asofondos, la Bolsa de Valores de Colombia (BVC), la Cámara de Comercio de Bogotá, la Cámara de Comercio de Cartagena, Confecámaras, KPMG, Revista Dinero, Spencer Stuart.

⁶⁵ Es preciso aclarar que nos estamos refiriendo exclusivamente a disposiciones de *soft law*, en tanto el tema de buen gobierno se encuentra en múltiples normas del sector financiero y societario. Las principales son: 1. Código de Comercio, Libro Segundo, Títulos I y IV; 2. Ley 222 de 1995, Título I; y 3. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Parte III, Capítulo VIII.

⁶⁶ Al respecto ver: LUMDSEN, ANDREW; Friedman, Corporate Social Responsibility: The Case for a Self Regulatory Model. *Company & Securities Law Journal*, 2007. *Sydney Law School Research Paper No. 07/34*. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987960

una dimensión social. Se habla de RSE en la medida que existe un compromiso de cumplimiento de tipo ético de generar valor a la actividad empresarial, obtención de ventajas competitivas y de forma conjunta a los afectados por ella (la sociedad, el medio ambiente y la economía) (López-Arceiz & Bellostas, 2017).

Para la Corte Constitucional, la RSE tiene origen a finales del siglo pasado y está fundamentado en el desarrollo del Artículo 333 C.P, en donde se contempla que la empresa tiene una función social y su ámbito normativo está relacionado en principio con el sector laboral, social, económico y ambiental pero nada obsta para que sean tenidas en cuenta leyes que proclama y desarrollan las variadas generaciones de derechos humanos⁶⁷. Por lo tanto, la gestión empresarial debe preocuparse por el impacto de sus operaciones y su ejercicio está limitado por el cumplimiento de una serie de restricciones y responsabilidades, donde resulta de imperioso cumplimiento la adopción de medidas de esta índole como del cumplimiento de los compromisos que se han asumido de forma voluntaria superando el estándar impuesto por la ley (Corte Constitucional, T-781 de 2014).

De igual forma, asumir obligaciones de un sistema de gestión ética en el marco de la RSC, requiere de entender la distinción entre un compromiso ético a diferencia del legal, en tanto este último tiene un carácter obligatorio y por el contrario, aquel tiene una naturaleza netamente voluntaria. Sin embargo, es preciso señalar que esta afirmación se refiere únicamente a la decisión originaria de implantar un sistema de gestión de RSE⁶⁸, en la medida que una vez implantado, podría convertirse en una obligación y objeto de un programa de cumplimiento para la prevención de riesgos que generaría su potencial incumplimiento.

⁶⁷ Tal fue la orientación de la *Corte Constitucional en Sentencia T-247 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto*, al referirse a la relación entre un enfoque de responsabilidad social empresarial y la óptica constitucional del Estado Social de Derecho, afirmó: “*Ambos, antes que enfoques contradictorios, resultan compatibles y complementarios, en cuanto involucran, con fundamentos conceptuales distintos, el mismo telos: la eliminación de prácticas discriminatorias en el empleo y la ocupación en el actuar empresarial.*”

⁶⁸ Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-375 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-915 de 2010, MP: Humberto Antonio Sierra. Sentencia C-851 de 2013, MP: Mauricio González Cuervo, entre otras.

**CAPÍTULO II: CAPITULO: LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO
MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA**

INTRODUCCIÓN

Actualmente las empresas cumplen un papel fundamental en el desarrollo de la sociedad, el Estado⁶⁹ y en aquellos escenarios donde ha tenido una transición los modelos de conducta colectiva que exige el sistema jurídico pues ya no le es exigible únicamente el conjunto de obligaciones relacionadas con su propia actividad sino con la sociedad en su conjunto (Rodríguez, 2018). En esa medida, la principal situación de complejidad deriva en una ponderación de intereses individuales que en teoría deben ceder ante los intereses de tipo general (C-053/2001) y demás límites de orden constitucional que condicionan el ejercicio del derecho a la libertad económica (Artículo 333 C.P).

De igual manera, las nuevas corrientes funcionalistas - estructuralistas⁷⁰ que dan explicación a la noción de *sociedad* desde una visión sistémica, proponen la *teoría de sistemas sociales* en donde la *comunicación* funge como instrumento que dirige todas las estructuras e instituciones que hacen parte de un sistema en particular (Luhmann,

⁶⁹ Al respecto, la doctrina se ha pronunciado sobre el incremento de iniciativas regulatorias internacionales, bien sean normas de organismos internacionales o incorporadas a los ordenamientos nacionales a través de compromisos de carácter político e introducidas a través de la figura del bloque de constitucionalidad (Art. 93 CP), hasta códigos de buena conducta que operan en los sectores industriales y mercados específicos, que son proferidos por organizaciones globales y regionales como empresas del sector privado en los últimos años. Ello en palabras de KEOHANE y VICTOR (2011) ha producido “*regímenes complejos*” en donde no existe coordinación ni armonía entre el sistema jurídico, lo que implica que las empresas como sujetos que actúan en él, encuentren mayor número de obstáculos para desarrollar su objeto social. Así mismo, es necesario analizar que las empresas como instrumento idóneo para materializar los derechos relacionados con la libertad económica, libertad de empresa, libre competencia, entre otras, constituyen un papel relevante en la generación de empleo y creación de valor en la economía de un país, de allí su vital importancia.

⁷⁰ Con nuevas corrientes nos referimos a las propuestas creadas a partir de las críticas de LUHMANN, N. (1998) (p.37), con el fin de superar las discusiones que se planteaban a la teoría parsoniana frente a la insuficiencia de método de investigación de los problemas sociales, en donde no era posible analizar contextos y procesos sociales dentro de relaciones lógicas y equivalentes si no existía un presupuesto que definiese la estructura (Arriaga A., 2003). De allí que la postura de Luhmann sea novedosa, pues si bien no prescinde del discurso estructural da un valor preponderante a la función de un sistema con el fin de reducir su complejidad.

1996)⁷¹. Para Luhmann, un *sistema* es el conjunto de comunicaciones que son propias de él y que por lo tanto, le permite diferenciarse de aquello que no constituye por sí mismo elemento necesario para sus estructuras. Ello permite que exista una *clausura operativa* del sistema a través de la identificación de sus funciones (Mújica & Chavéz, 2014) y a su vez, éste adquiere estabilidad como autonomía para regularse y, crear por sí mismo los elementos que aseguren su existencia y auto reproducción o *autopoiesis*⁷² (Luhmann, 1991).

En la presente teoría, se toma como punto de partida una noción de *universalidad*, donde el sistema global permite estructurarse en distintos subsistemas de orden más limitado según el entorno próximo del que quiera establecer una relación de diferencia (Sánchez Romero, 2011)⁷³. Por ejemplo, dentro del sistema global existen múltiples sistemas como el jurídico, económico, político, etc., los cuales guardan una relación con el sistema que le sirve de entorno *-el sistema social-*. Por tanto, el Derecho se configura como un *sub-sistema* funcional⁷⁴ dentro del sistema social, el cual tiene por función la creación de un conjunto de expectativas de orden normativo que permiten generar estructuras de comportamiento de los sujetos que interactúan en él y a su vez asegurar su cumplimiento. Ello constituye un presupuesto para que el sistema pueda crear los elementos necesarios para su operación y adquiriera la autonomía propia para

⁷¹ Es necesario partir que dicha fundamentación se logra a través de la definición de *sistema*, como el conjunto de comunicaciones y comportamientos que permiten diferenciarlo de su entorno. En consecuencia, el sistema es tal porque las operaciones fácticas que se producen en su interior cumplen con la función de diferenciarlo de aquello que no le pertenece, es decir, su entorno (Luhmann, 1996, pág. 78).

⁷² El concepto de *autopoiesis* ha sido tomado desde el campo de la biología formulado por el científico chileno Maturana y se refiere a la condición fundamental de existencia de los seres vivos en la continua producción de sí mismos. Ver Maturana, H. (2002). *“Transformación en la convivencia”*. Ed. Océano – Dolmen Ediciones S.A, Santiago de Chile. Págs. 283.

⁷³ Sin embargo, no sólo basta su desarrollo estructural a través de la fijación de su campo de acción y determinados límites para asegurar su auto-regulación, sino que es necesario traer a colación su dimensión *semántica*, la cual permite establecer que las comunicaciones que hacen parte del sistema estén dotadas de sentido al dirigirse al cumplimiento de expectativas sociales y aquellas específicas que el sistema impone, crea y exige en su interior (Luhmann, "Unidad y diferencia en la sociedad moderna, 1994).

⁷⁴ Para LUHMANN (2005), el Derecho está constantemente obligado a crear estrategias de especialización para asumir los retos que exige una sociedad mundial funcionalmente diferenciada y con altos niveles de complejidad.

consolidarse como un sistema autosuficiente y con unidad operativa que permite encontrar respuesta a los problemas que se producen en su interior a través de sus propios elementos (Luhmann, 2007).

Uno de los principales problemas del Derecho en términos de eficacia de la ley⁷⁵ y operación normativa respecto de los agentes, bien sean operadores jurídicos, legisladores, jueces, etc., ha consistido en el cumplimiento del conjunto normativo que se establece para salvaguardar la protección de un interés específico. Por lo tanto, la estructura y la lógica de la presente teoría supone que la gran estrategia del Derecho contemporáneo según Luhmann (2005) es alcanzar un grado de indiferencia que permita normar o crear disposiciones normativas a partir de criterios y operaciones exclusivamente autogenerados, lo que supone que la tarea legislativa encuentre nuevas dimensiones que permitan crear y adoptar, con mayor eficacia y control, instrumentos más idóneos para el sector empresarial. Lo anterior supone facilitar su reproducción a través de instrumentos de *auto-regulación* por parte de las empresas que garanticen su autonomía respecto de otros sistemas y den soluciones jurídicas a los problemas de igual naturaleza⁷⁶.

Ello cobra relevancia en el sentido que la empresa, como agente protagónico e interlocutor de cada uno de los subsistemas funcionales en que le es posible actuar, crea una comunicación dotada de sentido a través del cumplimiento de las expectativas normativas las cuales constituyen un requisito previo para la reproducción y estabilidad del sistema (Luhmann, 1991). Una de las formas de asegurar que dicha comunicación

⁷⁵ La eficacia de la norma se refiere a la obligatoriedad, aplicabilidad de las mismas y la inexcusabilidad de su cumplimiento, el cual es un presupuesto necesario de la existencia de un sistema jurídico. Sobre el tema NAVARRO & MORESO (1995) consideran que la eficacia de las normas jurídicas está supeditada a la existencia de una relación de correspondencia entre las normas y las acciones humanas.

⁷⁶ Al respecto es preciso señalar que desde la visión de LUHMANN (1991) sobre la capacidad permanente de reproducción de los sistemas, en el campo del sistema jurídico, dicha capacidad es posible siempre y cuando exista un acuerdo previo plasmado en una Constitución, so pena de no distinguir un sistema jurídico funcionalmente diferenciado.

sea idónea y cumpla su objetivo de ser un sistema autónomo, es la incorporación de los programas de cumplimiento o *compliance* al interior de las empresas.

El *compliance* o programas de cumplimiento, es una forma de *auto-regulación* de las empresas y como manifestación del derecho a la libertad de empresa, en donde la mayoría de las veces es propuesta por el sistema mediante disposiciones jurídicas que tienen un contenido obligacional o discrecional, con el objetivo de incorporar a sus estructuras organizativas programas preventivos que aseguren el cumplimiento de la ley. En esa medida, para que estas expectativas normativas sean satisfechas, las empresas crean fórmulas o estrategias encaminadas a regular las posibles contingencias en un estadio previo a la imposición sancionatoria o consecuencias jurídicas que ha creado el ordenamiento respecto de alguna situación en concreto.

En otras palabras, los programas de cumplimiento constituyen el instrumento para llevar a cabo una comunicación dentro del sistema e incluso por fuera de él, la cual está orientada a evitar que dichas expectativas se frustren y así, sus funciones se dirijan a la prevención, control y en algunos casos, corrección de riesgos e infracciones de normas jurídicas y extrajurídicas pertenecientes al entorno que han sido incorporadas como propias al sistema. Lo anterior se ha logrado mediante códigos de buen gobierno corporativo y políticas de responsabilidad social empresarial, creando así una verdadera cultura de cumplimiento⁷⁷.

En el caso específico, la creación de un instrumento jurídico que permita optimizar con mayor eficacia y legitimar el papel del subsistema del Derecho en el sistema social y su consecuente *autopoiesis*, resulta de gran avanzada para asumir los retos actuales de cara a los interlocutores de tipo empresarial. Así mismo, tomar como presupuesto de la

⁷⁷ Se ha utilizado con mayor frecuencia en temas relacionados con políticas contra la corrupción y la necesidad de aumentar los índices de transparencia y eficiencia de una economía globalizada mediante la aprehensión de presupuestos éticos en el mundo empresarial. Al respecto ver “BACIGALUPO, Silvina. (s.f.). “Cultura de cumplimiento e integridad”. *The Economy Journal*. <https://www.theeconomyjournal.com/texto-diario/mostrar/714615/cultura-cumplimiento-e-integridad>. (Consultado Agosto de 2018)”.

ejecución de un programa, la existencia de una norma jerárquica superior que permea el sistema en su interior, justifica la existencia de programas de auto-regulación en donde su debida implementación asegura que las exigencias respecto el cumplimiento de la ley se vean reducidas y se garantice la debida protección a los derechos de quienes actúan en el sistema.

A su vez, estos programas suponen el cumplimiento de principios constitucionales mencionados en el capítulo anterior, toda vez que supone que la aprehensión de la normativa legal y constitucional y de aquella que se ha derivado del *derecho de autodeterminación* de los particulares y el derecho a la libertad económica⁷⁸, como lo son los códigos de buenas prácticas, la responsabilidad y función social de la empresa los cuales deben estar dirigidos principalmente a salvaguardar los derechos fundamentales que confluyen al interior de las organizaciones empresariales o *-stakeholders-*.

Por otro lado, al ser la categoría de “*compliance*” relativamente novedosa, existen pocos autores especializados en temas de programas de cumplimiento en el área del Derecho en general; razón por la cual el presente trabajo se basará principalmente en los aportes dados por el Derecho penal, en la medida que ha sido el campo de desarrollo de dicha categoría y gradualmente se ha ido expandiendo a otras ramas. A su vez, en materia constitucional no existe expresamente un tratamiento de la actual figura, sin embargo se ha dado un trato incipiente al incorporar la categoría de “*cultura de cumplimiento*” por la Corte Constitucional⁷⁹ en una de sus providencias y en la

⁷⁸ Como es bien sabido, el derecho a la libertad económica protege a aquellos empresarios en el ejercicio de actividades lícitas que tienen como objetivo desarrollar un particular objeto social dependiendo del sector de producción que este destinado. Por lo tanto, al ser una actividad que asume distintos riesgos de vulneración de normativa legal como constitucional particularmente *-derechos colectivos-*, sobre todo relacionados con el orden socioeconómico, consumidores, medio ambiente y, existe una justificación de su urgente incorporación en las empresas.

⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-823 de 2004 – MP: Álvaro Tafur. La Corte considera que la consolidación de una cultura de cumplimiento está dada por la creación de procedimientos por parte del legislador y del aparato estatal en general, para asegurar en el corto y mediano plazo el cumplimiento de los fines del Estado y de las obligaciones en cabeza de los particulares.

conceptualización dada por la doctrina, sobre la función social que está llamada a cumplir la empresa en virtud el mandato constitucional. Es necesario precisar que no es un término que se agote en el Derecho, sino es transversal a distintas ciencias donde es necesario cumplir con algún tipo de reglamentación, no necesariamente jurídica.

En primer lugar, se dará una mirada descriptiva y crítica a las distintas definiciones han suscitado mayor relevancia frente al tema de los programas de cumplimiento, su origen, naturaleza, elementos esenciales, entre otros, con el fin de brindar al lector una aproximación conceptual al tema objeto de estudio. En segundo lugar, será necesario precisar la justificación de modelos de *compliance* al interior de las estructuras empresariales, su regulación de riesgos en el sector empresarial y de qué forma se ha constituido como una tendencia internacional que ha llevado a que Colombia adopte, de manera incipiente, el tema en algunas entidades del sector público y privado, como es el caso de la incorporación de la *Ley 1778 de 2016*⁸⁰ y demás proyectos de ley que cursan en el Congreso con relación a la llamada “*Lucha Anticorrupción*” del actual Gobierno⁸¹.

Es importante resaltar que varias de las fuentes utilizadas relacionadas directamente con la función de *Compliance* y los programas de cumplimiento, tienen fundamento en el caso español y norteamericano en tanto han sido considerados como legislaciones pioneras en la implementación y ejecución de estos programas en el sector empresarial. A lo largo del presente trabajo se traerá a colación con el fin de realizar un análisis de

⁸⁰ Mediante la Ley Anti-soborno 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. Esta ley recoge las exigencias de la normativa de la OECD sobre soborno transnacional para asegurar “*la eficacia de los controles internos, la ética y los programas y medidas de cumplimiento para evitar y detectar el soborno a funcionarios públicos extranjeros en transacciones internacionales*”.

⁸¹ El 28 de Agosto del presente año se radicó ante el Senado el proyecto de ley número 117 de 2018 denominado “Por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones”, el presente supone la incorporación de muchas instituciones que se han manejado en otras legislaciones, entre ellas, los programas de cumplimiento a entidades públicas como privadas denominados como “*sistemas de prevención, control y mitigación del riesgo de corrupción*” y la incorporación de la categoría “cultura de respeto” que si bien está dirigida al sector público permeará indiscutiblemente al sector privado.

derecho comparativo⁸² con distintos ordenamientos jurídicos que están incursionando con su incorporación en el sector empresarial.

Finalmente, el presente desarrollo conllevará a la correcta interpretación de la definición de *compliance* dada desde el inicio de la presente investigación, con el objetivo de tomar un punto de partida claro y sustancial para construir nuevas formas de análisis de la reciente categoría y el análisis de un marco de protección de derechos individuales y colectivos, frente a las nuevas realidades que el Derecho debe apropiarse con eficiencia y compromiso.

⁸² El derecho comparado se trata de aquella disciplina que realiza un ejercicio comparativo entre uno o más sistemas jurídicos con el objetivo de guiar la jurisprudencia en desarrollo y el perfeccionamiento del derecho de un territorio a través del estudio previo de instrumentos e instituciones del Derecho extranjero –objeto de estudio-; por otro lado, el derecho comparativo hace un ejercicio simple de estudio de derechos extranjeros sin entrar a realizar un juicio comparativo. Por lo tanto, siguiendo la frase de Niboyet “*El comparatista no tiene por misión el transformarse en un importador de cargamentos jurídicos. Después de haber sacado del estudio de ciertos derechos extranjeros un provecho cultural, debe ponerse en guardia, al contrario, contra la fácil tentación de tomar el derecho de los demás, tal como lo encuentra hecho, en vez de crearlo por sí mismo*”. En esa medida, se advierte desde ya que el ejercicio de traer a colación fuentes extranjeras es con el fin de ponerlas en conocimiento del lector la regulación en distintos ordenamientos jurídicos.

1. DEFINICIONES DOCTRINALES DE LA CATEGORÍA DE COMPLIANCE

El término *compliance*, de origen anglosajón, hace referencia al cumplimiento de algo (*to comply with*), es decir, a la sujeción y ejecución de distintas actividades de acuerdo con unas reglas. En su expresión más sencilla, se trata del cumplimiento de las normas y reglamentación que proviene de órganos con capacidad legislativa o de los poderes públicos, vigentes y en algunos casos específicos aplicable sectorialmente; y a su vez, de aquellas obligaciones que una organización, privada o del sector público, ha elegido cumplir de forma voluntaria; es allí cuando se habla que una actividad se encuentra *in compliance with the codes* (Troklus, Warner, & Wollschlager, 2008).

Así mismo, el actuar dirigido al cumplimiento de la Ley encuentra un primer sustento en el Artículo 6 de la Constitución, el cual establece que los articulares serán responsables ante las autoridades únicamente por infringir el conjunto de disposiciones normativas que hacen parte del ordenamiento en su totalidad. En esa medida, el sector empresarial adopta herramientas, como son los programas de cumplimiento como facultad constitucional de autodeterminación y ejercicio del derecho de libertad de empresa, lo que incluye organizar su estructura según sus propias necesidades, siempre y cuando se esté bajo el imperio de la Ley.

Según HORMAZÁBAL MALARÉE (2017) se trata de “(...) *una determinada actividad que se desarrolla o se ha desarrollado dentro del marco de las normas jurídicas que regulan esa actividad*”. De igual forma, se hace mención por parte del autor que dicho cumplimiento no se trata de una norma jurídica única, pues no existe esa norma genérica que regule todas las actividades, sino que existen muchas normas específicas relacionadas al sector mismo (Hormazábal Malarée, 2017). Sin embargo,

ello resulta discutible según el principio de supremacía constitucional⁸³ en la medida que dentro del ordenamiento jurídico existe una jerarquía normativa en la cual la Constitución es norma de normas⁸⁴ y cumple una función primaria que irradia todo el ordenamiento jurídico. En esa medida, podría afirmarse que si bien no existe una disposición normativa genérica aplicable bajo una interpretación exegética a todas las actividades posibles en el tráfico social y jurídico, si existe un conjunto de principios y normas constitucionales contenidas en el ordenamiento constitucional que rigen de forma genérica a todas las actividades.

Ello se ve reflejado en CARRAU (2016) cuando señala: “*se debe considerar que la implantación de compliance en una organización sería bueno optimizarla, enfocándola en diferentes ámbitos, e incluso a los ámbitos normativos internos de una empresa (normas de funcionamiento de la misma), pues una verdadera gestión integral de los riesgos invitaría a adoptar sistemas de prevención de cualquier incumplimiento normativo del que se puedan derivar no solo penas sino también sanciones administrativas o sanciones internas de la organización*”⁸⁵.

⁸³ Este principio tiene una función jerárquica la cual trae dos consecuencias importantes, de un lado, la imposibilidad de considerar que en el orden jurídico normativo existe un nivel superior a la Constitución. Lo anterior, implica que aquellas normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (Artículo 93 CP), alcancen el mismo nivel jerárquico de la Carta Política. De otro lado, el principio supone que la Constitución sirve de parámetro de validez formal y material de las normas que hacen parte del ordenamiento (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-054 de 2016, MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia C-490 de 2011, MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia C-400 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero)

⁸⁴ En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra reflejado principalmente en la Constitución Política en su Artículo 4, el cual señala: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*”

⁸⁵ En el presente caso se observa un caso donde la autoridad judicial se pronuncia sobre la adquisición de una compañía privada por parte de una empresa pública, se ajusta a las normas de libre competencia y en caso de que sea necesario, fijar las condiciones necesarias para evitar riesgos anticompetitivos derivados de integraciones verticales u horizontales. Al respecto, el Tribunal considero que existían riesgos de consolidación de integraciones horizontales derivados de las relaciones de propiedad existentes en el mercado y en esa medida, era necesario que las partes elaboraran un programa de *compliance*, siguiendo al menos, lo dispuesto por la Fiscalía Nacional Economía en su guía sobre programas de cumplimiento. Es relevante destacar la medida que adopta el juez al considerar un programa de *compliance* como la herramienta idónea para prevenir la materialización de una conducta anticompetitiva, la cual supone usualmente la integración empresarial en cualquiera de sus formas. Además por la naturaleza de la actividad y sus consecuencias, consideramos que se configura una herramienta de protección de los *stakeholders* del sector, como son los consumidores en la medida que

Para otros autores, se trata de una auto-regulación y auto-vigilancia⁸⁶ que hacen las empresas a través de normas internas para asegurar que se cumple con aquello que la ley les impone de forma preventiva al posible incumplimiento y, en caso que se materialice, se pueda sancionar por la misma estructura organizativa y no por el Estado, que es quien goza de la facultad sancionadora frente al incumplimiento de la ley (Kulhen, 2013, págs. 53 - 58). Lo anterior, se ha fundamentado por parte de algunos autores, en la descentralización de la potestad sancionatoria del Estado en los agentes privados en tanto existe en el marco de una política criminal, una necesidad de aumentar la eficiencia y prevención de delitos a través de distintas herramientas disuasorias y alternativas de punición (Mir Puig, Gómez Martín, & Corcoy Bidasolo, 2014).

Bajo esta línea argumentativa, si bien el Estado tiene el deber de impedir la materialización del incumplimiento de la Ley a través de la prohibición y sanción de ciertas conductas y/o la regulación de actividades a través de la función de supervisión y vigilancia delegada en alguna entidad pública, se considera que la tendencia de transferir gradualmente al sector privado dichos deberes, al menos sin parámetros concretos, puede poner en riesgo la protección de derechos subjetivos⁸⁷ contenidos en

al no permitir el aumento de poder en el mercado, no se tomen decisiones arbitrarias respecto de los precios de productos y/o servicios ofrecidos. (Resolución N°51 de 2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Chile)).

⁸⁶ Se habla desde el alemán del concepto de “*Selbstüberwachung*” que traduce en *self-monitoring*, término utilizado por SILVA SANCHEZ (2013) y el cual es utilizado únicamente en el ámbito empresarial, en tanto al Derecho le resulta relevante el ejercicio propio de regulación por parte de las personas jurídicas, el cual se traduce en expectativas objetivas de comportamiento y no invade aspectos psicológicos, como resulta en el ámbito de las personas naturales.

⁸⁷ A modo ilustrativo se cita la Resolución N°1097485 de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile (Chile), en donde la Corte se pronunció sobre un recurso de protección en contra de una entidad bancaria por la terminación unilateral de un contrato de cuenta corriente suscrito con un particular. La entidad bancaria aduce que dicha terminación no vulnera las garantías del particular en tanto se limitó a seguir las reglas de su programa de *compliance*, específicamente una manifestación de gobierno corporativo denominado “*Manuel de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Cohecho*” que señala aquellos clientes que representan un mayor riesgo de lavado de activos, bien sea por la industria en que actúan, el tipo de operaciones relacionadas a su actividad, la procedencia de sus capitales, etc. Así, producto de la aplicación de normas de cumplimiento y prevención de delitos, se llegó a la conclusión que el recurrente podría estar vinculado a hechos constituidos de actividades delictuales.

la Carta Política como es el debido proceso (Artículo 29), a la intimidad, el buen nombre y protección de datos personales (Artículo 15), participación de trabajadores en la gestión de las empresas (Artículo 57), presunción de inocencia, entre otros. Así mismo, el papel de un Estado garante de la protección de ciertas garantías y conforme los fines esenciales que dirigen sus actividades (Artículo 2 CP), pueden verse menoscabados en aras de conseguir eficiencia en el desarrollo de sus propias funciones.

Es preciso anotar que dicho componente de sanción resulta problemático en tanto se ha entendido que el sistema de *compliance* tiene objetivos preventivos y correctivos, más no sancionatorios (Nieto Martín, 2013) (Asociación Española de Compliance, 2017). Un mecanismo correctivo hace referencia a una modificación que se hace a algo con el fin de superar una imperfección o error que invalida una norma interna de la empresa, mientras que un mecanismo sancionatorio hace alusión a la consecuencia jurídica de una infracción de una norma jurídica.

Lo anterior resulta relevante en tanto los alcances de cada una son de naturaleza distinta; por su parte cualquier reparo interno de una empresa tiene efectos en la relación con los deberes propios de la relación laboral con los trabajadores y en la organización o funciones de *management* entre los directivos, de forma que una vez superada dicha infracción, su funcionamiento operacional continua de forma regular y acorde a los códigos y reglamentos de la empresa (por ejemplo el código de buen gobierno o el reglamento laboral). Por otro lado, la infracción de una norma externa,

Si bien el problema jurídico de la presente providencia hace referencia a una cuestión dirigida a conocer si existe una vulneración de derechos por parte de la entidad y un derecho de información en la formación del contrato, el Juez hace referencia en su parte resolutive sobre la actuación de la entidad basada en una política de cumplimiento en donde afirma: “(...) *el cumplimiento de un deber legal no puede calificarse como acto ilegal*”. Por ello, no existe ilegalidad en la conducta de la entidad, sino un simple cumplimiento de normas internas que se ajustan al ordenamiento jurídico y hacen parte de su política de prevención tomar medidas con la debida diligencia; por esa razón el recurso no resulta procedente. Al respecto es necesario señalar que si bien en el presente caso existe una particularidad al tratarse de un contrato donde su naturaleza se basa en la confianza y manejo de recursos financieros, es necesario preguntarse hasta qué punto, una empresa basada en un programa de cumplimiento puede vulnerar la presunción de inocencia de una persona e incluso vulnerar distintos derechos subjetivos de una persona natural o jurídica.

es decir del ordenamiento jurídico con alcance general e impersonal, impone el deber de comunicación a las autoridades⁸⁸ con el fin de que se proceda al debido proceso y aplicación de la ley de acuerdo con la naturaleza y grado de la infracción. Es decir, si existe una infracción a una ley, por ejemplo de tipo penal, esa infracción constituye la comisión de un delito y por lo tanto es el Estado quien debe asegurar la imposición de una sanción y no la empresa.

En esa medida, contemplar que los programas de *compliance* tienen objetivos de ejecutar mecanismos sancionatorios en contra de las personas naturales de la estructura interna de la empresa, estaría supliendo las facultades estatales de sancionar el incumplimiento de la ley, con riesgo de sacrificar las garantías de un ente imparcial con funciones jurisdiccionales ya que es claro que, todo procedimiento sancionatorio debe gozar del respeto de las garantías mínimas de defensa y contradicción para que el ejercicio de dicha facultad sea acorde a la ley y al ordenamiento constitucional (Nieto Martín, 2013). Muy distinto es hablar del traslado de las funciones de prevención del incumplimiento de la ley a los particulares, en razón a que estos no cuentan con las asimetrías de información existentes en la relación del Estado- empresa, sino esta cuenta con mayores posibilidades de control de los riesgos existentes en sus operaciones.

Ahora bien, de forma anticipada se señala que la descentralización de las funciones propias del Estado al sector privado, se reúnen en un único ente el cual es la *empresa*.

⁸⁸ Se ha implementado sistemas de denuncias internas en las empresas, más conocidos como “whistleblowing”, los cuales son utilizados por parte de los empleados para advertir el incumplimiento de normas internas de las empresas como de las normas jurídicas o de algún otro tipo que rigen su actividad. Al respecto, se ha acrecentado el número de recomendaciones que garanticen el anonimato y la no represalia del trabajador a través de *botlines* o disposiciones en sus códigos de buen gobierno. Ver MARTIN, Brian. (2013) “Whistleblowing: A practical Guide”, Irene Publishing, Washington D.C. De igual forma, RAGUÉS I VALLES, R. (2006) define esta práctica como: “(...) *el intento de un empleado de una corporación o sociedad mercantil de revelar conductas ilícitas cometidas en la organización o por parte de ésta, entendiéndose por tales no sólo las conductas o condiciones que el empleado considera ilegales, sino también las que juzga como inmorales o contrarias al interés público*”. Un adecuado funcionamiento de mecanismos como el anteriormente explicado, garantiza que no exista vulneración a derechos constitucionales que pueden verse afectados, pues en estos casos la empresa funge como autoridad y asume funciones propias del Estado.

Dichas funciones fundamentadas en el *principio de separación de poderes*⁸⁹, sin la debida implementación de programas de cumplimiento acorde a los postulados constitucionales, supone que estas sean concentradas en un sólo órgano y que no exista una separación funcional y estructural que garantice imparcialidad en la ejecución de sus operaciones. Por esta razón, se afirma desde ya que los fines de las políticas de cumplimiento no suponen el remplazo del papel estatal en las organizaciones privadas sino desde el total reconocimiento de la legitimidad del Estado y efectuar un debido cumplimiento de las normas que el mismo impone. Ello se logra a través de una total y correcta aprehensión de los postulados de las políticas de cumplimiento que deben tenerse en cuenta como limite al ejercicio del derecho a la libertad económica.

Por su parte, el Comité de Basilea de 1974⁹⁰ define el “*compliance*” como una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por, sufrir pérdidas financieras o pérdidas de reputación por incumplimiento de las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas. Si bien esta noción de cumplimiento se creó en un primer momento para el sector financiero, lo cierto es que es transversal a todos los campos de conocimiento y va más allá de la función preventiva que por lo general contiene las definiciones anteriormente señaladas, acompaña dicha gestión de medidas de análisis, diligencia y comunicación. Así mismo, contempla el incentivo de su implementación no repercute únicamente en un menoscabo al capital financiero económico de una organización, sino

⁸⁹ Este principio adoptado por la Constitución de 1991, asegura una distribución de las distintas funciones del Poder Público (Artículo 113 C.P) lo cual supone un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y diversos mecanismos de pesos y contrapesos entre los poderes. (Corte Constitucional. Sentencia C-971 de 2004, MP: Manuel José Cepeda).

⁹⁰ A partir de la crisis económica de principio de siglo, se crea el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea -*Basel Committee on Banking Supervision*-, con el fin de estudiar los fenómenos financieros y establecer un conjunto de Principios Básicos para un mejor control del riesgo al que se exponen las entidades financieras y una supervisión bancaria eficaz. Son utilizados por el sector financiero y bursátil, principalmente, y por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial en sus programas de evaluación del sector financiero (PESF) para comprobar los sistemas y prácticas de supervisión bancaria a nivel internacional. (Magnus & Korpas, 2017)

a su vez en los activos intangibles como son el buen nombre y el reconocimiento en el sector.

De igual manera, se ha entendido la categoría de *compliance* en la práctica, como el escrito o *compliance program* que contiene un conjunto de directrices, principios y marcos que materializan la función de cumplimiento de una organización las cuales se conocen como *Política de Cumplimiento*. Esta acepción resulta desafortunada en tanto algún sector de la doctrina lo asimila a los documentos denominados la “*Estructura organizativa*” y “*Mapa de riesgos*”; el primero se refiere al documento escrito en el que se recogen las directrices, actuaciones y procesos que se realizan en la empresa y el segundo, es la concreción en términos de posibles incumplimientos de la estructura organizativa (Carrau, 2016).

Por otro lado, se trae a colación el aporte que ha hecho la doctrina del derecho penal, en tanto los programas de cumplimiento han sido instrumentos de exención y atenuación de la responsabilidad penal en diversas legislaciones⁹¹. Se ha entendido el *compliance* como un programa de prevención de comisión de delitos, que se adopta al interior de una persona jurídica, y que cumple con dos finalidades: prevención y confirmación del derecho. La primera función tiene como objetivo asegurar que las personas que hacen parte de su estructura no obtengan algún tipo de utilidad a causa de infracciones a la ley penal. La segunda función, hace referencia al cumplimiento de expectativas de comportamiento que se espera por parte del rol que tiene la empresa en la sociedad a través de mecanismos que detecten la infracción y la comuniquen a las autoridades, es decir, un comportamiento fiel al Derecho (García Cavero, 2018).

De igual forma es necesario recalcar que los modelos de organización y gestión no tienen por objeto único la prevención de comisión de conductas punibles sino

⁹¹ Ver el caso español con la nueva ley de responsabilidad penal de las empresas (Art.31 bis L.O 01/2015) y el caso italiano con la Ley 231 de 2017 mediante la cual se crean garantías en el marco de denuncias por la comisión de conductas en el seno de la organización empresarial.

incorporar al mundo corporativo una verdadera cultura de cumplimiento y de ética empresarial. En esa medida, la empresa debe contar con un programa que incluya las normas de distinta naturaleza y no solo con una visión limitada e ineficiente que ha manejado el *criminal compliance* en las personas jurídicas.

Finalmente, se pone de presente la definición dada por la norma ISO 19600:2014 sobre Sistemas de Gestión de Compliance, que define: “*Compliance es el resultado de que una organización cumpla con sus obligaciones*”. Frente a esta definición es importante resaltar que no circunscribe el cumplimiento de obligaciones o deberes al ámbito jurídico, sino permite crear un conjunto de normativa de adscripción voluntaria, como son todos los estándares de calidad que surgen en razón de un sector específico.

A continuación se explicará el punto de partida de los programas de cumplimiento, lo cual permitirá entender las razones de su implementación en el sector empresarial y su actual incorporación tanto el sector público como privado con independencia de si son entidades con o sin ánimo de lucro (Asociación Española de Compliance, 2017, pág. 11).

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL COMPLIANCE

El origen de los programas de cumplimiento se ha convertido en objeto de debate por parte de los autores especializados en el tema, en donde se pretende atribuir el nacimiento de un instrumento que está siendo tendencia a nivel mundial a cada una de las ramas del Derecho.

Si se mira desde una perspectiva simplista relativa a la traducción del término anglosajón *compliance*, conceptualmente el cumplimiento siempre ha sido una exigencia propia del Estado de Derecho. Esta idea se consolida desde la visión del Derecho Público en donde se ha dicho que estas herramientas existen desde tiempos inmemorables en tanto el cumplimiento de la legalidad es un principio fundamental para que el Estado regule su funcionamiento, estabilidad financiera, protección y gestión adecuada del erario público, entre otras. Ese conjunto de normas que se han creado para regular la actividad de las entidades públicas, se han creado incluso desde antes de la existencia de los estados democráticos modernos pero es solo con la implantación del Estado moderno, que la figura del cumplimiento normativo y sometimiento a la ley tiene relevancia (Girón González, 2018, pág. 11)⁹².

No obstante en los últimos años, el término ha cobrado mayor importancia en el sector corporativo y es para la mayoría de la doctrina, un término que nace en el seno de las grandes compañías de Estados Unidos en la década de 1970⁹³ con el fin de contrarrestar

⁹² Al respecto se ha dicho que la naturaleza y necesidad de implantación de programas de cumplimiento no obedece a la lógica empresarial y por tanto, resulta un imposible hablar de una “introducción” de instrumentos de cumplimiento que ya existen en el sector público.

⁹³ Para TROKLUS, WARNER & WOLLSCHLAGER (2008) (p.2) si bien el Compliance tiene origen hacia los años 70s y a inicios de los años 80s, fue con el Departamento de Defensa de los Estados Unidos quien pagando exorbitantes precios por suministros y fue con la Inspector General (IG), June Gibbs Brown, quien decidió que la industria proveedora de los suministros a dicho departamento desarrollara en su interior una regulación propia de forma voluntaria con el objetivo de eliminar gasto innecesario y dar precios de mercado acordes a sus necesidades. (Ver página web: <http://dii.org.com>)

conductas relacionadas con conductas de monopolios, como el caso de WorldCom⁹⁴, o vinculadas a la corrupción privada como los casos de Parmalat (Italia) y Flowetx & Siemens (Alemania) (Arocena, 2017, págs. 16 - 19). Ello llevo a la exigencia de regulación de distintos sectores de incrementar las políticas relacionadas con el gobierno corporativo y la importante tendencia que se ha generado desde años atrás con los códigos de buen gobierno.

Una de las primeras manifestaciones de los programas de *compliance* en el mundo anglosajón, fue Marco Integrado publicado por el Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (COSO) de 1992 el cual fue revisado en el 2003 y fue organizado por empresas del sector privado, dedicadas a proporcionar un liderazgo a través del desarrollo de marcos y orientación sobre la gestión del riesgo empresarial, el control interno y la disuasión al fraude a través de programas de cumplimiento normativo (The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, 2004). Paso seguido, surgió la *Ley Sarbanes – Oxley* de 2002 (EE.UU)⁹⁵ la cual tiene por objetivo imponer a las empresas la obligación de contar con un comité de auditoría (*audit committee*), un comité de elección y retribución a los directivos (*nominating committee*) con el fin de asegurar mejores prácticas, prevención de algún tipo de incumplimiento normativo y aumento de la confiabilidad de la información pública, sobre todo aquella referida a estados financieros (Matallana & Segura, 2014).

En el sistema continental, la incursión de los programas de cumplimiento normativo ha venido de la corriente anglosajona (Selvaggi, 2017, pág. 51) y de la mano del derecho penal por la necesidad de encontrar una solución al incremento exponencial de los

⁹⁴ Se trata casos relacionados con fraudes contables de grandes magnitudes que se realizaron a través de un entramado empresarial, desviando fondos de capital durante el transcurso de la operación e inflando los resultados de sus operaciones. Ver en: https://elpais.com/diario/2002/08/09/economia/1028844023_850215.html

⁹⁵ Más conocida como SOX, fue redactada por dos congresistas (Sarbanes y Oxley) y fue aprobada como Ley, el 30 de julio de 2002 por el presidente estadounidense George Bush. Surgió como resultado de escándalos financieros en el sector corporativo que deslegitimó el papel y confianza del sector privado.

delitos de lavados de activos y financiación del terrorismo que se estaba viviendo en las empresas (Ambos, Caro Coria, & Malarino, 2015).

Por otro lado, en Colombia, se ha incluso afirmado que el antecedente de los programas de cumplimiento está contemplado en la Ley 222 de 1995. La ley señala en el numeral 2 del artículo 23 que los administradores deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios en el cumplimiento de sus funciones. Para ello, los administradores deberán: “(...) 2. *Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias*”. No obstante, resulta una conjetura arriesgada asegurar que cualquier atisbo de sujeción a la ley corresponda o se asimile a una política de cumplimiento.

Al hilo de lo anterior, los programas de cumplimiento han surgido en razón a la comisión de delitos de gran magnitud e infracciones a la ley que han deslegitimado el papel de las empresas, razón por la tanto se ha fomentado su incorporación de forma netamente voluntaria e incluso en algunas ocasiones, como una obligación⁹⁶.

⁹⁶ Ver BASRI, C (2014). *International Corporate Practice; A practitioner's Guide to Global Success*. Nueva York: Practising Law Institute.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Respecto a la naturaleza es posible señalar que en un primer momento el Estado no exige una regulación de este tipo, sino es discrecional de quien cumple los deberes de administración de una determinada empresa conforme sus especificaciones internas (estructura, tamaño, manejo de capital, entre otras) y externas (marco regulador de la sociedad y sus actividades, actuaciones e interpretaciones e los poderes públicos, riesgo de los mercados en que opera, etc.), establecer si su estructura requiere de un *compliance program* según el principio de proporcionalidad (Asociación Española de Compliance, 2017).

Para un sector de la doctrina, la naturaleza de los programas corresponde a una “obligación” establecida en la Ley que tienen las personas jurídicas de establecer mecanismos internos que prevengan el incumplimiento normativo. Para AROCENA (2017) la expresión de *compliance* se trata de “(...) la obligación de las personas jurídicas de establecer mecanismos internos que prevengan que determinadas personas físicas, que ocupan puestos de relevancia, cometan dentro de éstos un delito en beneficio de la empresa”. A pesar de ello, conforme al tratamiento legal de la mayoría de los ordenamientos, la empresa al adoptar las medidas razonables para evitar la realización de una conducta punible o infracción puede atenuar o eximir un posible juicio de responsabilidad, razón por la cual no se trataría propiamente de una obligación sino de una *carga*, en tanto no es exigible y supone un interés a favor de quien cumple con ella. Según CARNELUTTI (1995) (p.195) si bien el cumplimiento de una carga no resulta exigible, su inobservancia si deslegitima al sujeto para exigir los efectos derivados de su cumplimiento.

Bajo ese entendido, el Estado no tendría que llevar a cabo toda una práctica de pruebas de distinta naturaleza para probar o no la existencia de una relación causal y jurídica de una infracción a la ley, que sea susceptible de imputar o endilgar a la empresa, sino

resulta suficiente asegurar el cumplimiento *totalmente discrecional* de las medidas idóneas de prevención como la adecuada supervisión por parte del funcionario imparcial y autónomo encargado del programa (*compliance officer*) a cambio de un tratamiento especial establecido en la ley. Por lo tanto, para algunos autores la ejecución de programas de cumplimiento se trataría de una nueva forma de pre constituir pruebas de la *diligencia debida* de la organización empresarial ante un eventual juicio de responsabilidad en favor del empresario (Arocena, 2017, págs. 7 - 13).

La doctrina ilustra el caso anglosajón e italiano, en donde se ha reconocido expresamente en algunos apartados del Informe presentado al Gobierno que la ausencia de dichos programas configura la culpa a partir del concepto de “*negligencia estructural*” con el fin de declarar la responsabilidad de las personas jurídicas⁹⁷ (Selvaggi, 2017). De igual manera, se ve materializado en el marco de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) y la Ley 1778 de 2016 -Ley Anti soborno- (Colombia), si producto de una investigación se prueba un acto de corrupción, la sanción, penal y/o administrativa, será impuesta debido a la existencia o no de un efectivo programa de *compliance*⁹⁸. Así mismo, el caso español y el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Artículo 31 bis Ley Orgánica 1/2015⁹⁹) como el posible tratamiento que recibirían las empresas en nuestro país (Artículo 100D Proyecto de ley 117/18), se establece que las personas jurídicas en medio de un juicio de responsabilidad podrán quedar exentas de responsabilidad si se cumplen determinadas condiciones; entre ellas cumplir con la debida diligencia los deberes de control que debe realizar la empresa para prevenir la infracción de deberes jurídicos e impedir la

⁹⁷ Ver GOBERT-PUNCH, “Rethinking Corporate Crime,” London, 2003, p.111. citado en SELVAGGI (2017) (p.52)

⁹⁸ Por ejemplo Bélgica, EE.UU, España, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido, Chile -por mencionar algunos- persiguen judicialmente a las personas jurídicas respecto de sus actos delictivos.

⁹⁹ Art.31bis L.O 1 de 2015: “(...) 2.ª *la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; (...)*”.

configuración de un defecto de *organización o defecto de management* (De Vicente , 2014).

A pesar de que este último modelo de imputación de responsabilidad es preeminente en materia penal, es igualmente susceptible de aplicar también en otras ramas del Derecho, ya que el concepto de *auto-regulación* al interior de las personas jurídicas supone el manejo y control de riesgos de distinta naturaleza. Dicha prevención se desarrolla a partir de la creación de directrices que aseguran la vigilancia y control de cada una de las actividades ejecutadas *por*¹⁰⁰ la empresa y de allí, se utilicen instrumentos de prevención o *compliance*.

De otro lado, podríamos afirmar que existen unas excepciones en donde puede afirmarse que se trata propiamente de una obligación ya que la ley es la fuente generadora de ella y el deudor estaría llamado a ejecutar una prestación que, en caso de renuencia, se expondría a las acciones persecutorias de su acreedor (Hinestrosa, 2007, págs. 71 - 80). En el presente caso, se trataría de una *obligación de hacer*¹⁰¹, de tipo intelectual, por parte del empresario en la implementación de un programa de cumplimiento y el Estado como acreedor podría exigir el cumplimiento de la ley.

Ejemplo de esta hipótesis se encuentran en disposiciones normativas contenidas en instrumentos internacionales ratificados por leyes nacionales o se han adherido a ellas, como es la Convenio de Lucha contra la corrupción de la OCDE de 2005 y el Convenio Penal sobre la Corrupción N° 173 del Consejo de Europa de 1999 donde se promueve expresamente la adopción de programas de cumplimiento y códigos de conducta.

¹⁰⁰ Se hace referencia a la proposición “*por*” bajo el entendido que las personas jurídicas manifiestan su voluntad de forma propia y autónoma, totalmente diferenciable a los sujetos que la conforman.

¹⁰¹ Artículo 2063 y ss. C.C relacionado con las obligaciones de hacer, es decir, una actividad por parte del deudor de conformidad con su relación profesional o, más singularmente, a una “actividad de empresa”. Ver MENGONI, L. “*Le obbligazioni*”, en *I cinquantànni del código civile*, vol. I, cit., p.241.

A pesar de ello, se considera que consagrar expresamente su incorporación en la estructura empresarial como una obligación exigible por parte de las autoridades atenta contra el derecho a la libertad económica, específicamente de la libertad de empresa¹⁰² en la medida que esta supone la facultad de organizar los factores de producción y con ello obtener o no una ventaja competitiva en el mercado (Troklus, Warner, & Wollschlager, 2008). Así lo ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia C-830 de 2010 al afirmar que la *libertad de empresa* es aquella garantía que se reconoce a las personas para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente capital) para la realización de actividades económicas y conforme los modelos de organización típica en el campo societario.

Ahora bien, resulta otra excepción “*parcial*” al carácter voluntario de implementación de los *compliance program* en materia comercial, donde la fuente generadora de la obligación es la *costumbre mercantil*¹⁰³, la cual tiene fuerza de ley cuando se cumplen los debidos requisitos (Artículo 3 C.Co.). Ello resulta notorio cuando en un sector o mercado específico, nacional o extranjero, es necesaria la existencia de un programa de cumplimiento por la legitimidad y confianza que genera en las operaciones comerciales más sin embargo no hay una disposición particular que contenga la regla de su implementación.

Por ejemplo en España, tras la crisis económica de principios de la década pasada, el sector inmobiliario decidió empezar a darle trascendencia al uso de programas de *compliance*, como garantía del cumplimiento de las normativas de aplicación entre los

¹⁰² Así lo ha dicho la Corte: “(...) dicha libertad “se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes”. Ello implica que la presente libertad tenga como consecuencia que los empresarios determinen la estructura de sus empresas y las estrategias que se tomaran con el fin de asegurar la consecución de sus objetivos. (Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010).

¹⁰³ En Colombia, la costumbre mercantil, como fuente creadora de Derecho, está regulada por el Código de Comercio y el Decreto 898 de 2002, el cual le ha confiado a las Cámaras de Comercio el deber de recopilar y certificar la costumbre mercantil de un sector específico. Los requisitos para que una práctica se consolide como costumbre, es necesario que esta sea uniforme, reiterada, pública y que no contraríe las normas legales vigentes.

accionistas, trabajadores, proveedores, la administración pública, entre otros agentes que conformar el sector. Dicha política de cumplimiento se estableció en la gestión comercial inmobiliaria por su uso repetido y la necesidad de hacer una revisión exhaustiva de los sistemas de revisión, las relaciones al interior y exterior de la organización empresarial, de modo que deben estar desprovistos de algún conflicto de interés, corrupción, discriminación, violencia de género, etc. (Velasco Carretero, 2015).

En conclusión, por la naturaleza propia de una cultura de cumplimiento la cual está referida a la necesidad de ir más allá del simple cumplimiento de las obligaciones jurídicas, es necesario afirmar que a pesar de que la regla general contempla su carácter netamente voluntario, los programas de cumplimiento deben conservar unos presupuestos que aseguren que su fin de lograr transparencia en la ejecución de la totalidad de sus operaciones, su estructura este permeada de unos principios incólumes, como son la autonomía e imparcialidad y se proteja, en debida forma, el derecho constitucional a la libertad económica.

4. CARACTERÍSTICAS DE LA ESTRUCTURA ADOPTADA EN LAS EMPRESAS CON LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

La estructura de un sistema de *compliance* está determinada por las circunstancias de cada organización empresarial, debiendo disponer de las estructuras internas y recursos que sean proporcionales a las mismas (Hormazábal Malarée, 2017). En cualquier caso, el objetivo siempre será la prevención de la materialización de riesgos de infracción de la ley y el mantenimiento de una adecuada cultura de cumplimiento. A su vez dicha estructura obedece a dos principios fundamentales: imparcialidad y autonomía, por lo tanto se predicen tanto de las funciones como de quien materializa el programa, es decir, el *oficial de cumplimiento*¹⁰⁴.

En primer lugar, la *imparcialidad* ha sido entendida por la Corte Constitucional (2016) en sentencia C-496 de 2016, desde una dimensión subjetiva y objetiva, que si bien hace referencia al servidor público, para estos efectos resulta aplicable. La dimensión subjetiva hace referencia a las probidad e independencia de quien actúa, de manera que el sujeto no se incline frente algún tipo de interés distinto al que le ha sido encomendado y es garantizar la ejecución de una ética empresarial al interior de la organización; por otro lado, la dimensión objetiva hace referencia a las garantías desde el punto funcional y orgánico, para excluir cualquier atisbo de preferencia o parcialización frente alguna situación problemática.

En el caso objeto de estudio, la imparcialidad supone que el órgano goce de la máxima independencia, de forma que su proceder no este condicionado por obstáculos innecesarios, posibles represalias por parte de los órganos directivos e incluso, la

¹⁰⁴ Es el máximo responsable de la función de *Compliance* y recibe denominaciones diversas, entre ellas *Chief Ethics & Compliance Officer*, *Chief Compliance Officer*, Presidente del Comité de *Compliance*, entre otras. Cuando se trata de un cargo orientado a una especialización concreta, también recibe denominaciones variadas como Oficial de prevención penal o medioambiental, *Data Privacy Officer*, entre otras.

consecución de objetivos comerciales o económicos que impidan el correcto funcionamiento de control y supervisión (Asociación Española de Compliance, 2017, pág. 15). De la misma manera, implica que las personas que hacen parte de la estructura del *Compliance*, no participen de las actividades propias o con relación directa del objeto social de la empresa con el fin de evitar que estas se vean supeditadas al cumplimiento de una función sobre la otra o verse inmiscuidas en un posible conflicto de interés.

En segundo lugar, la *autonomía* hace referencia a que el órgano o sujeto que realiza una actividad, no se vea sometido a presiones, recomendaciones, exigencias, determinaciones y/o consejos, bien sea de índole política, social o económica, por parte de otros órganos de poder, o en este caso de dirección de la persona jurídica sobre el oficial de cumplimiento (C-365/2000). Cuando estos principios irradian todos los componentes del sistema, la implantación de un programa se dirige a todos los órganos que integran la empresa, y a su vez, a los trabajadores que guardan relación con cada órgano. Cuando esto ocurre, la Junta u órgano de dirección y administración, realiza una declaración programática escrita, en la que delega en el oficial de cumplimiento de manera continuada y sin precisar autorización, la función de prevención, control de los riesgos según su naturaleza y su deber de implantar una verdadera cultura de *compliance* (Carrau, 2016).

En el caso concreto de los programas de cumplimiento, implica que además de la función delegada, el órgano de administración dote al responsable de la suficiente autoridad y legitimidad¹⁰⁵ para llevar a cabo las operaciones de acceso a registros de información y documentación necesaria para desarrollar sus cometidos esenciales, ello incluye información sobre las personas, órganos y registros de toda la operación

¹⁰⁵ Para ASOCOM (2017) (p.13) la autoridad necesaria se traduce en una posición determinada en el organigrama jerárquico de una organización, la cual garantiza el acceso rápido como la comunicación fluida con quienes gozan de funciones ejecutivas como de aquellas que han sido delegadas. A su vez, es deber dentro de la organización que todo el personal preste apoyo técnico y humano para llevar a cabo la función del Compliance.

empresarial¹⁰⁶. De allí que mencionáramos al inicio del presente capítulo, que su ejercicio sin una adecuada limitación, se encuentra en una línea tenue de posible vulneración al derecho a la intimidad de los trabajadores de una empresa y extralimitación de funciones de supervisión, control y vigilancia.

Así mismo, frente la posibilidad de externalizar las funciones de control a través de figuras como el *outsourcing*, se debe siempre garantizar la independencia del órgano¹⁰⁷. Dicha externalización debe fundamentarse en la *stakeholder democracy*: donde la legitimidad de los programas de cumplimiento debe ser controlados desde una visión imparcial y dirigida únicamente a los intereses de las personas jurídicas (Nieto Martín A. , 2013, págs. 43 - 45). Lo anterior, sin perjuicio que la responsabilidad de operar diligentemente un programa de cumplimiento corresponda al equipo de *compliance* que hace parte de la estructura empresarial y siempre, la responsabilidad última de supervisión recaerá en el respectivo órgano de administración (Asociación Española de Compliance, 2017, pág. 12).

4.1 Figura del oficial de cumplimiento o *compliance officer*

El oficial de cumplimiento o *compliance officer*, de ahora en adelante CO, se ha identificado como aquel que tiene a su cargo el deber de velar por el funcionamiento de los programas al interior de una organización empresarial, es decir, tiene principalmente una función de prevención y de forma subsidiaria, una función de

¹⁰⁶ Al respecto, la recomendación del Comité de Basilea afirma que “*El Consejo de Administración y la Dirección deberán promover una cultura de organización que establezca a través de acciones y palabras la expectativa de cumplimiento por todos los empleados (incluyendo la dirección) con leyes, reglas y normas que rijan el negocio, apoyara la dirección en la construcción de una robusta cultura de cumplimiento basada en normas éticas de comportamiento, contribuyendo así a un gobierno corporativo eficaz*” (p.11).

¹⁰⁷ Por lo general se realiza a través de figuras como el *outsourcing*, *off shore outsourcing* o *tercerización* de actividades a través de la subcontratación de determinados servicios. Sin embargo, reiteramos que existe desde la doctrina del derecho administrativo en donde se señala que no es posible subdelegar y bajo ese entendido no podría el oficial de cumplimiento externalizar el cumplimiento de sus funciones. Pero aún en el caso, que sea el órgano de administración quien delegue dicha actividad, la figura del oficial de cumplimiento resultaría innecesaria.

comunicación respecto de las infracciones cometidas (Silva, 2013, pág. 103). Además debe contar con los conocimientos y experiencia profesional suficiente que acredite su idoneidad para tener acceso a los controles internos e información¹⁰⁸ de la empresa y cumplir a cabalidad con la función que se le asigna (FGN, 2016).

Dentro de la estructura adoptada en aras de implementar los programas de cumplimiento, el CO puede tener una estructura individual o colegiada, de acuerdo con el alcance de la política de cumplimiento necesaria para la empresa. Será necesario una estructura colegiada cuando las exigencias propias de la organización lo ameriten o cuando se quiera abarcar la supervisión de diversa normatividad de forma especializada (Colom Planas, 2018); de lo contrario, en el caso de pymes o empresas de pequeñas dimensiones será suficiente una persona individual o incluso, el mismo órgano de administración, siempre y cuando se aseguren las condiciones de imparcialidad y autonomía mencionadas con anterioridad (Carrau, 2016)¹⁰⁹.

Respecto las funciones del CO, el tema no es homogéneo sobre todo con su implementación en la medida que un sector de la doctrina ha dicho que las funciones del CO se limitan exclusivamente a la identificación y prevención de riesgos y, vigilancia o supervisión asegurando que el programa tenga una adecuada implementación y ejecución (Robles P., 2015). Esta acepción resulta problemática en las pequeñas empresas personales -el cual corresponde a la mayoría de los esquemas societarios adoptados en Colombia- e incluso unipersonales, donde implementar un programa de cumplimiento requiere necesariamente de un órgano diferenciado de quienes ostentan facultades de dirección y mando.

¹⁰⁸ Frente al acceso a la información el Comité de Basilea afirma que el CO debe: *“Tener derecho a obtener acceso a la información necesaria para cumplir con sus responsabilidades, dirigir la investigación de posibles infracciones en la política de cumplimiento, garantías de no represalias o desaprobación por parte de la Dirección”*. Este derecho constituye una manifestación de la autonomía que debe primar en el ejercicio de las funciones del encargado de la función de cumplimiento.

¹⁰⁹ Un ejemplo de ello se encuentra en el apartado 3 del Artículo 31 bis de la ley penal española donde se señala que: *“En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración”*.

Por tal razón se ha dicho por otro sector doctrinal, que existe una diferencia clara entre la naturaleza de la función de cumplimiento que corresponde al CO y la función del control de la función de cumplimiento que les correspondería a los órganos de la administración (Carrau, 2016). Es decir, al distinguir ambas naturalezas es posible llevar a cabo una *separación funcional*, lo que supondría una posición media al no otorgar funciones de dirección propias del órgano de la administración a quien incluso teniéndolas, pueda cumplir a cabalidad con la función de *compliance* delegada en un caso en particular.

En esa medida, los programas de cumplimiento y el papel desempeñado por el oficial de cumplimiento, configuran un límite a las facultades de quienes ostentan el poder de decisión -llámese junta directiva o cualquier órgano de administración- y a su vez, facilita mediante un sistema de pesos y contrapesos¹¹⁰ un verdadero instrumento que asegura imparcialidad en la gestión de los múltiples intereses que confluyen en la empresa. Ello en tanto encuentra sustento en un sistema de separación de poderes, dirigido al sector privado, donde las funciones de orden ejecutivo están orgánica o funcionalmente separadas -según sea el caso- de aquellas que hacen parte de las de control y auditoría, y permite que estas facultades estén exentas de algún tipo de conflicto de interés que obstruya su adecuada realización y genere escenarios de incumplimiento de la ley o de corrupción.

Por otro lado, a pesar del esfuerzo de la doctrina y de las disposiciones normativas en las legislaciones en donde ha tomado relevancia el tema del *compliance*, ha sido

¹¹⁰ Constituye un pilar básico en el constitucionalismo moderno para los gobiernos democráticos en donde se propone que exista una diferenciación de órganos con sus respectivas funciones, pero sobre todo asegurar que entre ellos exista la suficiente independencia que, si no puede ser total, debe ser lo más amplia posible. (Pactet, Pierre & Mélin-Soucramani, Ferdinand. (2011). *Derecho Constitucional: Traducción de Corina Duque Ayala (1ª Ed.) Colombia.: Legis Editores S.A. P.105.*). Para la Corte Constitucional, este principio de separación de poderes cumple una función estructural dentro de la Constitución de 1991, el cual tiene una dimensión sustantiva relacionada con los elementos esenciales de un Estado Social de Derecho y, una visión orgánica, cuando dichos principios se asocian a instituciones catalogadas de vitales en el mismo modelo. (Corte Constitucional. *Sentencia 170 de 2012. MP: Jorge Iván Palacio Palacio*).

relativamente escaso los instrumentos de regulación de la profesión del CO¹¹¹ respecto de sus obligaciones y deberes propiamente dichos (Robles P., 2015, pág. 33). De forma que en la práctica, su campo de acción queda exclusivamente dirigido por las “instrucciones delegadas” que hace el órgano de dirección de una persona jurídica conforme una relación laboral, los estatutos y la libre determinación en el marco de esas directrices. No obstante frente a la ausencia de instrumentos normativos¹¹² que delimiten con claridad las funciones del CO, resulta difícil determinar si existe normatividad que protejan su imparcialidad y autonomía de forma expresa.

Por esa razón, se adopta una postura favorable al nombramiento de una comisión delegada del órgano de administración para la revisión del control de la función de cumplimiento y del cumplimiento mismo, y en lo posible, estos estén alejados de llevar a cabo funciones ejecutivas dentro de la misma organización para garantizar su autonomía e independencia.

¹¹¹ España hace una lista no exhaustiva respecto las funciones que debería cumplir un CO al interior de la empresa en la Circular 1 de 2016 de la Fiscalía General del Estado Español y en las Circulares 6 de 2009 y 1 de 2014 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Entre esas funciones se destaca: 1) *La participación en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgo y asegurar su buen funcionamiento*; 2) *Establecimiento de directrices por escrito para proveer la puesta en práctica de leyes y procedimientos y normativa de códigos de buen gobierno (...)*; 3) *Asesoramiento en la dirección sobre leyes, reglas y normas aplicables (...) aconsejando a la Dirección, entre otras.*

¹¹² Desde el análisis de la *normativa técnica* aplicable al tema objeto de estudio, encontramos la norma UNE-ISO 19601:2017 -España- en su apartado 5.1.2. y la ISO 19600:2014 -orden internacional- en el apartado 5.3.4., se establecen las responsabilidades del CO de forma análoga a la función de *compliance* con el objetivo de prevenir el incumplimiento de la ley, reducir el riesgo de incumplimiento en las empresas y favorecer, a un incremento de una cultura de cumplimiento a través de la propuesta de distintas prácticas. De igual forma, la condición segunda del apartado 2 del Artículo 31 bis del Código Penal español, señala: “2ª. *La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*”. De lo anterior puede verse que no existe una descripción clara que no sea análoga a las funciones propias del *compliance* mismo pero la norma en algunas ocasiones habla de funciones de “iniciativa y control”, lo que daría a entender que el CO cumple funciones de dirección.

5. CONSTRUCCIÓN DE UNA DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPLIANCE

Si bien se han dado aproximaciones conceptuales de lo que es el *compliance* o un programa de cumplimiento normativo, se considera que estas deben ir acompañadas de los elementos estructurantes que se han analizado en el curso del presente trabajo, pues como bien se ha dicho, “un todo representa más que la suma de sus partes” y más aún cuando se intenta dar una mirada garantista de la normativa constitucional como de derechos consagrados en ella.

En esa medida, se afirma que el *compliance* o *programas de cumplimiento* se tratan de una manifestación de autorregulación de las personas jurídicas, de derecho público o privado, con o sin ánimo de lucro, producto del ejercicio de autodeterminación de la libertad de empresa como manifestación del derecho a la libertad económica. Este tiene como objetivo lograr la satisfacción de expectativas de distinta índole, la mayoría de las veces corresponden a expectativas de tipo normativo que se dan en la relación del sector empresarial con el sistema jurídico. A su vez, dicha configuración del comportamiento de la empresa garantiza la autorreproducción del sistema como la obtención de ventajas competitivas en el mercado a su favor.

Así mismo, los programas de cumplimiento gozan por regla general de una naturaleza correspondiente a una carga jurídica, ya que su cumplimiento representa un interés para el empresario y además, el tratamiento dado por la ley no impone su incorporación, razón por la cual su ejecución no es exigible. De igual forma, su adopción discrecional parte de un compromiso de incorporar una cultura de cumplimiento en la totalidad de operaciones de la empresa.

Ello se logra a través de una política de cumplimiento que haga parte de su estructura los principios de imparcialidad y autonomía para que las funciones de prevención,

control y en algunos casos, corrección de riesgos e infracciones de normas jurídicas y, en algunos casos extrajurídicas incorporadas mediante códigos de buen gobierno corporativo, función social de la empresa y políticas de responsabilidad social empresarial sean cumplidas con eficiencia y en su totalidad. Todo ello con el fin de satisfacer el interés social de los inversionistas como de los *stakeholders*, cumplir las prácticas de buen gobierno y responsabilidad social y sobre todo, la protección de derechos constitucionalmente protegidos¹¹³.

¹¹³ La Corte Constitucional en sentencia C-053 de 2001 se refiere al interés general como “*una cláusula más indeterminada cuyo contenido ha de hacerse explícito en cada caso concreto. Entre tanto, el de - interés social-, que la Constitución emplea es una concreción del interés general que se relaciona de manera inmediata con la definición del Estado como social y de derecho*”. (Corte Constitucional. Sentencia C-053 de 2011. MP: Cristina Pardo Schlesinger).

6. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE COMPLIANCE EN COLOMBIA Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Como se ha mencionado al principio del presente capítulo, existe aún desconocimiento y desconfianza al incorporar instrumentos extranjeros al ordenamiento jurídico colombiano; de allí que existan pocos e incipientes pronunciamientos sobre el tema o que hagan referencia sobre su desarrollo. Ello se debe principalmente por el afán del Legislador de reproducir elementos que han cumplido con su objetivo en otros sistemas jurídicos y se cree erróneamente que sus resultados se manifestaran de igual forma en el país, sin tener en cuenta un conjunto de vicisitudes que condicionan su adaptación de forma armónica con las disposiciones del orden nacional. En esa medida, no resulta un ejercicio de poca monta establecer los parámetros que deben ser tenidos en cuenta para que un instrumento extranjero pueda adoptarlos a la legislación nacional y sobre todo, garantizar que no exista vulneración de derechos constitucionales.

La normativa principal que hace referencia a los programas de cumplimiento en su contenido son la *Ley 1778 de 2016*, el *proyecto de ley número 117/18* en curso presentado por el actual Gobierno en meses pasados y distintos actos administrativos de la Superintendencia de Sociedades. No se hará mención de aquellos actos informativos o de lineamientos pedagógicos realizados por otras entidades del Estado, como la “*Guía de criterios de evaluación de la función de compliance*”¹¹⁴ de la Superintendencia Financiera, pues carece de relevancia para efectos del presente trabajo¹¹⁵.

¹¹⁴ En la presente directriz se hace alusión a los principios que deben tenerse en cuenta para la implementación

¹¹⁵ La Superintendencia Financiera en el Boletín 278 de 12 de Julio de 2013 el cual hace referencia a la Carta Circular N°62 de 2013 “*Recomendaciones respecto al Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA (Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras)*” en donde se solicita que la autoridad competente adopte medidas y previsiones relacionadas con el cumplimiento normativo de la presente ley, lo que supone un CO en relación con el tema específico.

En primer lugar, la Ley 1778 de 2016 tiene como antecedente la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales”, y se dictan estas normas por la necesidad de crear normativa sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. Este instrumento cobra especial relevancia con la reciente entrada de Colombia en la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) en tanto se obliga a las empresas a elevar los estándares de los *programas de cumplimiento* de forma eficaz, eficiente y transparente que garantice una investigación, detección y prevención de estos delitos.

Esto ve reflejado en la ley pues dentro del proceso administrativo sancionatorio, las empresas que son objeto de vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, podrán graduar su sanción en caso de infracción a las disposiciones contenidas en ella. De esa forma, una de las formas de mitigar la consecuencia jurídica prevista en la ley es contar con la existencia de un programa de cumplimiento, tal como lo establece el numeral 7 Artículo 7 numeral 7 de la mencionada ley: “(...) 7. *La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el Artículo 23 de esta Ley.*”. De la misma manera, conforme el Artículo 23 se atribuye a la Superintendencia la función de promoción de programas de transparencia, ética empresarial y auditoría interna para prevenir actos de corrupción.

Ahora bien, si bien es cierto que dichas disposiciones abren la puerta a la incorporación de *compliance* en las empresas, solo lo hace respecto de las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades conforme la Resolución 100-002657 de 2016. En la presente resolución además de establecer los criterios para la adopción de programas de cumplimiento, manifiesta que estarán obligadas a adoptar un programa de *compliance* las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades que en el año inmediatamente anterior hayan realizado de manera habitual,

transacciones internacionales con personas naturales o jurídicas extranjeras de derecho público o privado, siempre y cuando concurren cualquiera de ciertas condiciones.

Esta disposición es desafortunada en la medida que limita su aplicación únicamente a sociedades que sean objeto de supervisión y vigilancia de la Superintendencia, y además resulta indeterminada al señalar que será aplicable a quienes realicen de forma “habitual” ciertas operaciones. La habitualidad en materia comercial puede estar sujeta a la naturaleza de la operación y de la duración de ejecución de cada una de las obligaciones que deben reiterarse para generar esa habitualidad; en esa medida podría verse su difícil aplicación. A renglón seguido, la Administración señala en el numeral 1, la condición que el negocio o transacción internacional se realice a través de terceros. Ello hace referencia a cuando ésta realice el negocio a través de un intermediario o contratista o mediante una sociedad subordinada o de una sucursal que hubiere sido constituida en otro Estado por esa sociedad. Y de forma alternativa, el numeral 2 señala que los negocios o transacciones internacionales estén relacionados con sectores económicos determinados, entre ellos, el farmacéutico, de infraestructura y construcción, manufacturero, minero-energético, tecnologías de la información, siempre y cuando estén sujetos a unas condiciones aún más específicas relacionadas con sus ingresos brutos, activos totales y tamaño de planta de personal.

Este conjunto de condiciones especialísimas deja casi nulo el campo de acción de la Superintendencia para exigir el cumplimiento de programas de compliance y de una verdadera ética de cumplimiento en el sector empresarial. Sin embargo, señala que en el caso que una de las que entran en el campo de aplicación dejase de cumplir dichas condiciones seguirá sometida por el término de un (1) año; disposición que también resulta limitada por las razones mencionadas anteriormente.

En tercer lugar, se encuentra la Circular Externa 100-000003 de 2016 de la misma entidad, en la cual se establece una guía para los programas de ética empresarial para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016, de

acuerdo con el alcance de la resolución descrita anteriormente y por lo tanto a la creación de un sistema de Gestión de riesgos de Soborno Transnacional. En ella se contempla un conjunto de principios que se erigen como guía en modelos de conducta de las personas jurídicas, sin perjuicio de sustituir la pertinencia y evaluación de riesgos de cada una, según las necesidades especiales de cada una de las personas jurídicas.

Así mismo, señala que para que un programa de Ética Empresarial sea considerado efectivo, deberá estar diseñado con fundamento a la evaluación exhaustiva de los riesgos que pretendan mitigarse, poner en marcha las políticas de cumplimiento por parte del Órgano de Dirección de las personas jurídicas, adelantar acciones para divulgar interna y externamente la política de prevención y a su vez, establecer mecanismos dirigidos a la ejecución de actividades periódicas de Auditoría de Cumplimiento y Debida Diligencia para verificar su efectividad.

Finalmente, el proyecto de Ley 117 de 2018 *“Por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones”*, radicado el pasado 28 de agosto incorpora los programas de cumplimiento bajo el nombre de “sistemas de prevención, control y mitigación del riesgo de corrupción” y se le otorga el mismo tratamiento legislativo conforme la naturaleza de carga jurídica que se ha hecho en el derecho comparado, es decir, el manejo de atenuantes o eximentes de la responsabilidad cuando se prueba por parte de la autoridad judicial la existencia del programa y e incorporación de medidas conducentes a prevenir, en este caso específico, la corrupción de las personas jurídicas.

A pesar de la incorporación incipiente de los programas por expresa disposición y tratamiento legal, resulta escaso en tanto el sector empresarial desconoce qué son los programas de cumplimiento, las garantías mínimas respecto de sus funciones y su estructura. Por esta razón por el tema suscita muchas dudas respecto el alcance, los límites y el contenido que el sector empresarial debe tener en cuenta en el momento de

crear e implementar las funciones de *compliance*, pues al existir relaciones al interior de la empresa como de la empresa con el sector en el que opera, terceros e incluso la sociedad misma, resulta numerosos riesgos de vulneración de la normativa.

Por lo tanto, respondiendo al cuestionamiento hecho al inicio de la presente investigación relacionado con los límites constitucionales del derecho a la libertad económica, en su manifestación de libertad de empresa, en la adopción y ejecución de programas de cumplimiento normativo, se pone en evidencia varias problemáticas que se mencionaran a continuación:

En relación con las relaciones “*intra-empresariales*” se encuentran varios aspectos problemáticos, el primero relacionado con su estructura en la medida que se puede ir en contra del principio de separación de poderes, imparcialidad y autonomía del CO, bien cuando se trate de un órgano colegiado o de uno individual. Al respecto se ha hecho mención anteriormente cuando se señala que la estructura de quien desempeña la función de *cumplimiento* debe gozar de una separación funcional que establezca una diferenciación entre roles de control de la función de cumplimiento -funciones ejecutivas- y funciones propias de *compliance*. No obstante considerando el *deber ser* de la estructura orgánica y funcional de una empresa, en caso de que disten ambos presupuestos, existe riesgo de violación a derechos e intereses de la organización plasmados en los *stakeholders* con mayor afectación a sus intereses, entre ellos los trabajadores, proveedores e incluso aquellas garantías que se han creado a partir de la protección constitucional de los consumidores.

El segundo, cuando el CO en ejercicio de sus funciones se extralimita en las facultades de inspección y control vulnerando derechos subjetivos de los trabajadores o empleados bajo otra modalidad distinta del contrato de trabajo, e incluso empleadores o directivos, como es el buen nombre, debido proceso, tratamiento de datos personales y derecho a la intimidad.

En relación con las relaciones “*extra-empresariales*” se encuentran en primer lugar, las problemáticas relacionadas con dos supuestos: la no incorporación de programas de cumplimiento en el sector empresarial y su adaptación sin la fijación de unos límites que dirija las actividades que se desarrollan en el marco del objeto social de la empresa y de los principios constitucionales. Ello en la medida que existe la posibilidad de vulnerar derechos constitucionales colectivos o de un grupo de interés no directamente relacionado con la actividad empresarial, como son los relacionados con el medio ambiente y la protección a consumidores.

De igual forma, resulta relevante analizar si bajo el entendido que los programas de cumplimiento constituyen formas de autodeterminación o autorregulación por parte del empresario en el desarrollo de su ejercicio al derecho a la libertad económica, como derecho fundamental, en donde confluyen múltiples intereses que pueden ser protegidos a través de mecanismos constitucionales como la acción de tutela o acciones colectivas cuando los programas distan de la aplicación de los principios constitucionales señalados en el presente trabajo.

A su vez considerar, las problemáticas anteriores la adopción de canales de denuncias o “*whistleblowers*”, propios y comúnmente adoptados en la ejecución de programas de cumplimiento normativo, exige que las estructuras empresariales cuenten con garantías de protección de derechos constitucionales y laborales cuando un trabajador decide denunciar una anomalía o irregularidad presente en la empresa, sin que eso suponga un riesgo para su estabilidad laboral o cualquier tipo de repercusión negativa en el ejercicio de sus funciones.

Una vez señalado el estado del arte en la materia y el sustento constitucional que permite desarrollar el derecho a la libertad de empresa producto de la Constitución económica, en el siguiente capítulo se dará lugar a la precisión de las principales problemáticas en relación con derechos constitucionales que pueden ser vulnerados si no se cumplen con ciertos límites estructurantes de un Estado Social y por tanto, avizorar que mecanismos existentes son idóneos para asegurar y garantizar su protección.

**CAPITULO III: PROBLEMÁTICAS INTERNAS Y EXTERNAS DE LAS EMPRESAS EN EL
MARCO DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DE
DERECHOS CONSTITUCIONALES**

INTRODUCCIÓN

Una organización empresarial está estructurada de forma global o a manera de red, en donde se hacen importantes contribuciones interdependientes por cada uno de sus integrantes para alcanzar objetivos comunes. Por regla general, una de las múltiples causas de la mayor burocratización del sector empresarial y vulneración de garantías, se explica en la proliferación de relaciones jerárquicas (superioridad o subordinación) las cuales implican relaciones de tipo vertical y en donde existe una unidad de dirección por parte de quien instrumentaliza la empresa para la consecución de sus propios intereses. A pesar de ello, la doctrina especializada ha avanzado propositivamente en busca de nuevas formas de organización tendientes a esquemas *horizontales* en donde se diversifica las alianzas estratégicas, se adoptan nuevos esquemas corporativos que van más allá de una simple relación de subordinación y abogan por tendencias más acorde con las nuevas dinámicas sociales y económicas¹¹⁶ (Gil Estallo & Giner de la Fuente, 2007).

Al margen de estas tendencias, la realidad en Colombia sigue siendo un contexto empresarial con fuerte tendencia centralizada por tratarse en su gran mayoría de empresas personales y de familia, donde existe una idea impregnada en el colectivo de que las relaciones empresariales se acompañen de unidad de dirección y mando en todas y cada una de sus funciones, poca delegación por parte de los directivos y administradores sociales e insuficiente comunicación entre sus órganos (Londoño González, 2016). Esto lleva a que susciten problemas desde la perspectiva constitucional en tanto la incorporación de un nuevo órgano o la separación funcional requerida en la estructura de la empresa para la adopción de programas de

¹¹⁶ Si bien el presente trabajo se trata de un análisis de tipo jurídico, por lo general en el campo investigativo se omiten presupuestos fundamentales que han dado solución a muchas problemáticas desde otras ciencias. Hoy, las empresas se reestructuran en redes más amplias con modelos menos centralizados y permitiendo que la unidad de mando este diversificada, lo que lleva a que se satisfagan distintos tipos de intereses.

cumplimiento normativo, sin el debido seguimiento de unos presupuestos mínimos constitucionales, atente contra varios principios constitucionales como el de separación de poderes -de conformidad con la precisión referente al sector privado hecha en el capítulo anterior-, imparcialidad y autonomía y a su vez, vulnere derechos fundamentales individuales y colectivos de los llamados *stakeholders*.

El presente capítulo tiene como objetivo dilucidar los posibles riesgos afectación a derechos constitucionalmente protegidos con ocasión a la implementación de políticas de *compliance* en las empresas, con el fin de traer a un escenario de análisis las implicaciones de aplicar un instrumento de origen extranjero sin su respectivo ajuste a los límites constitucionales y legales establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano. De igual forma, se reitera que el presente trabajo de investigación tiene como fin último anticipar y prevenir las posibles consecuencias constitucionales de la incorporación de programas de cumplimiento, sin un estudio minucioso por parte de los empresarios y operadores jurídicos.

Por lo tanto, se traerá a colación casos análogos que han suscitado en el seno de otras legislaciones y ordenamientos jurídicos extranjeros caracterizados por la adopción incipiente de programas de cumplimiento y en donde es posible anticipar las consecuencias adversas de su implementación cuando no se tiene en cuenta las categorías estudiadas con anterioridad, esto es la función e interés social que esta llamada la empresa a cumplir, la importancia de la creación e implementación de códigos de buen gobierno al interior de las empresas, la ejecución de políticas orientadas a incrementar la responsabilidad social empresarial de las empresas, etc.

En esa medida se explicará en el primer acápite las incidencias de los programas de cumplimiento con los derechos individuales en las relaciones intra-empresariales o al interior de las empresas, entendidas estas como aquellas que acaecen dentro de la persona jurídica en virtud de una relación laboral y/o societaria. Sobre los derechos individuales se analizará principalmente la vulneración de derechos tales como el

debido proceso, tratamiento de datos personales e intimidad de los trabajadores debido a que en un *compliance management*, el oficial de cumplimiento cuenta con una importancia fundamental dentro de la persona jurídica, ya que si bien es el encargado de formar un comportamiento ajustado a la ley y a modelos éticos, goza de una posición jerárquicamente superior respecto de los trabajadores y se vale de ello para la implementación de distintas medidas.

De igual forma, uno de los procedimientos que utiliza el oficial de cumplimiento (CO) en el ejercicio de sus funciones, es la realización de investigaciones internas en la empresa con el objetivo de detectar un posible incumplimiento a las normas que debe ceñirse. De allí que pueda acceder a los recursos tecnológicos y documentales, realizar interrogatorios, solicitar pruebas, revisar e-mails institucionales, realizar grabaciones, entre otras, lo que permite cuestionarse qué límites existen de acuerdo con los lineamientos constitucionales para llevar a cabo sus tareas sin vulnerar o afectar derechos fundamentales individuales e intereses de los trabajadores o personal de la organización y conlleve la invalidez de la prueba recaudada (Cabecerans & Cuenca Márquez, 2015).

Por otro lado, a lo largo del presente trabajo se ha planteado que el interés y función social que la empresa está llamada a efectuar a partir de la Constitución de 1991, supone la protección de derechos e intereses más allá de los que corresponde a la empresa y sus propias necesidades. Es decir, que a la empresa del siglo XXI se le exige la asunción de respeto a garantías de los *stakeholders* y grupos de interés, como son las de orden colectivo y aquellas por fuera de los límites de la persona jurídica. Por esa razón, se pretende traer a colación la posible afectación a intereses colectivos cuando los programas de cumplimiento, como manifestación del derecho constitucional a la libertad económica, no se ciñen a los límites constitucionales propuestos con anterioridad en el marco de las relaciones de la empresa con la sociedad y los grupos de interés que se benefician, directa e indirectamente, de su actuar en el mercado

El análisis de los derechos colectivos para efectos de este trabajo supone la elección de aquellos derechos que representan mayor sensibilidad en el giro ordinario de negocios de la empresa. Esto significa que son actividades con mayor riesgo en razón a la probabilidad de acaecimiento o concreción de un incumplimiento o vulneración a las disposiciones que lo protegen. Estos derechos son la afectación al medio ambiente y los derechos de los consumidores, por las razones que se expondrán más adelante.

Así mismo, se toma como punto de partida las consideraciones jurisprudenciales hechas por la Corte Constitucional sobre los derechos constitucionales en mención, ya que con independencia de que sean individuales, sociales o colectivos, adquieren un carácter *iusfundamental*. Esto significa que se les reconoce una faceta prestacional a partir de diversos criterios relacionados con la naturaleza propia del derecho, esto es su carácter indivisible e interdependiente y el alcance que el Legislador le ha otorgado para facilitar su ejercicio pues cada uno de ellos guarda una estrecha relación con los principios estructurantes del Estado Social de Derecho, entre ellos el principio de dignidad humana (Corte Constitucional, C-228/2012)¹¹⁷.

Bajo esa línea, se considera que los derechos a analizar, estos son derecho al debido proceso, intimidad y protección de datos personales, derecho al medio ambiente sano y derechos de protección a los consumidores son traducibles en derechos subjetivos que de acuerdo con la doctrina, jurisprudencia y derecho internacional que se integra al ordenamiento interno en virtud del bloque de constitucionalidad, adquieren el carácter de fundamentales. En el caso concreto, esta noción es de vital importancia para efectos de determinar las herramientas procesales y/o procedimentales que son procedentes para garantizar su protección constitucional y recalcar la importancia de

¹¹⁷ ¹¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2012 – MP: Luis Ernesto Vargas. En esta providencia se pone de presente que la división categórica de derechos de carácter prestacional vs. derechos de defensa o libertad presentan varios inconvenientes teóricos y dogmáticos que ya han sido decantados por la doctrina y la jurisprudencia, y en consecuencia se concluye que todos los derechos fundamentales requieren de la faceta material sin la cual sería nugatorio su goce efectivo. En el mismo sentido ver Sentencia T-760 de 2009, Sentencia T-235 de 2011 y Sentencia C-372 de 2011.

regular la incorporación de medidas de cumplimiento cuando su ejercicio se encuentra en una línea tenue con la afectación de derechos fundamentales constitucionales.

Finalmente, en el tercer acápite se hará referencia a los mecanismos procesales o procedimentales, judiciales y extrajudiciales, para la protección de los derechos analizados con anterioridad. Esto se realizará bajo dos perspectivas, una orientada a la protección del derecho a la libertad económica por parte del empresario y analizar si en su aspecto procesal, la empresa como titular del derecho le resulta posible exigir medidas de protección que garanticen esta forma de autorregulación empresarial cuando no existe, por parte de un interlocutor, la aceptación de una medida incorporada a su política de *compliance*. Por otro lado, se analizará la procedencia de acciones que son posibles instaurar para la salvaguarda de los derechos de los cuales son titulares los *stakeholders* y pueden ser vulnerados en ocasión a la incorporación de un programa de cumplimiento.

Así mismo, se brindará una aproximación crítica a la categoría de “*whistleblowing*”, propia de los programas de cumplimiento y adoptada por la mayoría de los sectores empresariales como materialización procedimental de los programas de *compliance*. Esta categoría corresponde a los llamados canales de denuncias del sector empresarial que requieren de una estructuración empresarial efectiva como de garantías a los “*whistleblowers*” o denunciante, con el fin que su uso disminuya el riesgo de incumplimiento de la Ley por parte de la empresa.

1. PROBLEMÁTICAS CON RELACIÓN A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES INDIVIDUALES EN LAS RELACIONES INTRA-EMPRESARIALES O AL INTERIOR DE LAS EMPRESAS

La ejecución de un programa de *compliance*, el cual está dirigido a la prevención y mitigación de riesgos de incumplimiento normativo, se requiere de procedimientos internos de control e investigación conformes a la política de cumplimiento adoptada en una organización¹¹⁸. Estas investigaciones internas¹¹⁹ llevadas a cabo por el oficial de cumplimiento constituyen prácticas de las empresas para investigar, prevenir, descubrir y/o esclarecer hechos e irregularidades en la ejecución de sus actividades, con el fin de poner de presente la situación al órgano directivo de la persona jurídica y así, tomar una decisión vinculante de comunicación a las autoridades o de manejo conforme la política de cumplimiento y su respectivo conducto regular (Moosmayer, 2011, pág. 95 y ss.).

¹¹⁸ El concepto de “*internal investigations*” manejado en el presente acápite hace referencia únicamente a las investigaciones “pre-judiciales” por el carácter de prevención que tienen los programas de cumplimiento, diferenciándolas de las investigaciones “para-judiciales” que se llevan a cabo cuando existe un proceso judicial en curso pues el riesgo de incumplimiento se habría materializado y la función de *compliance* pierde su objetivo.

Las investigaciones internas en el seno de una organización empresarial tienen como antecedente importante las denuncias realizadas en los años 60s ante la Security Exchange Commission (SEC) de los Estados Unidos por irregularidades en el cumplimiento de leyes del sector bancario. Ello llevó a que dicha comisión exigiera investigaciones al interior de la empresa para tomar las medidas necesarias y evitar la omisión de la normatividad exigible en el tema (Mathews, 1984).

¹¹⁹ La doctrina del derecho penal ha sido quien ha desarrollado con mayor amplitud el tema ya que este tipo de procedimientos son considerados como la privatización de funciones propiamente estatales como son la investigación de ilícitos y su respectiva acusación. Sobre el tema puede verse cfr. Knierim, T. - Rübens- tahl, M. - Tsambikakis, M. (editores), “*Internal investigations*”. *Ermittlungen im Unternehmen* (Heidelberg, Müller, 2013), *passim*; Moosmayer, K. - Hartwig, N. (editores), *Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen* (München, Beck, 2012), *passim*; Wewerka, F., “*Internal investigations*”. *Private Ermittlungen im Spannungsfeld von strafprozessualen Grundsätzen und Anforderungen eines globalisierten Wirtschaftsstrafverfahrens; eine Problemanalyse unter besonderer Berücksichtigung des Falles Siemens* (Frankfurt a. M. y otras, Peter Lang, 2012), *passim*.

Pese a ello, cabe recordar que las investigaciones internas se caracterizan principalmente por la facultad oficiosa de quien ostenta la función de control o cumplimiento de algo, en este caso correspondiente al oficial de cumplimiento, en contraposición a los canales de denuncia internos que corresponderían a la petición de inicio de la investigación por parte de un trabajador o integrante de la organización empresarial (Reeb, 2011). Dicha facultad implica la dirección absoluta y exclusiva de llevar a cabo procedimientos para conocer la existencia y alcance de comportamientos ilícitos o en contravía a los intereses de la empresa e incluso de la sociedad misma. Lo anterior constituye una forma eficaz de materializar la función de *compliance* y obtener beneficiosos resultados, entre ellos, la pre constitución probatoria de la debida diligencia por parte de la empresa frente una eventual responsabilidad de cualquier tipo.

Es necesario señalar que las medidas de control llevadas a cabo en el contexto empresarial -como es el control por parte de auditores de una gestión en específico- no son consideradas *per se* el inicio de una investigación interna propia de los programas de cumplimiento. Esta última requiere de medidas conducentes y de respeto o no injerencia en la esfera propia de los integrantes de la organización ya que por lo general, entran en colisión con garantías reconocidas en el ordenamiento como son los derechos al debido proceso y el tratamiento de datos personales, entre muchos otros que no son objeto de análisis del presente trabajo.

1.1 Afectación al derecho al debido proceso

El *debido proceso* o derecho de defensa procesal es una garantía reconocida constitucionalmente para la obtención de “decisiones justas”¹²⁰ que debe estar presente en todo tipo de actuaciones, judiciales o de particulares, que puedan afectar otros derechos (Artículo 29 C.P)¹²¹. Por su parte, la jurisprudencia constitucional lo ha

¹²⁰ CORTE IDH. Caso Yatama, párrafo 147.

¹²¹ Haciendo referencia al bloque de constitucionalidad, su consagración en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 8) acerca de las garantías judiciales en procedimientos penales y disciplinarios. Sin embargo,

interpretado de forma amplia con el fin que haya una correcta aplicación de los postulados de un Estado Social de Derecho en el que se exige el respeto a unos parámetros mínimos en el tráfico social y jurídico para evitar actos arbitrarios e injustificados en procedimientos internos de las organizaciones (establecimientos educativos, empresas, asociaciones con o sin ánimo de lucro, etc.)¹²².

En esa medida resulta fundamental el establecimiento de parámetros que delimiten el uso de quienes ostentan facultades ejecutivas y/o de control para llevar a cabo cualquier tipo de procedimiento establecido a través de las distintas formas de autorregulación (Momsen & Grützner, 2011). Esto permite conocer previamente las condiciones en que puede realizarse el ejercicio de una actividad por parte de un operador, en relación con los trabajadores o cualquier involucrado en la actividad, bien sea el desarrollo del objeto social o una función específica, como la de cumplimiento normativo como el alcance de los deberes de información de los trabajadores en el desarrollo de una investigación. De allí que se recalque la importancia y justificación de que el conjunto de disposiciones internas de una empresa, bien sean códigos internos o de buen gobierno, estatutos empresariales, reglamentos internos del trabajo y/o protocolos de investigaciones internas, se reflejen los mínimos que garantizan que cualquier procedimiento respete los derechos de defensa de los integrantes de conformidad a los principios de igualdad, legalidad y dignidad humana y a su vez, constituya un límite importante a su ejercicio (Chozas Alonso, 2015).

la Corte Interamericana y la Corte Constitucional, realizan una interpretación in extenso sobre su aplicación en procedimientos de la Administración pública y en actuaciones de los particulares.

¹²² En sentencia T-694 de 2013, la Corte considera que en el marco de relaciones laborales, incluso del sector privado, los procedimientos internos deben observar las reglas del debido proceso como son reglamentos públicos, sanciones previamente establecidas, criterios de selección objetivos para cargos, respeto al principio de igualdad, no discriminación para el acceso al trabajo, entre otros. En el mismo sentido ver Sentencia T-433 de 1998, en donde el juez constitucional concedió amparo al derecho al debido proceso y al buen nombre por una investigación disciplinaria en contra de un trabajador, razón por la cual fue despedido sin el seguimiento del conducto regular pertinente ni la posibilidad de controvertir el material probatoria que estaba en su contra. De igual forma la sentencia T-605 de 1999 en relación con un despido injustificado por no cumplimiento de los manuales y códigos internos de la organización empresarial. A su vez Sentencia T-083 de 2010, T-247 de 2010, T-738 de 2011, entre otras.

En otras palabras, el establecimiento de códigos de conducta o de buen gobierno que incluya aspectos jurídicos como extra-jurídicos y salvaguarde el interés social de la empresa como de los *stakeholders*, contribuye significativamente al desarrollo del principio de buena fe contractual, a la garantía de transparencia en las prácticas empresariales dentro de un *compliance management* y sobre todo, abogar por un equilibrio de poderes dentro de la relación laboral (Landa Zapirain, 2011).

Así mismo, se considera que una afectación al derecho al debido proceso es principalmente un problema relacionado con la *estructura* de la organización, ya que cuando no existe un lineamiento estructural dentro de la empresa que permita deslindar intereses de dirección a los de vigilancia y supervisión, bien sea de forma funcional u orgánica que garantice la suficiente imparcialidad y autonomía, puede resultar la concreción de un riesgo de incumplimiento. Además, es posible que las investigaciones se vean obstruidas por parte del administrador social¹²³ o del CO -según sea el caso-, se pretermita la fase de descargos y presentación de pruebas por parte de quien quiere poner en conocimiento del área o autoridades pertinentes la infracción a la normatividad, entre muchas otras situaciones que configuren una alteración a este derecho fundamental y propicie escenarios de corrupción al interior de las empresas (Montiel, 2013).

Por otro lado, si bien pueden existir situaciones en donde se cumpla con la estructura dentro de una organización, puede resultar situaciones en donde la vulneración al derecho del debido proceso, sea producto de la ejecución de investigaciones por parte del oficial de cumplimiento. La presente situación se refleja en una de las primeras y escasas sentencias relacionadas con programas de cumplimiento a nivel latinoamericano, en donde se concede protección de tutela por violación de derechos fundamentales a un trabajador durante la vigencia de una relación laboral en la

¹²³ Cabe recordar que en Colombia, conforme la Ley 222 de 1995, se establece el régimen de responsabilidad de administradores sociales frente al incumplimiento a sus deberes de diligencia y lealtad en el desarrollo de dirección y manejo de una empresa.

ejecución de un procedimiento de investigación del *compliance program* adoptado. Dicha violación consistía en la suspensión arbitraria y unilateral de sus funciones sin respeto a las disposiciones dispuestas para llevar a cabo las investigaciones, entre esos los códigos de buen gobierno y reglamentos internos de la empresa¹²⁴.

Si bien pareciera un caso típico de análisis por parte del juez constitucional en razón a la puesta en peligro o vulneración de un derecho, se considera realmente novedoso que dicha afectación sea producto de una herramienta que está empezando a posicionarse dentro del sector empresarial y de la cual se ha hablado muy poco. Así mismo, resulta relevante que los jueces se encarguen del estudio de nuevas realidades que pueden afectar derechos constitucionalmente protegidos y que hasta el momento, constituyen figuras extranjeras que no han sido decantadas por la doctrina y leyes nacionales.

En Colombia, existe la posibilidad que susciten situaciones análogas debido a la existencia del conjunto de facultades que otorga la Ley al empleador (Artículos 105, 106, 107 y 108 del C.S.T) respecto del contenido del reglamento de trabajo¹²⁵ ¹²⁶ y conforme las nuevas disposiciones incorporadas progresivamente al ordenamiento jurídico sobre los programas de cumplimiento¹²⁷. Por lo tanto, en razón a la ausencia

¹²⁴ Ver Sentencia Gallardo/Oracle RIT T-804-2015 RUC 15-4-0045669-8 (Santiago de Chile). El juez en este caso ordena a la organización empresarial “realizar una *charla* que impartirá la Dirección del Trabajo a los Gerentes, tanto General como de Área como Recursos Humanos, Directores y a todos los trabajadores de la empresa, donde se les informe acerca de temáticas de *derechos fundamentales*, el ejercicio de dichos derechos, sobre la libertad para el ejercicio de la reclamación de sus derechos tanto en sede administrativa como judicial”, y a “regularizar sus reglamentos como el Código de Ética y Conducta de Negocios conforme a los estándares de la legislación vigente en Chile, debiendo implementar un procedimiento de investigación reglado, con plazos, órganos y procedimientos preestablecido de investigación” (Reyes, 2016).

¹²⁵ Según las disposiciones de la Ley laboral el reglamento funge como aquellas normas que condicionan y regulan la relación entre el empleador-trabajador con el fin de integrarlo al contrato de trabajo y crear garantías en favor del trabajador. Entre esas garantías se destaca que el reglamento debe contener disposiciones en que se indique obligaciones y prohibiciones especiales de las partes, escalas de faltas y procedimientos para las sanciones disciplinarias, las personas ante quien se deben presentar reclamos, denuncias y su respectiva tramitación.

¹²⁶ Es preciso afirmar que los reglamentos internos del trabajo constituyen una forma primigenia de autorregulación de las empresas como formas de códigos de conducta y de adopción de comportamientos tendientes a crear una cultura de cumplimiento en la organización empresarial.

¹²⁷ En el capítulo anterior se hace mención de las disposiciones normativas que han incorporado programas de cumplimiento en Colombia y de los proyectos de ley que han contemplado su

de aplicación de la figura en la práctica, no existen pronunciamientos judiciales sobre el tema que permita dilucidar las pautas necesarias para su ejecución. En consecuencia, corresponde al Legislador prever, evitar y mitigar el riesgo de vulneración de derechos fundamentales, no sólo del debido proceso sino todos aquellos que atañen al ejercicio de la actividad empresarial como se mencionará a continuación.

1.2 Violación al derecho de Habeas Data o Tratamiento de datos personales y derecho a la intimidad

El empresario en su derecho a la libertad económica le es posible determinar estrategias y el fin a cumplir de los elementos de producción y organización de su empresa para garantizar la protección de su patrimonio e interés de prevenir y mitigar el riesgo de incumplimiento. Por lo general, una de las medidas adoptadas a través de programas de *compliance*, están relacionadas con la recolección de datos personales bien sea para cumplir con las obligaciones que impone la ley o códigos de conducta, preservación de la seguridad y condiciones de bienestar de los trabajadores, seguimiento a controles de calidad, acceso de información por parte de entidades estatales, e incluso el cumplimiento de obligaciones legales (OCDE, 1981).

Si bien son múltiples los motivos para el tratamiento de datos por parte del empleador, para efectos del presente trabajo se analiza de forma especial aquellos que son recolectados en el desarrollo de investigaciones internas producto de programas de cumplimiento, ya que se reitera la existencia del deber de garantizar el respeto de los derechos constitucionales, entre ellos el de intimidad y correcto tratamiento de datos personales de los trabajadores.

Frente al tema, se trae a colación los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo¹²⁸ ya que son parte integrante del llamado “bloque de

incorporación con un manejo análogo a leyes extranjeras, esto es, tratamiento de eximente o atenuante de la responsabilidad de las personas jurídicas.

¹²⁸ ¹²⁸ La OIT ha creado un conjunto de disposiciones no vinculantes en relación con la protección de la vida privada de los trabajadores. La reunión de expertos de distintos sectores llevada a cabo en Ginebra

constitucionalidad” según el mandato constitucional establecido en el Artículo 93 C.P. y en razón a la especialidad, en materia laboral se ha entendido que todos los convenios de la OIT que han sido ratificados forman parte de la legislación interna (Artículo 53 C.P). Así lo ha dicho la Corte en Sentencia C-401 de 2005 al afirmar “(...) Así, pues, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias que tratan. De esta manera, los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad cuando la Corte así lo haya indicado o lo señale en forma específica. (...)”.¹²⁹

Esta organización se ha pronunciado abogando por el uso de datos personales de los trabajadores de forma exclusiva a asuntos directamente relacionados con sus funciones, con el fin con que se hayan recolectado y dado su consentimiento explícito y documentado para cumplir a cabalidad con la obligación de confidencialidad y protección de los mismos (OIT, 1997). De igual forma, se considera que si bien se hace una protección de forma preventiva a la utilización de datos por parte del empresario, lo cierto es que las empresas en el desarrollo de investigaciones adoptan medidas de vigilancia sin estándares relacionados al deber de información del empleador sobre los motivos, horas, técnicas de los datos que serán recogidos, etc. para efectos de la recolección de datos en el marco de una política de cumplimiento.

Es claro anticipar desde ya que en el curso de una investigación interna de la empresa, el CO no puede justificar una intromisión exacerbada en la vida personal de la intimidad de los integrantes como medidas propias de la política de *compliance* o la

en 1996 concluyo que la importancia de crear normatividad sobre el tema es cada vez más necesaria y su aplicación en las normas internas de los Estados (MEWP/1996/1). Dichas recomendaciones pueden ser incorporadas al grupo de disposiciones derivadas de cualquier forma de autorregulación empresarial, llámese reglamento interno del trabajo, códigos de buen gobierno, *compliance programs*, entre otros.

¹²⁹ También en sentencias C-567 de 2000, C-797 de 2000, C-170 de 2003 y C-551 de 2007, entre muchas otras, en las que se juzgó la constitucionalidad de las normas laborales acusadas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional consideró que los instrumentos internacionales allí mencionados, forman parte del bloque de constitucionalidad.

prevención de cualquier atisbo de conspiración en contra del interés u objetivo empresarial, ya que conforme a los pronunciamientos legales y jurisprudenciales¹³⁰ constituyen conductas ilícitas. Lo anterior se ve reflejado en el caso citado en Montiel (2013) (p.259) en donde los trabajadores de la cadena de supermercados Aldi, Lidl y Netto en Alemania denuncian la contratación de espías e instalación de cámaras de video ocultas en su lugar de trabajo, sin mediar consentimiento de ningún tipo, para la obtención de información privada en aras de prevenir una infracción en contravía al interés de la empresa¹³¹. El presente caso constituye un buen ejemplo de la inexistencia de límites a las medidas adoptadas por el empresario y de la violación al derecho a la intimidad en el marco de una relación laboral.

En Colombia, se encuentran casos en la jurisprudencia constitucional en el que se ha protegido el derecho a la intimidad del trabajador a través de la acción de tutela en contra de particulares, únicamente en relación con la garantía de no comunicar al empleador sobre circunstancias relacionadas con enfermedades como VIH/SIDA y se otorga el reintegro cuando con ocasión a su situación particular se termina el vínculo laboral. Estas posiciones jurisprudenciales develan una posición a favor de los derechos de los trabajadores y de su derecho a la intimidad como garantía necesaria dentro de una relación laboral, en donde si bien existen potestades del empleador en relación con información de sus trabajadores -como puede ser con los programas de cumplimiento- estas no pueden sobrepasar ni vulnerar su dignidad humana ni derechos constitucionalmente reconocidos¹³².

¹³⁰ A modo de ejemplo se citan las directrices de la OCDE sobre protección de la vida privada y transmisión de datos personales de 1980, la Directriz 95/46/CE de la Unión Europea sobre la protección de los individuos en relación con el tratamiento de datos personales y el Reglamento Europeo de protección de datos del presente año han sido consideradas como una importante ayuda a los Estados para la creación de políticas de protección de datos en sus legislaciones internas y a una unificación sectorial a nivel internacional en la materia.

¹³¹ De igual forma, se encuentra el caso judicial plasmado en la Sentencia 2191 de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (España), en donde se analiza un caso de implementación de medidas de vigilancia y control por parte de un empresario, en donde si bien se aduce un interés legítimo asegurar el cumplimiento de obligaciones laborales de los trabajadores a través de la recolección de información mediante medidas tecnológicas, resulta desproporcionales e invasivas para los derechos fundamentales.

¹³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1218 de 2005 – MP: Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T-295 de 2008 – MP: Clara Inés Vargas, Sentencia T-426 de 2017 – MP: Cristina Pardo Schlesinger.

Ahora bien, siguiendo las aproximaciones conceptuales de la jurisprudencia constitucional acerca de los *datos personales*, Sentencia T-414 de 1992 y Sentencia T-729 de 2002, estos hacen referencia a cualquier información que es propia y exclusiva de una persona, los cuales permiten reconocerla, identificarla, singularizarla, de forma individual o en conexión con otros datos. En esa medida, los datos personales son considerados como una información constitucionalmente protegida en el Artículo 15 C.P. en el que se reconoce el derecho fundamental de las personas de conocer, actualizar y rectificar cualquier información que exista sobre ellas como el tratamiento de datos de terceros de conformidad con las garantías y libertades contenidas en la Constitución Política (Remolina Angarita, 2013). Así mismo, en el marco legal si bien ya se encontraban disposiciones en la ley laboral al respecto, es la Ley Estatutaria 1581 de 2012 por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos, la que otorga al trabajador la condición de *titular* del derecho aducido y al empleador la de *responsable* del tratamiento de datos o *habeas data*, como garantía autónoma e independiente de otros derechos¹³³ y aplicable a todos los sectores de la economía (Corte Constitucional, Sentencia SU-458/2012¹³⁴).

En el caso concreto y en medio de la sociedad de la información, se considera que el empleador debido a las facultades que ostenta para la recolección, administración y uso de datos personales de los trabajadores, bien sea a través de base o bancos de datos, goza de un poder informático sobre quienes controla pues le es posible auscultar información relacionada con la vida personal de quienes hacen parte de una organización. De allí que sea de vital importancia la protección de dicha información en tanto puede verse afectado cuando el empleador en aras de salvaguardar el interés

¹³³ La Corte Constitucional en la presente sentencia se destaca la diferenciación del derecho de *habeas data* del derecho a la intimidad, cuyo núcleo esencial está integrado por el derecho a la autodeterminación informativa, lo que implica la facultad de “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”. En el mismo sentido ver: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-082 de 1995, T-527 de 2000 y SU-458 de 2012.

¹³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-458 de 2012 – MP: Adriana María Guillén.

de la empresa, permite que el CO -el cual es un tercero dentro de la relación laboral- acceda a dicha información en el cumplimiento de sus funciones.

Es preciso señalar que en el país no existe una cultura de protección de datos personales y ello se ve reflejado en que solo grandes corporaciones han implementado verdaderos controles para el adecuado, limitado y uso seguro de datos personales¹³⁵, situación que es realmente preocupante al tratarse de un derecho fundamental y que, en el acontecer de la actividad empresarial es imprescindible y necesario hacer uso de información y manejo de datos personales de trabajadores, consumidores, proveedores, etc. En esa medida, un programa de cumplimiento que contenga políticas encaminadas y dirigidas al uso y tratamiento de datos personales de todo el capital humano que hace parte de su proceso productivo y operacional, asegura la protección de derechos constitucionalmente protegidos.

La Corte Constitucional ha amparado el derecho a la intimidad en las relaciones laborales a través de grados de protección, en donde la relación empleador-trabajador constituye un núcleo de tercer orden seguido de la protección a la intimidad reconocida en el derecho norteamericano como “*the right to be let alone*” o derecho a estar solo (Warren & Brandeis, 1890) (T-696 de 1996) y la que se goza dentro del núcleo familiar (C-053 de 2001). A pesar de lo anterior, el tema no ha recibido un tratamiento favorecedor e igualitario a ambas partes, ya que tanto la Delegatura de Protección de Datos Personales de la SIC y la Corte Constitucional, no se ha pronunciado con suficiencia sobre la protección de estos en el marco de una investigación de la empresa, ni plantea parámetros técnicos de adopción en reglamentos internos según los principios de legalidad y finalidad contemplados en la Ley y mucho menos su cumplimiento a través del deber legal de incorporar políticas de *compliance*.

¹³⁵ El uso indiscriminado y sin el consentimiento del trabajador para el uso y tratamiento de datos, o incluso mediando el consentimiento este sea para un fin distinto a su uso, resulta ser una violación a la privacidad de las personas y constituye una realidad del país. Al respecto ver: <https://www.dinero.com/empresas/articulo/ley-de-proteccion-de-datos-personales-y-el-uso-por-empresas/241498>.

Esto se ve reflejado en el la última declaración de la Corte Constitucional mediante la que afirma que es posible la intromisión del empleador, o en este caso del CO, a los datos personales guardados en los teléfonos móviles personales cuando existen grupos de mensajería instantánea -como WhatsApp- para la comunicación de tipo laboral¹³⁶. Bajo ese entendimiento, los mensajes instantáneos que se envían dentro de un grupo con fines laborales constituyen información *semiprivada* a pesar de que se trate de una cuenta personal del trabajador y en consecuencia el espectro de protección sobre dichos mensajes se ve reducido para este tipo de casos.

En otras palabras, si bien es necesario que se proteja al trabajador por tratarse de la parte débil en la relación contractual, resulta importante que tanto la doctrina como la jurisprudencia abogue por brindar protección al empleador que en el desempeño de sus funciones debe valerse de medidas de dirección y control para asegurar el desarrollo de su actividad económica. Por lo tanto, se aboga por el reconocimiento del empresario, como titular del *derecho de información* establecido en el Artículo 20 C.P, el cual abarca la protección en “*los procesos de buscar e investigar información, procesar la información descubierta y transmitirla a través de un medio determinado (...)*” (T-391/2007) (Subrayado fuera del texto), siempre que su ejercicio este condicionado al respeto de la dignidad humana, veracidad, imparcialidad y buen nombre de quien se pretende hacer valer esa información (Gómez Martín, 2012).

¹³⁶ En un fallo de tutela se estudió el caso en que un trabajador de la empresa Nutresa se le inicia un proceso disciplinario por el envío de mensajes de audio a un grupo de WhatsApp integrado por empleados de la compañía para promover el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los integrantes y considera que se vulnero los derechos al debido proceso, libertad de conciencia, intimidad personal, entre otros derechos. Al respecto la Corte señala: “La naturaleza de este espacio permite afirmar, al menos *prima facie*, que la información que allí circulaba era semiprivada, de manera que de ella no se predicen los límites que se adscriben a la privada o reservada. Ello no quiere decir, sin embargo, que pueda tratarse como información pública”, dijo la Corte. Es decir, que esa información solo podía ser conocida por aquellos para quienes resulta relevante considerando la finalidad del grupo y, como en el grupo había representantes del empleador, se podía perfectamente dar a conocer a sus jefes”. Ver: <https://www.elspectador.com/noticias/judicial/chats-de-whatsapp-del-trabajo-son-semiprivados-corte-constitucional-articulo-815639>

En contraposición a la realidad de nuestro país, se encuentra que pronunciamientos de la autoridad española competente y del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad que resultan igual de garantistas para las partes. Al respecto se encuentra la incorporación de la categoría de “expectativa razonable de confidencialidad”¹³⁷ en el marco de las relaciones laborales, en el que si bien se establece como garantía al trabajador que habitualmente utiliza medios de la empresa -como el correo electrónico- que el uso personal, estos datos estarían protegidos por el derecho fundamental a la intimidad de forma condicionada (STC-241/2012)¹³⁸. Sobre esto la doctrina constitucional¹³⁹ ha considerado recomendable que es deber y manifestación del principio de buena fe que el empleador expida e informe previamente acerca de reglamentos internos de usos de los recursos informáticos, con el fin que los controles llevados a cabo, no violen ninguna esfera privada de los trabajadores y no generen ningún tipo de expectativa de protección que dificulte el ejercicio del derecho de información del empresario.

Por esa razón, se considera que los programas de cumplimiento deben avizorar la latente vulneración de derechos de este tipo a través de sus procedimientos internos con reglas claras, específicas y concretas en el tema, plasmados principalmente en sus

¹³⁷ En Colombia, el juez y doctrina constitucional se ha pronunciado sobre la expectativa de confidencialidad que opera en el marco del proceso penal respecto de las medidas de vigilancia sobre las cuales está facultado el ente acusador según la Ley 906 de 2004, como es el allanamiento al domicilio. Al respecto es necesario ver que los matices de protección dentro de un proceso penal resultan claramente disminuidos en comparación con el derecho de la empresa más no resta importancia (Guerrero Peralta, 2011). No obstante, la Corte no se ha pronunciado hoy sobre esta categoría y su aplicación en relaciones internas de trabajo, razón por la cual resulta importante dar una aplicación interpretativa análoga a la situación objeto de estudio.

¹³⁸ No es un tema homogéneo ya que la postura clásica reflejada en la Sentencia de 26 de septiembre de 2007 del Tribunal Supremo muestra que las nuevas tecnologías hacen parte de los factores de producción del empresario y por tanto este tendría facultades ilimitadas para su control y vigilancia.

¹³⁹ Al respecto la Sentencia de 6 de octubre de 2011 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español, analizó el caso de un trabajador que había sido despedido en razón a la utilización inadecuada de los recursos tecnológicos de la empresa. Por esa razón se consideró que la prohibición expresa de usos distintos a los relacionados con las funciones laborales dentro de los reglamentos internos, no constituían una violación al derecho fundamental la intervención a sus datos en el marco de una investigación interna. En el mismo sentido se encuentra la sentencia de 3 de abril de 2007 “Caso Copland” en el que el no cumplimiento del deber de información del empresario sí constituyó una violación al derecho fundamental (TEDH\200723).

códigos de gobierno corporativo y reiteren los derechos de “*doble vía*” como han sido denominados por el juez constitucional.

Ahora bien, si se toma como referencia las exigencias de un buen gobierno empresarial derivadas de la ejecución de los *compliance programs*, resulta lógico afirmar que dicho deber existe para el empresario y constituye un requerimiento ineludible de cumplimiento con la ley y aquellos estándares internos y voluntarios adoptados por las empresas. Esto marca una diferencia competitiva importante en el mercado y por esta razón los estándares se convierten en auténticos requerimientos, con impacto en la protección de derechos fundamentales de los trabajadores. Así lo establece el Artículo 27 de la Ley Estatutaria colombiana sobre la certificación de buenas prácticas en protección de datos al interior de las empresas¹⁴⁰. Si bien no fungen como disposiciones obligatorias para las empresas a partir de la interpretación del texto legal, lo cierto es que en un mercado como el actual, su no asunción o cumplimiento conlleva a la desaprobación y legitimidad de las mismas respecto de sus competidores.

Gracias a ello resulta necesario que las empresas clarifiquen, en cualquiera de sus formas de autorregulación, las responsabilidades y obligaciones asumidas por los empleados especialmente los CO que tienen acceso constante a datos personales de los trabajadores, para que mantengan su actuar en el margen jurídico permitido para recolectar y administrar datos personales, fomenten una cultura interna de cumplimiento y ejerciten su derecho a la información de conformidad con los parámetros internacionales.

¹⁴⁰ La presente disposición encuentra como antecedente el Artículo 42.1 del Reglamento Europeo de Protección de Datos vigente el cual establece que “*los Estados miembros, las autoridades de control, el Comité y la Comisión promoverán, en particular a nivel de la Unión, la creación de mecanismos de certificación en materia de protección de datos, de sellos y marcas de protección de datos*”.

2. PROBLEMÁTICAS CON RELACIÓN A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES COLECTIVOS EN LAS RELACIONES EXTRA-EMPRESARIALES Y CON LOS GRUPOS DE INTERÉS O “STAKEHOLDERS”

La Constitución Política de 1991 y el modelo de Estado social de Derecho impone la protección de derechos constitucionales de conformidad con el interés general y la satisfacción de los intereses de los grupos sociales caracterizados por condiciones de desigualdad en las relaciones propias del tráfico social y jurídico (Corte Constitucional, Sentencia C-228/2012). Esto implica que los esfuerzos de salvaguarda no sean exclusivos de aquellos grupos desfavorecidos o que se encuentran en condiciones de pobreza o discapacidad, sino de todos aquellos que en el desarrollo de una relación social o jurídica, la tengan que asumir en condiciones de desigualdad o preponderancia de una posición de poder sobre otra, esto es, el empresario y el consumidor, el empleador y el trabajador, etc.

Bajo esa óptica, le es propio a una organización empresarial garantizar la protección de bienes jurídicos no solo de quienes hacen parte de ella, sino de aquellos con los que entabla relaciones de cualquier índole en el ejercicio de sus operaciones, es decir, la sociedad. En esa medida se opta por realizar un breve análisis del papel de la empresa en las relaciones extra-empresariales o aquellas que se realizan por fuera de sus límites orgánicos con el fin de armonizar su actividad con los fines estatales constitucionalmente establecidos (Arts.1 y 2 C.P) y el principio de solidaridad¹⁴¹.

En el mismo sentido, resulta necesario precisar que los bienes jurídicos a los que se hará referencia son de tipo colectivo a pesar de que también le es exigible a la empresa

¹⁴¹ La Corte en sentencia C-228 de 2012 considera la solidaridad como un aspecto estructural del Estado Social de derecho y señala que la solidaridad es “un principio fundamental del que se derivan múltiples principios (...) todos ellos aplicables tanto al Estado como a los particulares”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228/2012 – MP: Luis Ernesto Silva.

la protección derechos constitucionales individuales, ambos de naturaleza fundamental. Esto en razón a que el ordenamiento constitucional ha insistido en otorgar una prevalencia al interés general y que, en el caso empresarial, debe cumplir con la función social e interés general¹⁴². Esto permite cuestionarse si existe una importancia latente por parte del constituyente en la defensa de estos derechos sobre los de tipo individual¹⁴³, o visto de otra manera, si es posible considerar los derechos de tipo colectivo como verdaderos límites al ejercicio de derechos individuales (López Calera, 2000). Sin embargo, la Corte ha considerado que la prevalencia del interés general va hasta que un interés particular este amparado en la *fundamentalidad*. En esa medida, el respeto a derechos fundamentales, es decir individuales de acuerdo con el alcance interpretativo del juez constitucional, es un componente que integra el complejo concepto de interés general (Corte Constitucional, Sentencia C-309/1997).

La anterior idea se ve reflejado en sentencia C-851 de 2001 al señalar que el derecho a la libertad económica dentro de una economía social de mercado, tiene la doble connotación de ser un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es *“alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de*

¹⁴² Sobre el tema se menciona que la categoría alusiva al interés social y a lo colectivo se encuentra presente en múltiples disposiciones del ordenamiento constitucional, por ejemplo, sobre el interés general (Art.2), “intereses generales (Art.209), “intereses y derechos colectivos” (Art.88), “interés público” (Arts. 58, 118, 335), “interés social” (Arts. 58, 62, 333), por mencionar algunos.

¹⁴³ Se ve reflejado en las providenciales judiciales del juez constitucional en las que se entiende la categoría del Estado social de Derecho desde la exigibilidad y protección de derechos fundamentales y como consecuencia, se creen interpretaciones restringidas de la cláusula del modelo estatal al no contemplar a su vez, la protección de interés colectivos. Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-388/2016 - MP: Alejandro Linares; C-155/2016 – MP: Alejandro Linares; SU-111/1997 – MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

tales libertades”. En esa medida, la protección de derechos de orden individual supone la garantía de bienes jurídicos de tipo colectivo y de interés general de la sociedad.

Bajo esa línea argumentativa, con mayor razón este tipo de intereses constituye un objeto de estudio fundamental y sobre todo, existe un creciente riesgo de vulneración de derechos colectivos cuando no se contempla la incorporación de instrumentos novedosos en el sistema de derecho, como son las medidas de autorregulación de las empresas o programas de cumplimiento normativo.

Vale la pena aclarar que si bien en el acápite anterior se puso en evidencia que la incorporación de programas de cumplimiento puede vulnerar derechos fundamentales, en el presente acápite se pretende avizorar las consecuencias de un comportamiento abstencionista con relación a la adopción de medidas preventivas cuando se trata del comportamiento de la persona jurídica con relación a la sociedad y a los stakeholders. Esto supone tomar como punto de partida los efectos que tiene el ejercicio de las actividades de la empresa, como agente fundamental en el sistema social en las relaciones económicas y sociales en que esta participa, pues la mayoría de las veces, el desarrollo del objeto social sin una política orientadora de *compliance* implica afectaciones a bienes jurídicos de tipo colectivo, como el medio ambiente y la protección a los consumidores.

Hechas las anteriores precisiones, se analizarán los derechos colectivos que representan situaciones jurídicamente relevantes para efectos del presente trabajo y en relación con los programas de cumplimiento. Esto implica una elección a título personal sobre la consideración de que derechos colectivos son más susceptibles de ser vulnerados en el ejercicio de la actividad empresarial, más no significa que el conjunto de derechos colectivos que están enunciados en las disposiciones normativas y no son objeto de estudio en esta ocasión, carezcan de relevancia constitucional o resulten indiferentes frente el comportamiento de las empresas colombianas. Bajo ese

entendido, se analizarán los derechos al medio ambiente sano y derecho a la protección de los consumidores.

2.1 Análisis del medio ambiente y relaciones de consumo como derechos colectivos con relación a la actividad empresarial

2.1.1 Derechos medioambientales

El constitucionalismo moderno, principalmente el latinoamericano, reconoce el derecho humano a un medio ambiente sano y sostenible e incluso, ordenamientos como el nuestro lo ha reconocido como un verdadero sujeto de derechos. El presente derecho es susceptible de calificarse como un derecho de tipo colectivo e incluso fundamental¹⁴⁴, pues supone la protección del ordenamiento jurídico a recursos naturales que están en el dominio público y son susceptibles de afectación o vulneración por el ejercicio de actividades privadas, entre ellas, la actividad empresarial a través de distintas acciones judiciales (Arts. 86 y 88 C.P.) (Brañes, 2001).

Esta nueva tendencia del constitucionalismo ambiental¹⁴⁵ implica que, los modelos de desarrollo que tradicionalmente han satisfecho sus propios intereses y nunca se han preocupado por llevar a cabo sus operaciones de conformidad al principio de sostenibilidad¹⁴⁶ y a la “causa ecológica”, hoy adopten modelos de conducta que

¹⁴⁴ Sobre el carácter fundamental del derecho al medio ambiente, jurisprudencialmente se ha reconocido que la acción de tutela es procedente como mecanismo de protección de intereses de tipo colectivo. Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-906 de 2012 – MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Sentencia T-596 de 2017 – MP: Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴⁵ Se habla de transición entre un modelo constitucional que favorecía el crecimiento económico como presupuesto de un mayor respeto de los derechos humanos a un modelo “constitucional ambiental” en donde las constituciones introducen disposiciones con especial atención a la protección de recursos naturales no por sus consideraciones económicas sino por su belleza y deleite. Esta última postura aboga por la consideración del derecho del colectivo de gozar de un ambiente digno y que brinde placer y satisfacción a quienes habitan en él. Al respecto ver BRAÑES, R. “El constitucionalismo ambiental latinoamericano” citado en CORDINI, G. y POSTIGLIONE, A. (1997), “Ambiente e cultura, Patrimonio comune dell’Umanità. Atti della VII Conferenza Internazionale ICEF.

¹⁴⁶ El principio de sostenibilidad constituye uno de los elementos esenciales para asegurar el desarrollo sostenible de la sociedad en condiciones de dignidad humana, esto es, “la satisfacción de necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades” (Corte Constitucional, Sentencia C-632 de 2011 y Sentencia C-671 de 2001).

permitan la protección de estos intereses, en virtud de las disposiciones internacionales y nacionales ambientales en la materia, bien sean de carácter prohibitivo como programático, y los códigos de buenas prácticas incorporados en las empresas (Esborraz, 2016).

En Colombia, su reconocimiento efectivo se encuentra con la Constitución de 1991 en su Artículo 79 el cual establece: *“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”*, disposición que se encuentra acompañada de un catálogo normativo el cual recibido la denominación de “Constitución ecológica” o “Constitución verde”¹⁴⁷. Dicha categoría ha sido tratada por parte de la jurisprudencia como la manifestación de los principios, derechos y deberes dentro de un Estado Social de Derecho con el fin de asegurar la protección de un bien jurídico universal, como es el medio ambiente, a través de las acciones propias del Estado y la participación de los individuos, la sociedad y demás sectores sociales.

Respecto a la titularidad, es pertinente señalar que le corresponde a la sociedad en su conjunto exigir que la actividad empresarial respete el derecho a gozar de un medio ambiente sano y adecuado¹⁴⁸. Igualmente habría que aducir que con el reconocimiento del ambiente como sujeto de derechos por el juez constitucional, el empresario tendría obligación para con él, y respondería de igual forma frente la eventual afectación a sus intereses. Lo anterior, se ve reflejado en sentencia T-622 de 2016 mediante la cual se

¹⁴⁷ Con respecto a las normas que integran el catálogo de principios y derechos de la Constitución ecológica, se prioriza el contenido de los Artículos 8, 49, 79 y 80 por considerarse los de mayor importancia en el tema pues corresponde al Estado la obligación de protección sobre sus recursos, asegurar el saneamiento ambiental como servicio público y conducir la actividad del Legislador en pos de la planificación y manejo de los recursos ambientales.

¹⁴⁸ Se distinguen de los derechos bioculturales que tienen las comunidades étnicas en tanto estos derechos se reconocen en la función intrínseca e interdependiente existente entre las comunidades y la naturaleza, sus recursos y cultura de quienes lo habitan. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-622/2016 - MP: Jorge Iván Palacio.

aplicó la figura de sujeto de derechos al Río Atrato y afluentes para la protección de derechos a la vida, salud y medio ambiente sano de la sociedad como de las comunidades étnicas que habitan allí.

En la presente sentencia se pone en evidencia los efectos adversos producto de la actividad económica minera en la sociedad en general y se interpone una acción de tutela para detener el uso intensivo y a gran escala de los métodos de explotación forestal ilegal que están siendo llevados por los empresarios de la zona. En ella se reconoce la titularidad del medio ambiente como sujeto de derechos en donde se expuso que: “(...) En la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza’. Postura que principalmente ha encontrado justificación en los saberes ancestrales en orden al principio de diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7º Superior)”. Esto supone que el objeto de protección del Estado y de los particulares se amplió y en el caso concreto se exija que los privados en el ejercicio a su derecho a la libertad de empresa, respeten los derechos colectivos en cabeza de la sociedad como del medio ambiente per se.

Además, la Corte es reiterativa en poner de presente la relevancia constitucional de la protección de los ríos, bosques, fuentes de alimento, medio ambiente como parte de la fórmula de un Estado Social de Derecho que da importancia a la sociedad en su conjunto. Esto implica que la defensa del medio ambiente no solo constituya un objetivo principal de un modelo de Estado social sino que además, hace parte del mismo espíritu del constituyente de garantizar condiciones dignas de existencia para el ser humano¹⁴⁹ y favorecen las distintas dinámicas que la realidad socio jurídica plantea, en este caso el tránsito a un punto de vista bio-céntrico y eco-céntrico en donde se

¹⁴⁹ En ese sentido ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-411 de 1992 y T-046 de 1999.

reivindican “concepciones globales y solidarias de la responsabilidad humana en favor del medio ambiente” (Corte Constitucional, Sentencia C-632 de 2011).

Igualmente, en se ve reflejado en distintos casos referentes a la protección de derechos fundamentales de comunidades ancestrales por la afectación de la actividad empresarial petrolera o minera principalmente. En estos casos el empresario en el ejercicio de su actividad económica solicita la expedición de licencias ambientales para llevar a cabo su objeto social y por lo general lo hace en territorios habitados por grupos indígenas; sin embargo, la mayoría de las veces se vulnera el derecho a la consulta previa, que si bien no tiene un carácter vinculante constituye un requisito necesario para garantizar la participación efectiva de dichas comunidades. Si bien el tema ha sido decantado con relación al deber de garantía de participación de grupos tradicionales por parte de las empresas, la Corte ha considerado necesario un juicio de ponderación entre la explotación económica de los recursos mineros, la protección al medio ambiente y la identidad de los pueblos indígenas, ponderación que suscita posible en la medida que se reconozca la función social y prevalencia del interés general dentro de la actividad empresarial¹⁵⁰.

Lo anterior ha llevado a que la Corte reconozca la necesidad de definición de áreas de reserva estratégica de extracción de recursos ambientales o lo conocido como “espacios de concertación”, lo cual limita en gran medida la actividad del empresario y supone un ejercicio de obediencia y respeto a la Ley como a los valores intrínsecos que se pretenden proteger a través de estas medidas¹⁵¹.

¹⁵⁰ Unos de los fallos más importantes de la materia se encuentran en sentencia SU-039 de 1997 a favor de la comunidad indígena U'wa, sentencia T-769 de 2009 a favor de la comunidad Embera de Uradá Jiguamiandó

¹⁵¹ En sentencia T-766 de 2015, la Corte Constitucional deja sin efectos dos resoluciones que establecía la delimitación de las áreas estratégicas en veinte millones de hectáreas del territorio en regiones habitadas por comunidades indígenas que les habían sido violado su derecho fundamental a la consulta previa.

En esa medida, se encuentra que con relación al tema objeto de estudio del presente trabajo, se trata de situaciones de prevalencia del interés general sobre el individual – económico, en donde la ejecución de un “*environmental compliance*” o programa de cumplimiento con conciencia y sentido ambiental, debe estar dirigido a velar por la protección de la naturaleza y de los recursos ambientales, además de las obligaciones propiamente empresariales. Esto permite darle una connotación distinta a la consecución de motivos de la actividad empresarial, los cuales no se encuentren exclusivamente motivados por el desarrollo económico *per se* sino condicionado al respeto del medioambiente.

Finalmente, es posible afirmar que en materia ambiental, los programas de cumplimiento fungen como instrumentos de materialización del *principio de prevención* mediante el cual, el Estado debe evitar o minimizar los daños ambientales (Art.80 C.P.) (T-622/2016). La Corte ha señalado que este objetivo se logra a través de acciones y medidas regulatorias, administrativas o de otro tipo, razón por la cual el espectro de herramientas resulta amplio e incluyente frente la utilización de estos instrumentos preventivos.

2.1.2 Derecho a la protección de las relaciones de consumo

Las relaciones de consumo han sido integradas en el catálogo de derechos de la Constitución de 1991, más precisamente de aquellos de naturaleza colectiva¹⁵² en la medida que se pretende proteger sustancial y formalmente a los ciudadanos, bien sea de forma individual o grupal, de las asimetrías de información y desigualdades que se dan en su relación con los proveedores y distribuidores de bienes y/o servicios¹⁵³. Esto se ve reflejado en el Artículo 78 constitucional el cual establece que se regulara el “control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así

¹⁵² Respecto de su condición de derecho colectivo es preciso anotar que desde inicios de la Asamblea Constituyente, en el seno de la Comisión Quinta se gestó la idea de otorgarle esta naturaleza a los derechos de los consumidores y usuarios con el fin que existieran acciones colectivas de tipo procesal que garantizaran su protección. Ver Gaceta Constitucional N°46, lunes 15 de abril de 1991.

¹⁵³ Al respecto ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-133 de 2014 – MP: Alberto Rojas Ríos

como la información suministrada al público en su comercialización” y permite entrever que, la intención del constituyente estuvo dirigida a la protección de la sociedad y prevalencia del interés general (Corte Constitucional, Sentencia C-133/2014).

Así mismo, la creación de esta regulación fue necesaria en la medida que las relaciones de consumo están caracterizadas por la ausencia de igualdad, ya que de un lado se encuentra el empresario o la empresa y por otro, el ciudadano que desea satisfacer una o varias necesidades. De allí que la protección de estos derechos pretenda el restablecimiento de una relación social y económica que está caracterizada principalmente por las asimetrías que acompañan la actividad económica (ausencia de información, estándares de calidad, seguridad, etc.) y que la mayoría de las veces son tomadas en favor de quien goza de un poder mayor en el mercado, es decir, el comerciante, proveedor, distribuidor, etc. con el fin de cumplir sus objetivos (Valderrama, 2013).

A pesar de los logros constitucionales en la materia, el contenido del derecho está determinado en la Ley 1480 de 2011¹⁵⁴, reglamentos y las relaciones contractuales en las que se encuentra vinculado el empresario. Esto significa que aquello que atañe a la empresa, es decir la relación contractual, está supeditado al cumplimiento de los principios constitucionales o “tuitivos” del consumidor, como los denomina el juez constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-1141 de 2000) y por ende, es su obligación garantizar que los productos y/o servicios que se producen o crean dentro de su cadena productiva cumplan con las condiciones de calidad e idoneidad que establece el empresario o son impuestas a través de la Ley (Art.78 C.P).

¹⁵⁴ Se trata del Estatuto del Consumidor el cual tiene por objeto la protección y promoción del libre ejercicio de los consumidores y otros principios constitucionales en relación con las relaciones de consumo que se establecen en el tráfico socio-jurídico y la responsabilidad de los productores y proveedores de forma sustancial como procesalmente.

Sobre el tema objeto de estudio, resulta de vital importancia considerar que estas condiciones de calidad e idoneidad de productos y/o servicios pueden ser incorporadas a protocolos o códigos internos de la empresa que permitan prevenir con mayor eficacia la vulneración de derechos de los consumidores, lo cual incluye una grave afectación a sus intereses económicos, riesgos para su salud y seguridad, omisión de información que determine su elección o voluntad de contratar, entre otras situaciones contempladas en la ley (Art.1 Ley 1480/2011).

Lo anterior se ve reflejado en sentencia T-676 de 2016¹⁵⁵ en el que se interpone acción de tutela en contra de una entidad bancaria en razón a la violación del derecho fundamental a la información cierta, suficiente, clara y oportuna al consumidor financiero. En esta providencia se aduce que la actividad bancaria debe someterse a los lineamientos que reconocen que los privados tienen deberes *iusfundamentales*, que si bien suponen una restricción al ejercicio de la libertad de empresa o a la iniciativa privada, rige como punto de partida en las relaciones económicas y con mayor razón, en relaciones de consumo. Además, se considera que las entidades financieras deben crear medidas que garanticen la protección a favor del consumidor -en este caso un deudor de una obligación crediticia- y no su interés personal, como es el deber de transmitir la debida información sobre el contrato celebrado, las condiciones pactadas y el alcance del incumplimiento de las obligaciones dinerarias.

Así mismo, en sentencia T-987 de 2012¹⁵⁶ se reconoce la protección a los consumidores del servicio público de transporte aéreo de pasajeros al desconocerse las garantías de calidad y prestación eficiente del servicio como el acceso equitativo de los consumidores, en tanto existe una relación interdependiente entre el servicio y la “satisfacción material de los derechos fundamentales”. Lo anterior en razón a la

¹⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-676 de 2016 – MP: Alejandro Linares Cantillo.

¹⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-987 de 2012 – MP: Luis Ernesto Vargas. Al respecto es necesario precisar que en la presente sentencia se otorgan los efectos excepcionales de “*inter comunis*” en la acción de tutela, con la finalidad de extender la protección dada a varios sujetos que están incurso en la misma situación fáctica y no son parte de la acción pública.

incorporación del nombre del accionante-consumidor en las llamadas listas de “viajeros no conformes” lo cual implica la negativa del transportador aéreo de celebrar próximos contratos, sanción que fue impuesta sin el cumplimiento de los protocolos internos de la empresa y los reglamentos aeronáuticos de Colombia. Frente a ello, la Corte señala que “(...) existe un cuerpo normativo, de origen constitucional, que tiene por objeto la protección de los intereses del consumidor, quien se encuentra en un plano de desigualdad frente a productores y proveedores, lo que implica un deber estatal de promoción respecto de aquel. Este deber se muestra especialmente relevante cuando se trata de la prestación de servicios públicos, pues en ese escenario, como se explicó en precedencia, la intervención estatal está dirigida no solo a garantizar la calidad y la prestación eficiente del servicio, sino también el acceso equitativo de los usuarios, habida cuenta la relación de dependencia entre esos servicios y la satisfacción material de los derechos fundamentales” (Corte Constitucional, Sentencia T-987 de 2012).

Respecto al tema objeto de estudio, estas interpretaciones jurisprudenciales constituyen un referente importante sobre la necesidad que las empresas adopten compromisos y códigos de buen gobierno que establezcan procedimientos o protocolos en aras de cumplir con los deberes propios de la actividad empresarial, esto es proceder de conformidad con el control de calidad de los bienes ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe otorgarse al público para su respectiva comercialización, máxime cuando el objeto social de la organización empresarial se trata de la prestación de un servicio público.

3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y DEMÁS DERECHOS

Actualmente existen mecanismos procedimentales o procesales para la protección de los derechos fundamentales que se han tratado a lo largo de este trabajo, bien sea orientados a la garantía del derecho a la libertad económica con la que cuenta el empresario como a la salvaguarda de derechos de los grupos de interés o *stakeholders* que son vulnerados con ocasión a la incorporación y/o ejecución de un programa de cumplimiento. En consecuencia, se crean mecanismos judiciales y extrajudiciales que permitan dirimir dichas afectaciones desde distintas instancias y grados de afectación a estos derechos.

La creación de mecanismos extrajudiciales surge entorno al desarrollo de democracias participativas de los Estados, lo cual ha llevado a que el sector privado se involucre, discuta e implementa propuestas dirigidas al desarrollo de políticas públicas que beneficien al núcleo social en su totalidad (Artículo 2 C.P). En el presente caso, la incorporación exitosa de programas de cumplimiento en otras legislaciones reta a las empresas nacionales que en su ejercicio de autorregulación, cumplan con los deberes que impone el ejercicio del derecho a la libertad económica en su manifestación de libertad de empresa, esto es, la creación de herramientas de protección que materialicen las políticas de cumplimiento.

A su vez, el Estado como garante de protección de los derechos constitucionales advierte sobre la existencia de acciones constitucionales, como lo son la acción de tutela y acciones colectivas y/o populares que cuentan con un aparato jurisdiccional para su exigibilidad. En el caso concreto, la afectación de un derecho de los *stakeholders*, sea individual o colectivo, lleva a que en el marco de un proceso judicial, la autoridad competente ordene medidas con relación a los programas de cumplimiento, ya sea la incorporación, modificación o aplicación de estos.

3.1 Extrajudiciales

Las empresas prefieren la adopción de herramientas principalmente de carácter auto compositivo por sus múltiples beneficios, entre ellos, la posibilidad de disponer de sus recursos para encontrar soluciones eficaces al incumplimiento, disponer de una solución de forma unilateral o conjunta sobre el asunto sin necesidad de la presencia de un tercero o autoridad judicial que dirima las consecuencias de un posible incumplimiento e incluso, disminuir los costos de transacción¹⁵⁷ que representa acudir ante una autoridad del Estado. Ejemplo de ello, ha sido la interpretación extensiva que se ha hecho en la materia de *compliance* sobre los “*whistleblowers*” o delatores en canales de denuncia internos de las empresas.

3.1.1 En relación con los canales de denuncias o “*Whistleblowing*”

Los canales de denuncia de las organizaciones empresariales o “*whistleblowing*” se incorporaron al tráfico jurídico y empresarial con el auge del *compliance* y su mención primigenia en la Sarbanes – Oxley Act de 2002 o “*Whistleblowers protection Act*”¹⁵⁸, como una herramienta jurídica dada a los y ex trabajadores de una empresa para denunciar comportamientos, acciones o hechos que fueran en contra de las disposiciones legales, integrantes de los códigos de gobierno y de una política de cumplimiento con el fin de obtener una recompensa de algún tipo, económica o moral (Ann Johnson , 2003)¹⁵⁹.

¹⁵⁷ En la teoría económica, los costos de un proceso judicial son conocidos como un tipo costos de transacción, ya que deben ser asumidos para activar el aparato judicial estatal y son adicionales a las transacciones económicas per se (Coase, 1937).

¹⁵⁸ Ver capítulo II del presente trabajo donde se precisa el contenido de la Ley y los antecedentes históricos de la figura. Sin embargo se señala que la figura del *whistleblowing* fue fomentada a partir de diversas normas como el “Ethics in Government Act”, el “Code of Ethics for Government Service”, la “False claim Act” en EE.UU para la formación ética de empleados públicos en el Gobierno sobre su deber de información sobre abusos de las autoridades y la creación de mecanismos de protección e incentivos para quienes lo hacían. Al respecto ver “Ley sobre Éticas en el Gobierno” de 1978, Ley del Aire Limpio (42 U.S.C § 7622), Ley de protección financiera de los consumidores (Consumer Protection Act 2010 12 U.S.C.A § 5567), entre otras (Ann Johnson , 2003)

¹⁵⁹ Dichos instrumentos funcionaban como medidas de prevención de fraude a la Administración, en el que los trabajadores se acercaban a las autoridades a denunciar la irregularidad y en los casos relacionados con recursos públicos, los denunciante obtenían hasta el 50% del monto recuperado a su favor como incentivo. Sin embargo, los denunciante eran quienes incoaban la acción ante las

A pesar de los avances y resultados en el ámbito norteamericano y su objetivo de aunar fuerzas entre el sector privado y público, existen varias situaciones nebulosas cuando la implementación de un programa de cumplimiento requiere de herramientas que estén orientadas a prevenir el incumplimiento de buenas prácticas de gobierno como de las obligaciones legales.

En primer lugar, la denuncia del incumplimiento de las obligaciones legales se encuentra fundamentada en el artículo 95 numeral 7 constitucional¹⁶⁰ referido al deber de denunciar actos ilícitos, más no existe un fundamento constitucional y legal de cumplir con dicho deber frente al incumplimiento de prácticas de gobierno corporativo y en consecuencia, hacerlo exigible. Ello resulta problemático ya que si bien existe una diferencia entre la afectación producto de la no adecuación del comportamiento empresarial a la ley y a un código de buen gobierno según el principio de lesividad y proporcionalidad, el incumplimiento de prácticas empresariales actualmente son consideradas verdaderos injustos por parte de las empresas¹⁶¹.

De igual forma, se reitera que la inobservancia de aquello que la persona jurídica ha decidido asumir, desvirtúa la naturaleza y propósito de los programas de cumplimiento y de las prácticas de buen gobierno. En consecuencia, la figura pierde credibilidad, se genera desconfianza en el mercado, se deslegitima las buenas intenciones de otros interlocutores encaminadas a generar transparencia en el giro ordinario de sus negocios y constituye una falta al principio de buena fe (Art.83 C.P), entendido éste como

autoridades judiciales sin ningún tipo de apoyo y asumían la posible responsabilidad de no contar con suficiencia probatoria de los acontecimientos contrarios a la Ley, razón por la cual el uso de la figura disminuyó notoriamente (Hesch, 2008, pág. 49).

¹⁶⁰ El Artículo 95 de la Constitución Política señala: “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las Leyes. (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.”

¹⁶¹ El incumplimiento de prácticas corporativas afecta intereses constitucionales ya que en virtud de la confianza generada en el mercado a los *stakeholders* -principalmente a trabajadores y consumidores-, se incorporan estas disposiciones y compromisos en el marco de una política de cumplimiento.

presupuesto fundamental en las relaciones económicas y sociales existentes en el sector empresarial.

En segundo lugar, no existe un marco jurídico que brinde suficientes incentivos que disuada un comportamiento abstencionista en relación a la posibilidad de delatar a quienes han infringido las disposiciones internas o pretenden prevenir o alertar sobre la comisión u ocurrencia de conductas contrarias a buenas prácticas empresariales o en un escenario extrajudicial. Por lo tanto, la adopción de un canal de denuncias empresarial tiene como presupuesto la existencia de un programa de cumplimiento que en sus disposiciones otorgue garantías de protección del trabajador o denunciante por la retaliación, represalias y/o consecuencias laborales o sociales adversas, como la pérdida del empleo, o imagen y confianza ganada en su carrera profesional, persecución, acoso o el simple rechazo por la puesta en conocimiento al CO de una situación opuesta a la legalidad o a la ética (Wakefield, 1976)¹⁶².

En Colombia el tema ha sido aplicado de forma poco significativa pues aún existe la tendencia en el sector empresarial de hacer uso de los tradicionales métodos de control relacionados con la auditoría interna¹⁶³, lo cual supone una detección menos eficiente de los riesgos de incumplimiento en comparación a los programas de *compliance*. Lo anterior, en tanto estos programas identifican casi de forma inmediata los riesgos de incumplimiento al adoptar estructuras propias de control dentro de la empresa y que se manifiestan en las funciones del oficial de cumplimiento (Nieto Martín, 2012). Además, su adopción supone la adopción de una cultura de *compliance* con las

¹⁶² La razón de dar un tratamiento análogo del canal de denuncias al interior de la empresa es disuadir el incumplimiento de disposiciones que si bien hacen parte del *soft law* (códigos de buen gobierno, prácticas empresariales, compromisos de RSC, reglamentos internos) cuentan con gran importancia en el sector según las ventajas competitivas y beneficios ya expuestos.

¹⁶³ Recientemente KPMG socializó los resultados de la Encuesta de Fraude en Colombia del año 2017, realizada con datos de empresas entre los años 2014 y 2015). Dichos fraudes se pusieron en conocimiento de las autoridades por medio de auditorías internas (47%), denuncias anónimas o “whistleblowing” (25%), revisión de la gerencia (7%) y reconciliación contable (7%). Estos índices se reflejan en la poca legitimidad, credibilidad e incentivos que brindan a los trabajadores la escasa regulación sobre el tema. Al respecto ver: <https://actualicese.com/actualidad/2018/08/16/empleados-desconfian-de-mecanismos-y-canales-de-denuncia-contra-fraude-y-corrupcion/>

dimensiones constitucionales presentadas en el curso del presente trabajo, mientras que las herramientas de auditoría están enfocadas al seguimiento de regulación con relación a los intereses exclusivos de los empresarios.

Otra de las razones de su poca utilización en el sector empresarial, además de ser el compliance un tema novedoso, es la falta de doctrina especializada en el tema que brinde una guía frente a la posible violación al *secreto profesional* del Artículo 74 C.P que ampara la gestión entre socios y las relaciones de empleador-trabajador, con la utilización del canal interno de denuncias. Esto en tanto la Corte Constitucional (C-200/2012; C-538/1997; C-264/1996) ha entendido el secreto profesional como el deber inviolable¹⁶⁴ de guardar silencio debido a la información transmitida en virtud de una ciencia, arte u oficio.

Bajo esa interpretación, si bien parecería que el trabajador o profesional está llamado a abstenerse de revelar información dada en virtud de la relación subyacente, lo cierto es que la protección constitucional no supone el encubrimiento o la aceptación tácita de conductas ilícitas¹⁶⁵; lo que podría interpretarse *a fortiori* sobre conductas contrarias a postulados éticos y constitucionales. Lo anterior debido a que la protección de la información concebida como secreto profesional supone el “interés y objetivo legítimo de generar confianza para el ejercicio de la profesión” y la “protección de otros derechos fundamentales” que bajo un ejercicio de ponderación, existirían razones de peso para prevalecer el interés social de los trabajadores y grupos de interés (Corte Constitucional, 2012).

¹⁶⁴ La condición de inviolabilidad dado por la Carta, determina que no es optativo para el profesional vinculado por él, llámese socio o trabajador, a revelar la información sino está obligado a guardarlo, salvo ciertas circunstancias. Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996 – MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶⁵ Al respecto se adujo en sentencia C-062 de 1998 respecto a la existencia del secreto profesional que “(...) no puede pensarse entonces, que la existencia del secreto profesional y la confidencialidad de ciertas actuaciones sea razón suficiente para paralizar o suspender el deber constitucional que tiene todo ciudadano de colaborar con las autoridades, y que tampoco se puede crear alrededor de lo irregular, de lo ilícito, de lo torcido, una apariencia de corrección que se ampara en lo secreto (...)”.

Ahora bien, los canales de denuncia más que una herramienta de facilitación de la función del CO dentro de una organización empresarial, constituye una gran oportunidad de mitigación de riesgos de incumplimiento y prevención de vulneración de derechos fundamentales, no solo en relación con los trabajadores sino incluso en el colectivo. En otras palabras se trata de una manifestación de la función social que debe cumplir la empresa por mandato constitucional y que propicia y prevalece el legítimo interés de la sociedad frente al de la empresa. Por ejemplo, un trabajador o consumidor puede informar o alertar sobre la ausencia de estándares y licencias para la producción de un producto alimenticio que este puesto a disposición del mercado y con graves repercusiones en la salud pública, incumplimiento de buenas prácticas incorporadas a códigos de buena conducta, evasión de obligaciones tributarias que atentarían contra el bien jurídico del orden económico y social e incluso, la utilización de sustancias tóxicas en la cadena de producción que potencializan la contaminación del medio ambiente.

Finalmente, resulta de vital importancia considerar que la instauración de canal de denuncias otorga un papel preponderante a los *stakeholders* -en este caso los trabajadores y consumidores- y fomenta la separación de poderes en el sector empresarial, pues como se mencionó con anterioridad, los programas de *compliance* y el oficial de cumplimiento cuentan con facultades de autonomía e imparcialidad que permiten realizar el control de las actividades propias de la empresa sin mediar un interés en desarrollo de su objeto social sino la mitigación y prevención de riesgos en sus actividades.

3.2 Judiciales

Bajo el entendido que los programas de cumplimiento como formas de autodeterminación o autorregulación por parte del empresario en el desarrollo de su ejercicio al derecho a la libertad económica, como derecho fundamental, existen múltiples intereses que pueden ser protegidos a través de mecanismos constitucionales.

Puede tratarse de la acción de tutela o de acciones colectivas cuando los programas no se encuentran de conformidad con los principios constitucionales señalados en los capítulos anteriores y los intereses del núcleo social se encuentran conculcados.

3.2.1 Acción de tutela

La acción de tutela es considerada como el mecanismo novedoso y revolucionario que trajo consigo la Constitución de 1991, en el sentido que permitió a todos los ciudadanos la protección de sus derechos constitucionales fundamentales que se encuentran amenazados por la acción u omisión de una entidad pública o de un particular a través de un procedimiento preferente y sumario (Artículo 86 C.P.). Para su procedencia, se han fijado ciertos requisitos que para efectos del presente trabajo interesa la relevancia constitucional, la no existencia de otros recursos o medios de defensa, salvo que se trate de un perjuicio irremediable y el principio de inmediatez (Bejarano Guzmán, Moreno Cruz, & Rodríguez Mejía, 2018)¹⁶⁶.

Frente a la relevancia constitucional, es necesario observar dos situaciones distintas: la primera, relacionada con la idoneidad de la presente acción constitucional para salvaguardar el derecho fundamental a la libertad económica del empresario -como titular- cuando en su ejercicio encuentra obstáculos o negativas a la implementación, ejecución y/o aceptación en cualquiera de sus formas, de un programa de cumplimiento. En la práctica resulta difícil encontrar un ejemplo de posible vulneración del derecho fundamental por no permitir a la empresa la adopción de un programa de cumplimiento ya que las personas jurídicas gozan del atributo de personería jurídica para asumir derecho y contraer obligaciones, razón por la cual disponen de autonomía de la voluntad para organizar sus recursos.

¹⁶⁶ La legitimación por activa de la persona jurídica o empresario ya ha sido un tema decantado por la jurisprudencia constitucional en el que les es dado hacerse a mecanismos constitucionales para la protección de un derecho fundamental según lo propuesto en el Capítulo 1 del presente trabajo. Sobre la legitimación en la causa por activa en las acciones de tutela de las personas jurídicas ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-439/2017 – MP: Alberto Rojas Ríos.

Sin embargo, puede pasar que en el ejercicio operacional de un grupo empresarial, la matriz impida a una de sus filiales la adopción y creación de un programa de cumplimiento¹⁶⁷. Otro ejemplo, suscita cuando si bien se incorpora un programa de *compliance*, el órgano de administración no permite que se desarrolle la función por la constante intromisión en las funciones del CO que dificulten su ejercicio, e incluso la disposición de elementos del CO sea la que restrinja la adecuada adopción del programa en beneficio de la organización empresarial.

La segunda situación estaría referida a la utilización de la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, bien sean individuales o colectivos,¹⁶⁸ en cabeza de los *stakeholders* -cualquiera de los mencionados con anterioridad-, en donde el juez exija la incorporación, modificación, suspensión y/o aplicación del programa de cumplimiento como medida para evitar un perjuicio irremediable¹⁶⁹. Si bien es una situación que no es propia de protección del derecho del empresario a la libertad económica, si tiene implicaciones directas en su ejercicio pues, los jueces pueden exigir la protección de derechos fundamentales relacionados con la empresa mediante la disposición de recursos propios del empresario, entre ellos la aplicación de los programas de cumplimiento dirigidos a la satisfacción del recurrente.

¹⁶⁷ Vale la pena precisar que no ocurre en todas las formas asociativas que pueden implementarse dentro de un grupo empresarial, como puede ocurrir con las sucursales que carecen de personería jurídica y por tanto, su actuar debe estar ceñido a la dirección y manejo de la matriz que sería quien implementaría un programa de cumplimiento.

¹⁶⁸ La Corte ha estudiado situaciones en donde la acción de tutela es procedente respecto derechos colectivos siempre y cuando exista conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación a un derecho fundamental individual. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-041 de 2011 – MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁶⁹ Al respecto ver la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido que en casos que exista otro mecanismo judicial para la protección del derecho fundamental, procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Para ello se han aplicado varios criterios que deben ser concurrentes: necesidad de medidas inminentes, urgencia, gravedad de los hechos e impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección de derechos. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993 – MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-743 de 2002 – MP: Clara Inés Vargas.

En este orden de ideas, es claro que la situación tiene importancia constitucional que afecta derechos fundamentales del empresario como de los integrantes de grupos de interés y que frente a la novedad del tema se está ante un nuevo panorama de protección de estos derechos.

Por otro lado, frente al agotamiento previo de los medios de defensa al alcance de quien hará exigir la protección según el principio de subsidiariedad (Artículo 86 inciso 3), habría que considerar la necesidad de agotar el mecanismo extrajudicial explicado con anterioridad -los canales de denuncia internos- cuando no se ha encontrado solución alguna. Frente a la primera situación se señala que la vulneración del derecho del titular mismo requeriría que el CO u órgano de administración, según sea el caso, encuentre en el canal de denuncia el fundamento para llevar a cabo funciones directivas y ejecutivas exclusivamente en estas situaciones o vea la necesidad de tomar medidas urgentes de dirección respectivamente. Por ejemplo, la expedición de una directriz para ordenar que la acción u omisión de la práctica de buen gobierno se ejecute o se abstenga de ser realizada, o solicitar al administrador social de una matriz la toma de medidas conducentes para la correcta aplicación de un programa de cumplimiento con el fin que el interés del grupo empresarial como de la controlada sea beneficiado¹⁷⁰, entre otras.

Lo anterior permitiría que la adopción, modificación o implementación de *compliance programs* sea de conformidad con los principios constitucionales y se opten por medidas auto-compositivas que no impliquen la innecesaria puesta en marcha del aparato judicial. En caso de que sea difícil encontrar una medida dirigida al cumplimiento de un programa de cumplimiento, se agotaría el requisito de

¹⁷⁰ Puede ocurrir que dentro de los grupos empresariales existan muchas *sociiedades isla*, es decir, aquellas que se derivan del manejo de la matriz y son creadas de forma ficticia para realizar conductas ilícitas y poco éticas, como la evasión fiscal, beneficio de interés para la matriz en contraposición al interés social de la sociedad subordinada o controlada. Por esa razón existen disposiciones dirigidas a la acción social de responsabilidad para con el administrador social que toma decisiones en favor exclusivo de la matriz y no del grupo empresarial, conflictos de interés entre las mismas y levantamiento del velo corporativo. Al respecto ver MONTIEL FUENTES, C. (2009) “Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia”. Revista e-Mercatoria, Universidad Externado de Colombia, Vol.8, nº1.

procedibilidad y se estaría ante la existencia de perjuicio irremediable que debe ser dirimido ante una autoridad judicial. Así mismo, frente la afectación de derechos de grupos de interés por parte de la persona jurídica es necesario el agotamiento de la utilización de los canales de denuncia por las razones ya expuestas.

Finalmente, frente la inmediatez no existe una particularidad respecto del objeto de estudio pues como ha señalado el juez constitucional, este principio está orientado a la protección de seguridad jurídica, protección de terceros y evitar el uso de este mecanismo como herramienta supletiva de la negligencia del recurrente (T-594/2008). En esa medida se establece un plazo razonable entre la vulneración, o puesta en riesgo del derecho, y el momento en que el afectado interpone la acción. En el caso concreto, tendría que tratarse de una situación en que el accionante se encuentra frente a la posible vulneración de sus derechos y su requerimiento sea efectuado con la debida diligencia y dentro de un tiempo considerable en proporción a la afectación al derecho que pretende ser tutelado como podría ser el tiempo que se tomó la organización empresarial para encontrar una solución puesta en evidencia a través del canal de denuncias (C-543/1992).

3.2.2 Acciones colectivas

Las acciones colectivas, entiéndase acciones populares y de grupo, son aquellas que son promovidas por un representante para proteger un derecho o interés colectivo y/o la afectación individual a un grupo considerable de individuos cuyos efectos son reflejados en el núcleo social respectivamente (Artículo 88 C.P)¹⁷¹. Es decir, si bien los derechos que se trataron anteriormente son derechos colectivos propiamente dichos, se trae a colación las acciones de grupo por tratarse de una herramienta para garantizar la protección de derechos individuales que, por la magnitud y afectación a un grupo

¹⁷¹ Artículo 88 C.P: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. (...). Sobre el tema ver jurisprudencia de la Corte Constitucional, Sentencias C-215/1999; C-1062/2000 y C-569/2004.

considerable de personas, revisten de un interés que atañe a la sociedad en si misma considerada. Ejemplo de lo anterior se divisó en el caso de los consumidores ya que la acción pertinente para la reclamación de los daños ocasionados por un bien y/o servicio producido o comercializado por una empresa es la acción de grupo. A pesar de ello nada obsta para que los consumidores afectados hagan su reclamación de forma colectiva y no en razón a las pretensiones económicas individualmente consideradas de las personas que lo conforman.

Así lo ha dicho las Altas Cortes, entre ellas el Consejo de Estado al señalar “(...) de acuerdo con la jurisprudencia, esos derechos pueden protegerse en la medida en que no se confundan con derechos individuales comunes a grupos concretos de personas, pues *“la distinción entre intereses subjetivos y colectivos de un grupo depende de la posibilidad de apropiación exclusiva de los objetos o bienes materiales o inmateriales involucrados en la relación jurídica. Así, de los derechos colectivos puede afirmarse que a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás, y sólo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común”* (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 20 de Enero de 2005, Exp. AP-2261-01, M.P. Camilo Arciniegas).

En efecto, el Estado consiente de esa realidad ha propiciado un marco jurídico contenido en la Constitución y la Ley, con el objeto de regular las acciones colectivas. Se trata de la Ley 472 de 1998 la cual establece que el ejercicio de las acciones populares está dirigido a la evitación de un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o en ciertos casos, restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (Artículo 2).

Frente al objeto de estudio de la presente investigación, es claro que la implementación de un programa de cumplimiento por una organización empresarial supone el cumplimiento a unos límites constitucionales, como es el desarrollo de la función e interés social de la empresa y prevalencia de intereses de *stakeholders*, entendidos como presupuestos de la protección de los derechos colectivos (Esguerra, 2007). Sin embargo, el alcance del término colectivo en el presente caso no es análogo pues el objeto de protección y concepto de daño de cada una de las acciones difiere ostensiblemente.

En las acciones populares se está en presencia de mecanismos para la prevención, mitigación y/o reparación de *daños colectivos*, los cuales no afectan a personas en particular sino a una comunidad en general, como son los contenidos en la disposición constitucional referente al tema, en el que se encuentra el daño al medio ambiente, el patrimonio socio económico, salubridad, y otros referidos al conglomerado social que pueden incluirse al no tratarse de una lista taxativa (Tamayo, 2001).

Al contrario, las acciones de grupo están dirigidas a reparar los daños individuales de un grupo de personas determinadas -como los trabajadores de una empresa- o determinables – como son el grupo de consumidores de un bien y/o servicio ofrecido por el empresario- y por esa razón son considerados *derechos masivos* (C-215/1999). Por ejemplo, en el caso de la adopción de una política de cumplimiento y con ocasión a ella exista un abuso de facultades del CO o se esté ante ausencia de estructuras, principios y garantías reconocidas, se produzca afectación a derechos subjetivos de los trabajadores o integrantes de la organización empresarial como el debido proceso, intimidad o protección de datos personales.

Bajo esa interpretación, es posible concluir dos cosas: en primer lugar, las acciones colectivas a diferencia de la acción de tutela, no protegen el derecho a la libertad económica del empresario sino constituyen una herramienta de los *stakeholders* o grupos de interés que se ven afectados con el desarrollo de la actividad económica del

empresario para su protección colectiva y en razón a los perjuicios individuales causados en varios de ellos. En segundo lugar, es necesario precisar que su utilización será más o menos conducente e idónea según la legitimidad por activa de cada una de las acciones ya que el objeto de protección difiere entre ellas. Por un lado, los grupos de interés afectados en razón a la ejecución de una política de *compliance*, ellos son la sociedad en su conjunto, les resultara propicio adelantar una acción popular; mientras que los *stakeholders*, como sería un grupo de trabajadores o consumidores, les resulta necesario incoar una acción de grupo de conformidad con los requisitos legales¹⁷².

¹⁷² En el caso que un grupo afectado por un derecho de tipo masivo no alcance con los requisitos de forma, como es el número de afectados para presentar una acción de grupo, existe la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo de investigación acerca de los programas de cumplimiento como manifestación del derecho a la libertad de empresa y las amenazas a derechos constitucionales que suscitan su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano, es necesario establecer las siguientes conclusiones, no sin antes poner de presente los siguientes aspectos:

Existe un marco jurídico fundamental denominado “Constitución económica”, el cual regula los derechos de propiedad y las relaciones entre los agentes económicos dentro de una economía de mercado que se encuentra dirigida principalmente por el Estado, con el fin que los derechos que se contemplan en ella, sean desarrollados y ejercitados de conformidad con los límites que impone un modelo social de Derecho. A su vez, se considera que si bien existe una mirada crítica sobre el papel de la empresa en Colombia, todavía dicho rol se encuentra relegado al no contemplar posibles herramientas de exigibilidad para el cumplimiento de las tareas que le han sido encomendadas a través de la constitución y la ley y que constituyen límites concretos al ejercicio de sus derechos.

Entre esos se encuentra el *derecho a la libertad económica* el cual se ha constituido como un derecho subjetivo de contenido económico y de naturaleza prevalente contenido en el Artículo 333 C.P., el cual faculta a los particulares a ejercer actividades lícitas de tipo económico con el fin de obtener un beneficio patrimonial y a su vez, de favorecer el interés social conforme los postulados de un Estado social de Derecho. Sin embargo, suscita varios interrogantes derivados del tratamiento que ha recibido el tema al considerar que este derecho no tiene naturaleza fundamental. La presente consideración por parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, desconoce que las garantías que contiene las libertades económicas tienen implicaciones directas en la persona, constituyen uno de los presupuestos para el desarrollo de actividades lícitas

que garantizan su libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, la libertad de escogencia de profesión u oficio, la garantía de condiciones dignas de conformidad con una realidad que impone economía de mercado y un sistema económico neoliberal, entre otras. De igual manera, desconoce los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, en especial la sentencia C-228 de 2012, la cual pone de presente que todos los derechos contenidos en la constitución gozan de la naturaleza *iusfundamental*, razón por la cual el debate sobre la naturaleza del derecho a la libertad económica se torna desactualizado y decantado por las últimas voces legítimas en el tema.

De igual forma, se ha afirmado que en virtud de la *libertad de empresa* como una de las manifestaciones del derecho a la libertad económica, las empresas como principales titulares tienen la facultad de la autodeterminación con el fin de organizar su estructura y autorregularse con miras a obtener ventajas competitivas que permitan aumentar su participación en el mercado y prevenir riesgos normativos. De allí, que el *compliance* se constituya como una forma de autorregulación por parte de las empresas privadas la cual consiste en la creación y adopción de programas de naturaleza discrecional, que tienen por objeto la prevención, corrección, mitigación y gestión integral de los riesgos de incumplimiento de aquello que se está obligado a cumplir, bien sea de la normatividad general y sectorial, como de todos aquellos compromisos de distinta índole que se asumen de forma voluntaria.

Sin embargo, si bien constituyen una herramienta de prevención de posibles incumplimientos normativos, las empresas como agentes económicos se mueven en razón a la utilidad económica que les reporte un comportamiento específico. Muchas veces la determinación de cumplir con la ley y lo éticamente correcto representa una inversión con una tasa de retorno insignificante en términos económicos, lo que lleva a que los empresarios decidan incumplir la ley pues su sanción o repercusión no representa una pérdida ostensible o verdaderamente preocupante a su patrimonio en contraposición al gasto que representa tomar medidas preventivas.

Por lo tanto, si bien se cree que su adopción será progresiva en el tiempo, es necesario reforzar el conjunto de valores éticos y morales en que se sustentan los comportamientos de las empresas e incluso el de la sociedad misma. Esto con el fin que la determinación de actuar conforme a lo que resulta “bueno”, “adecuado” u “éticamente correcto” al interés general y principios constitucionales, no sea únicamente parámetros idealizados sino que se encuentren materializados en herramientas de tipo jurídico como son los programas objeto de estudio. Además, si se parte de un punto de vista estrictamente económico, un empresario que decida optimizar recursos, orientar y proyectar su operación a largo plazo, le resulta mucho más rentable invertir en un programa de cumplimiento que asumir el costo de la materialización de riesgos normativos, como pueden ser indemnizaciones, multas, sanciones, etc.

Así mismo, es necesario considerar que solo una vez permee la idea de una verdadera cultura de cumplimiento en el sector empresarial, ello permitirá hacer una transformación al concepto de ganancia representada en términos exclusivamente económicos, pues los programas de *compliance* son adoptados con el fin de acrecentar el valor de acciones y utilidades en activos intangibles (como el buen nombre, la confianza y legitimidad en relaciones comerciales) y que se ven materializados en la existencia de una visión amplia de interés social, medidas y prácticas de buen gobierno al interior de sus estructuras, respeto de los derechos constitucionalmente protegidos en el marco de sus actividades y los límites constitucionales a su ejercicio como son la función social de la empresa, prevalencia del interés general -especialmente de los *stakeholders*- y adopción de políticas de responsabilidad social empresarial.

Si bien el presente punto extralimita el contenido de la presente investigación, precisa señalar que la consecución e implantación de una cultura basada en el cumplimiento y prevalencia del interés social se logra en un primer momento a través del diálogo social y retroalimentación de información compartida e integrada en las políticas de cumplimiento como en los códigos de buen gobierno por parte de la empresa y los

stakeholders, lo cual permiten transformar el comportamiento pasivo de los grupos de interés, en un rol activo que colabore, comunique e integre sus necesidades a la política de cumplimiento de forma que adquiera la naturaleza de un mandato institucional como estrategia de organización en el marco de la RSE. Del mismo modo, tanto las prácticas de buen gobierno como la RSE han permitido ajustar los modelos de conducta que tienen las empresas en el tráfico jurídico a través de la armonización de intereses y la obtención de ventajas competitivas en el mercado. Actualmente es difícil encontrar empresarios que cuenten con políticas de RSE sin la adopción o creación de códigos de buen gobierno que delimiten, direccionen las políticas de cumplimiento una empresa sin tener en cuenta los intereses de los grupos de interés.

Igualmente, la adopción de programas de *compliance* implica el cumplimiento de garantías y estructuras mínimas para la protección de derechos individuales y colectivos que colindan con su ejecución según las circunstancias propias de la organización empresarial. Respecto la estructura, es imprescindible salvaguardar la autonomía e imparcialidad que se predica de la función de *compliance*, la primera referida a la garantía de desarrollar actividades separadas de las que son desarrolladas por la empresa para evitar algún tipo de conflicto de interés y la segunda, en relación a la independencia del oficial de cumplimiento en el desarrollo de sus funciones y de una estructura organizacional que no esté supeditada a algún tipo de autoridad jerárquica que obstaculice el desarrollo de sus funciones. A pesar de esta idea plasmada en el presente trabajo de investigación, resulta necesario ahondar con mayor precisión en otras oportunidades sobre las implicaciones estructurales relacionadas en los tipos societarios aceptados por la legislación comercial, en tanto la mayoría de las empresas de Colombia son pequeñas y medianas empresas -pymes-, las cuales no gozan de grandes estructuras que permitan implementar dichos programas según sus circunstancias y a bajos costos.

De allí que se enfatice en la necesidad del Legislador de regular el tema con el fin que su esclarecimiento permita democratizar la implementación de dichos programas en

tanto la investigación, planeación y estructuración de estos novedosos instrumentos, no impliquen necesariamente un costo adicional o imprevisto a la actividad presupuestal de la organización o un gasto que deba ser internalizado y asumido por el empresario sino todo lo contrario. Es decir, es el Estado quien debe asumir los costos de ahondar y analizar la pertinencia de su incorporación, los cuales no están representados únicamente en términos monetarios sino también en los costos sociales que representan la afectación a derechos individuales y colectivos que pueden ser vulnerados en el marco de la adopción e implementación de políticas de cumplimiento.

A pesar de ello, se recalca que la incorporación del *compliance* en el mundo jurídico permite entrever un conjunto de facultades que si bien tienen múltiples beneficios en términos de eficiencia y prevención de infracción a la ley, existe un riesgo latente de vulneración de derechos y garantías consagrados constitucionalmente al interior de las empresas como en las relaciones que suscitan en su entorno, los cuales fueron puestos de presente a lo largo del trabajo de investigación, más ello no significa que existan otros derechos que puedan ser afectados y ser objeto de estudio en otro proyecto de análisis sobre la relación de programas de cumplimiento y derechos fundamentales.

Por ejemplo, acerca de los derechos susceptibles de vulneración en las relaciones al interior de las empresas es preciso señalar que, este análisis no incluye aquellas relaciones presentes en los entramados societarios de grandes grupos empresariales, en donde el campo de acción es más amplio y donde la afectación puede ser pasada por alto al encontrarse frente a estructuras extremadamente burocráticas, mayor cantidad de trabajadores y proliferación de procedimientos sin ningún tipo de garantías . De allí la importancia de analizar que las decisiones que toman los administradores sociales de la matriz permeen el conjunto de disposiciones de todas las empresas que hacen parte de él y se encuentren de conformidad con los lineamientos constitucionales presentados a lo largo de la investigación. De igual modo, en relación con las actividades extra empresariales, es claro que hoy en día muchas de las violaciones masivas a derechos colectivos están dados por el comportamiento de grandes

multinacionales que afectan bienes jurídicos en las distintas jurisdicciones en que operan.

Por otro lado, resulta de avanzada que las políticas de cumplimiento traigan consigo instrumentos extrajudiciales de tipo auto compositivo que permitan encontrar soluciones prontas y eficaces al interior de las organizaciones empresariales, con el fin de generar desde el sector privado, alternativas idóneas y adecuadas frente la problemática de congestión judicial que enfrenta actualmente el país. Sin embargo, resulta igualmente imperioso la creación de garantías que permitan su adecuado ejercicio en favor de los trabajadores y faculte a los oficiales de cumplimiento a proceder con suficiente legitimación dentro de la empresa.

Por las razones anteriormente esbozadas, los programas de cumplimiento constituyen hoy en día una herramienta novedosa para la prevención y autorregulación de las empresas, siempre y cuando, la ausencia de regulación sobre el tema no constituya una nueva situación que afecte los intereses de los empresarios como los de la sociedad en sí misma considerada.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Ambos, K., Caro Coria, D., & Malarino, E. (2015). *Lavado de activos y compliance: Perspectiva internacional y derecho comparado*. Lima: Juristas.
- Ann Johnson, R. (2003). *Whistleblowing, When it Works and Why*. United States: Rienner.
- Aragón Reyes, M. (1995). *Las libertades económicas y el Estado social*. Madrid: McGraw-Hill.
- Arocena, G. (2017). ¿De qué hablamos cuando hablamos de criminal compliance? En I. Coca Vila, A. Uribe Manriquez, J. Atahuaman Paucar, & L. Reyna Alfaro, *Compliance y Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Perspectivas comparadas* (págs. 1-27). México D.F.: Flores.
- Arriaga A., E. (Mayo - Agosto de 2003). La Teoría de Niklas Luhmann. *Convergencia* (32), 277.
- Bassols Coma, M. (1988). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.
- Bejarano Guzmán, R., Moreno Cruz, P., & Rodríguez Mejía, M. (2018). *Aspectos procesales de la acción de tutela*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betancour, B. (1997). *Constitución Económica colombiana* (2ª ed.). Bogotá: El Navegante.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós.

- Bonilla, J. (s.f). La empresa y el empresario. Revista e-Mercatoria, 109.
- Botero, S. (2006). La reforma constitucional de 1936, El Estado y las políticas sociales en Colombia. Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura (33), 85 - 109.
- Brañes, R. (2001). Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. México D.F.: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
- Brey Blanco, J. (1995). Ideologías políticas y modelo socioeconómico constitucional. XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (pág. 85). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Cabecerans, J., & Cuenca Márquez, J. (Febrero de 2015). El compliance officer y los límites constitucionales de sus investigaciones. Revista Arazandi Doctrinal (2).
- Carnelutti, F. (1942). Instituciones del nuevo proceso civil italiano. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Carrau, R. (2016). Compliance para Pymes. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Chozas Alonso, J. (2015). Los programas de compliance como forma para ejercer el "debido control" sobre la actividad de la persona jurídica. En Los sujetos protagonistas del proceso penal. Conforme a las recientes reformas legislativas: Ley Orgánica 1/2015, 20 de marzo, por lo que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Ley 4/2015 (...). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Coffee, J. (2000). Class action accountability: Reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation. Columbia Law Review, 84 - 93.
- Coffee, J. (2000). Class action accountability: Reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation. Columbia Law Review, 84 - 93.

- Correa Henao, M. (2003). La limitación de los derechos fundamentales. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo - Universidad Externado de Colombia.
- Correa Henao, M. (2009). Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- De Vicente, J. (2014). Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de las personas físicas (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir deberes de vigilancia o control. *Revista Penal* (34).
- Esborraz, D. (Enero - Junio de 2016). El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza. *Revista Derecho del Estado* (36), 93 - 129.
- Esguerra, J. (2007). La protección constitucional del ciudadano (1era ed.). Bogotá: Legis.
- Esteban Velasco, G. (2005). Interés Social, Buen Gobierno y Responsabilidad Social Corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria). *Responsabilidad social Corporativa (aspectos jurídicos y económicos)*, 13 - 62.
- FGN. (2016). Circular 1/2016. España: Fiscalía General de la Nación.
- Flores Konja, J. V., & Rozas Flores, A. E. (2008). El Gobierno Corporativo: un enfoque moderno. *Revista de Investigación Contable - Universidad Nacional Mayor de San Marcos*.
- Galgano, F. (1999). Derecho Comercial: El empresario. Bogotá: Temis.
- García-Pelayo, M. (1991). Consideraciones sobre cláusulas económicas de la Constitución. En *Obras Completas* (Vol. 3, págs. 2855 - 2856). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Giampieretti, M. (2008). Commentario breve alla Costituzione. En S. Bartole, & R. Bin. Milani, Italia: Editrice Dott.
- Gil Estallo, M., & Giner de la Fuente, F. (2007). Cómo crear y hacer funcionar una empresa (Séptima ed.). Madrid, España: ESIC.
- Gómez Martín, V. (2012). Compliance und Arbeitnehmerrechte. En L. Kuhlen, & H. Kudlich, Compliance und Strafrecht (pág. 106). Heidelberg: Müller.
- Guerrero Peralta, O. (Enero - Junio. de 2011). La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal. Revista Derecho Penal y Criminología, XXXB (92), 55-84.
- Herrero de Miñón, M. (Septiembre - Diciembre de 1999). La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración. Revista Española de Derecho Constitutional (57), 11 - 12.
- Hesch, J. (2008). Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. United States: Goshen Press.
- Hinestrosa, F. (2007). El Tratado de las Obligaciones (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaeger, P. (2000). L'interesse sociale rivisato (Quarant'anni dopo). Giurisprudenza. Commerciale, 812 y ss.
- Keohane, R., & Victor, D. (2011). The Regimen Complex for Climate Change. En Perspectives on Politics (9 ed., Vol. 1).
- Kulhen, L. (2013). Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. En L. Kulhen, J. Montiel, & I. Ortiz de Urbina, Compliance y teoría del derecho penal (A. Nanzer, & M. Pons, Trads., pág. 51). Buenos Aires, Argentina.
- Lamprea, P. (2007). Contratos Estatales. Bogotá: Temis.

- Landa Zapirain, J. (2011). Ética empresarial y responsabilidad social corporativa. En J. Goñi Sein, Ética empresarial y códigos de conducta (pág. 145 y ss.). Madrid: La Ley.
- Londoño González, S. (Enero - Junio de 2016). Administrador blindado, juez amordazado: ¿Se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano? *Revista de Derecho Privado* (55), 1 - 38.
- López Calera, N. (2000). ¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos. Barcelona: Ariel.
- López, F., & Liduina, M. (2006). Codes of good governance: An international analysis. *Universia Business Review*, 10 - 21.
- Luhmann, N. (1991). *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. México: Universidad Iberoamericana / Alianza Editorial.
- Luhmann, N. (1994). "Unidad y diferencia en la sociedad moderna. *Acta Sociológica* (12), 55 - 61.
- Luhmann, N. (1996). *Introducción a la Teoría de Sistemas*. México: Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2002). *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2007). *La sociedad de la sociedad*. México: Herder.
- Marín Boscan, E., & Carrasquero López, F. (1999). La empresa como institución socio laboral (Vol. 5). *Gaceta Laboral*.
- Marquardt, B. (Enero - Junio de 2011). Estado y Constitución en la Colombia de la Regeneración del Partido Nacional 1886 - 1909. *Revista de Ciencia Política* (11), 56 - 81.

- Matallana, E., & Segura, D. (Enero - Junio de 2014). La Ley Saranes-Oxley y su necesidad en las entidades colombianas como solución a los casos de corrupción en temas financieros. *Revista Activos* (22), 195-228. Obtenido de La le.
- Mathews, A. (1984). *Internal Corporate Investigations*. Ohio St.: L.J.
- Michoud, L. (1932). *La theorie de la personnalité morale*. Paris: Trotabas.
- Mir Puig, S., Gómez Martín, V., & Corcoy Bidasolo, M. (2014). *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Buenos Aires.
- Momsen, C., & Grützner, T. (2011). *Verfahrensregeln für interne Ermittlungen. Kritische Würdigung der Thesen der BRAK zum Unternehmensanwalt im Strafrecht*. DB, 1794 -1798.
- Montiel, J. P. (Enero - Junio de 2013). Sentido y Alcance de las Investigaciones internas en la empresa (Purpose and Scope of Internal Investigations in Companies). *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XL), 251 - 277.
- Moosmayer, K. (2011). *Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen* (2^a ed.). München: Beck.
- Mújica, F., & Chávez, J. (Enero - Abril de 2014). Orden social y Orden jurídico: La observación de Niklas Luhmann sobre el Derecho. *Revista Sociológica*, 29(81), 7 - 38.
- Narváez García, J. I. (1995). *Introducción al Derecho Mercantil Colombiano*. Bogotá: Legis.
- Neme Villareal, M. (Diciembre de 2006). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado* (11), 79 - 126.

- Nieto Martín, A. (2012). Grundlagende Probleme von Compliance und Strafrecht. En L. Kuhlen, H. Kudlich, & I. Ortiz de Urbina, Compliance und Strafrecht (pág. 53). Heidelberg: Müller.
- Nieto Martín, A. (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. Buenos Aires: Marcial Pons.
- OCDE. (1981). Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data. París.
- Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2005). Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico (7ª ed.). Bogotá: Temis.
- Reaz, M., & Hossain, M. (2007). Corporate Governance around thw World: Aninvestigation. Journal of American Academy of Business, 2(77), 169 - 175.
- Reeb, P. (2011). "Internal investigations" - Neue Tendenzen privater Ermittlungen. Berlin: Duncker & Humblot.
- Remolina Angarita, N. (Enero - Febrero de 2013). Tratamiento de Datos personales en el contexto laboral. Revista Actualidad Laboral (175), 19 - 24.
- Reynoso Castillo, C. (Enero -Junio de 2014). Las transformaciones del concepto de empresa. Revista Latinoamericana de Derecho Social (18), 133 - 158.
- Robles P., R. (2015). El responsable del cumplimiento (Compliance Officer) ante el derecho penal. En Estudios de dogmática jurídico - penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico. Buenos Aires.
- Sabogal, L. (2005). Nociones generales de la Libertad de empresa en Colombia. Revista e-Mercatoria, 4, 1 - 18.
- Sabogal, L. (Junio de 2011). El "Interés social": Apuntes Teóricos en el Marco Socio-Económico del Derecho de Empresa. Revista e-Mercatoria, 10(1).

- Sabogal, L. F. (2011). El interés social en la empresa minera: Una aproximación desde el derecho colombiano. *Revista e-Mercatoria* .
- Sánchez Calero, G. (2006). Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa. En G. Esteban Velasco, & F. Rodríguez Artigas, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura y gobierno de mercados) (Vol. 2)*. Pamplona (España).
- Sánchez Romero, G. (Mayo de 2011). A synthesis of the Social Systemn of Science according to Niklas Luhmann. *Revista Mad - Universidad de Chile* (24), 30 - 60.
- Selvaggi, N. (2017). Responsabilidad Penal de las Corporaciones y Programas de cumplimiento (Compliance programs) en el Sistema de los Estados Unidos de América. En I. Coca Vila, A. Uribe Manriquez, J. Atahuman Paucar, & L. Reyna Alfaro, *Compliance y Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Perspectivas comparadas* (págs. 49 - 80). México: Flórez.
- Silva, J. M. (2013). Deberes de vigilancia y compliance empresarial.
- Sperber, D. A. (2008). Gobierno Corporativo en el Ecuador. Aproximación práctica. *Revista e-Mercatoria*, 7(2).
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2010). Delegatura para riesgos de conglomerados y gobierno corporativo: Subdirección de metodologías de supervisión y análisis de riesgo.
- Tamayo, J. (2001). *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Medellín: Dike.
- The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. (2004). *Enterprise Risk Management. Integrated Framework (ERM)*.
- Valderrama, C. (2013). *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Vallejo, R. (Julio de 2016). La Constitución Económica chilena: Un ensayo en (de) construcción. *Estudios Constitucionales*, 247 - 290.

Villar Borda, L. (Diciembre de 2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado* (20), 73 - 96.

Von Bertalanffy, L. (2006). *Teoría General de los Sistemas*. México: Fondo de Cultura Económica.

Wakefield, S. (1976). Ethics and Public Service: A case of individual Responsibility. *Public Administration Review*, 36(6), 661 - 666.

Warren, S., & Brandeis, L. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, IV (5).

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Asociación Española de Compliance. (Marzo de 2017). Libro Blanco sobre la función de Compliance. Recuperado el Julio de 2018, de <https://www.asociacioncompliance.com/new2017/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>

Cabanellas de las Cuevas, G. (1994). *Derecho societario -parte general-. La personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Heliasta. Recuperado el Julio de 2017, de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/02/Casanova-La-nocion-juridica-de-empresa-y-su-impacto-sobre-las-decisiones-empresariales.pdf>

Colom Planas, J. (Julio de 2018). El Delegado de Protección de Datos /DPD/DPO) y su comparativa con el Corporate Compliance Officer (CCO). Obtenido de Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance: http://www.aeaecompliance.com/images/documentos/AEAEC_Julio2018.pdf

ECLAC. (February de 2015). Corporate governance in Brazil, Chile, Colombia, Mexico and Peru: The determinants of risk in corporate debt issuance. Obtenido de Economic Commission for Latin American and the Caribbean (ECLAC):

United Nations: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39772/S1420667_en.pdf?sequence=1

ECLAC. (February de 2015). Corporate governance in Brazil, Chile, Colombia, Mexico and Peru: The determinants of risk in corporate debt issuance. Obtenido de Economic Commission for Latin American and the Caribbean (ECLAC): United Nations: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39772/S1420667_en.pdf?sequence=1

García Cavero. (30 de Junio de 2018). Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE). Obtenido de <http://www.ciidpe.com.ar/?p=537>

Girón González, A. (Julio de 2018). European Compliance & News: Compliance en el sector público estatal. Obtenido de Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance: http://www.aeaecompliance.com/images/documentos/AEAEC_Julio2018.pdf

Hormazábal Malarée, H. (10 de Marzo de 2017). ¿Qué es el compliance? Obtenido de Hernán Hormazábal Malarée Blog: <https://hernanhormazabalmalaree.com/2017/03/10/que-es-el-compliance/>

López-Arceiz, F., & Bellostas, A. (27 de Septiembre de 2017). Corporate Social Responsibility and Good Corporate Governance Practices in Spanish Ethical Mutual Funds: Analysisi of Investee Companies. Recuperado el Junio de 2018, de Innovar: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-50512017000300139&lng=en&tlng=en

Magnus, A., & Korpas, A. (October de 2017). European Parliament - Economic Governance Support Unit. Recuperado el Julio de 2018, de The rol of the Basel Committee on Banking Supervision (BCBS): A de facto standard setter In banking legislation: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/587390/IPOL_BRI\(2017\)587390_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/587390/IPOL_BRI(2017)587390_EN.pdf)

OCDE. (1991). Directrices de la OCDE sobre Gobierno Corporativo en las empresas públicas. Recuperado el Mayo de 2018, de <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>

- OIT. (1997). Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT - Protección de los datos personales de los trabajadores. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf
- ONU. (16 de Junio de 2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Recuperado el Agosto de 2018, de Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
- ONU. (2012). La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Recuperado el Agosto de 2018, de Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf
- Reyes, R. (11 de Abril de 2016). Compliance: investigaciones al interior de la empresa y vulneración de derechos fundamentales. Obtenido de El Mercurio: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2016/04/11/Compliance-investigaciones-al-interior-de-la-empresa-y-vulneracion-de-garantias.aspx>
- Rodríguez Rescia, V. (1998). El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>
- Rodríguez, C. (Marzo de 2018). Empresas y derechos humanos. Un marco conceptual y mapa de estrategias regulatorias. Empresa y derechos humanos en el Siglo XXI: La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la sociedad civil, 29 - 74. Recuperado el Julio de 2018, de Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/03/Empresas-y-Derechos-humanos-Versión-final-para-WEB.pdf>
- Troklus, D., Warner, G., & Wollschlager, E. (2008). Compliance 101: How to build and maintain an effective compliance and ethics program. Obtenido de Corporate Compliance Organisation: <http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/Users/169/29/60329/Compliance%20101%20Book%20excerpt.pdf>

UN Global Compact Commitments. (July de 2011). Note on the relationship between the Guiding Principles and Global Compact's Human Rights Principles. Obtenido de Office of the High Commissioner for Human Rights: www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/GPs_GC%20note.pdf

Velasco Carretero, M. (2015). European Compliance & News: Compliance y Sector Inmobiliario. Recuperado el Julio de 2018, de Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance: <http://www.aeaecompliance.com/images/documentos/Manuell1.pdf>