



Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
ISSN: 2362-583X
revistaredoeda@gmail.com
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

MILKES SÁNCHEZ, SARAH
Implicaciones jurídicas de los programas de cumplimiento o compliance en
la garantía de los derechos constitucionales fundamentales en Colombia
Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 6, núm. 2, 2019, Junio-Diciembre
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=655969806005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 6 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2019 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Implicaciones jurídicas de los programas de cumplimiento o compliance en la garantía de los derechos constitucionales fundamentales en Colombia

Legal implications of compliance programs in guaranteeing fundamental constitutional rights in Colombia

SARAH MILKES SÁNCHEZ¹*

¹ Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia)
sarahmilkes@gmail.com

Recibido el/Received: 09.07.2019 / July 9th, 2019

Aprobado el/Approved: 02.10.2019/ October 2nd, 2019

RESUMEN:

El presente escrito pretende analizar las implicaciones jurídicas de los programas de cumplimiento o compliance en la garantía de los derechos constitucionales fundamentales en Colombia. Analizando en un primer momento aspectos generales e ideas aproximadoras al entendimiento de la Constitución Económica, la libertad de empresa y el Estado Social de Derecho, seguido de los programas de cumplimiento en sentido estricto y finalmente su relación con los derechos fundamentales en el marco de su garantía. El trabajo concluye que la idea de la utilidad económica constituye un fundamento para la violación de los derechos fundamentales haciendo necesario la inclusión de criterios éticos y morales sobre los comportamientos empresariales con base en postulados constitucionales.

Palabras clave: Constitución económica; compliance; ética; derechos fundamentales; programas de cumplimiento.

ABSTRACT:

This document aims to analyze the legal implications of compliance or compliance programs in guaranteeing fundamental constitutional rights in Colombia. Initially analyzing general aspects and ideas that approximate the understanding of the Economic Constitution, freedom of business and the Social Rule of Law, followed by compliance programs in the strict sense and finally its relationship with fundamental rights within the framework of its warranty. The work concludes that the idea of economic utility constitutes a foundation for the violation of fundamental rights, necessitating the inclusion of ethical and moral criteria on business behavior based on constitutional postulates.

Keywords: Economic constitution; compliance; ethics; fundamental rights; compliance programs.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* MILKES SÁNCHEZ, Sarah. Implicaciones jurídicas de los programas de cumplimiento o compliance en la garantía de los derechos constitucionales fundamentales en Colombia. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 6, n. 2, p. 245-281, jul./dic. 2019. DOI: 10.14409/redoeda.v6i2.9105.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Se desempeñó como asistente de investigación del Departamento de Derecho del Transporte de la Universidad Externado de Colombia. Consultora en temas de integridad empresarial y *compliance*.



SUMARIO:

1. Introducción. **2.** Constitución Económica, libertad de empresa y Estado Social de Derecho: Consideraciones preliminares; **3.** Los programas de cumplimiento o compliance desde la óptica del Derecho Constitucional; **4.** Derechos fundamentales y programas de cumplimiento o compliance: ¿Una posible vulneración de las garantías constitucionales? **5.** Conclusiones; **6.** Referencias.

1. 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.

Bajo esos supuestos el presente escrito pretende analizar las implicaciones jurídicas de los programas de cumplimiento o compliance en la garantía de los derechos constitucionales fundamentales en Colombia. Analizando en un primer momento aspectos generales e ideas aproximadoras al entendimiento de la Constitución Económica, la libertad de empresa y el Estado Social de Derecho, seguido de los programas de cumplimiento en sentido estricto y finalmente su relación con los derechos fundamentales en el marco de su garantía.

¹ Se toma la acepción de “hombres de negocios” del sociólogo Edwin Sutherland 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. SUTHERLAND, E. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La Piqueta, 1999.



2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA, LIBERTAD DE EMPRESA Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA: CONSIDERACIONES PRELIMINARES

a) Contenido, naturaleza y manifestación constitucional del derecho de libertad económica

La categoría de *libertad económica*² 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 333³, 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 Liberal⁴ 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 sociales⁵ del último siglo los cuales proponen una mayor intervención del aparato estatal, se replantea la noción de libertad pues cambian las prestaciones sinalagmáticas del

² 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, Fernando. **El modelo económico de la Constitución Española**. Vol 1. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 109

³ 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).

⁴ 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 sucesora, 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, Reinhard. **Formen bürgerlicher Herrschaft. Liberalismus, Faschismus**. Berlín: Taschenbuch, 1974, p. 79

⁵ 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.



contrato social⁶ y se aboga por un Estado Social de Derecho que impone ciertos límites a su ejercicio.⁷

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.P.⁸ 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.⁹

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 crear, mantener o incrementar su patrimonio, de acuerdo con la 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, de acuerdo con la Corte Constitucional en Sentencia C-263 de 2011 y que se abordará con mayor detalle más adelante.¹⁰

⁶ 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, John. **Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil**. Madrid: Ténos, 2006; HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil**. Madrid: Alianza Editorial, 2002. 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.

⁷ VILLAR BORDA, Luis. Estado de derecho y Estado social de derecho. **Revista Derecho del Estado**. Bogotá D.C: Ed. Universidad Externado de Colombia, No.20. v. 1, 2007, pp. 73 – 96.

⁸ 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).

⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Barcelona: Paidós: 1993. P. 101-105

¹⁰ 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 las decisiones de la CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-815 de 2001; C-389 de 2002; C-615 de 2002; C-992 de 2006; entre otras.



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 restricciones.¹¹ 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”.¹²

Sin embargo, se considera que si bien no tiene una connotación que recae 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

¹¹ 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, Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho 2009). Esta introducción conlleva a que no se otorgue propiamente la noción ius fundamental pues no tienen que ver propiamente con la persona.

¹² 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.



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.

La *Ley suprema* como norma fundante del ordenamiento jurídico¹³ 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.¹⁴

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 XIX¹⁵ 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.¹⁶ 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

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991, Artículo 4 C.P.

¹⁴ BREY, J.L. Ideologías políticas y modelo socioeconómico constitucional. En. **XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico**. Madrid: 2005, p. 85.

¹⁵ 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, Adam, **Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1958.

¹⁶ GARCIA-PELAYO, Manuel. **Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. P. 2855-2856



implícitamente¹⁷ una relación armónica con todos los postulados de la Constitución como piedra angular de la economía nacional.¹⁸

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 empresas¹⁹. 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.²⁰ En otras palabras, las empresas intervienen en el mercado de forma autónoma y crean para sí un conjunto de formas de *autorregulación*,²¹ 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 constitución,²² ya que si bien no se plasma una idea pétrea del orden 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.²³ Por ejemplo, un gobierno con ideas progresistas implementará planes orientados a promover la función social de la

¹⁷ 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 de libertades económicas y derechos relacionados con la propiedad y el trabajo. Ver BASSOLS COMA, M. **Constitución y sistema económico**. Madrid: Tecnos, 1988. p. 21 – 26.

¹⁸ 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. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-074 de 1993. HERRERO DE MIÑON, M. La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración. En **Revista española de Derecho Constitucional**, 1999. p. 11-12.

¹⁹ 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 DE COLOMBIA. Sentencia C-983 de 2005.MP: Humberto Antonio Sierra.

²⁰ VALLEJO, Rodrigo. La Constitución Económica chilena: Un ensayo en (de)construcción. **Revista de Estudios Constitucionales**, 2016, p. 247-290

²¹ 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.

²² 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-.

²³ BASSOLS, M. Corna. **Constitución y sistema económico**. Madrid: Tecnos, 1988, p. 21-26



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 moderno²⁴ 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 ya referenciados como García- Pelayo y Duque, 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 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.

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^{25 26}, 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

²⁴ Se habla de esta tendencia cuando se estudia el papel y regulación del Estado en la actividad económica. Al respecto ver PREDIERI, Alberto. **Planificazione e Costituzione**, Milano: Di comunità, 1963, p. 125. En la misma línea DUQUE DOMINGUEZ, J. (1977) “Iniciativa privada y empresa” en DUQUE, J. Iniciativa privada y empresa. Em. SANCHEZ, L. (coord). **Constitución y Economía**. Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica, 1977.

²⁵ Parte de la doctrina ha pesto 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 desarrollad por las empresas a través de la explotación de su objeto social. Al respecto ARÓSTICA, Ivan. Acción de amparo económico: um recuento jurisprudencial. **Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae**, No. 2, 1995, p. 28.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 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.



monopólicas y desleales en el mercado.²⁷ 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.²⁸

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 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.²⁹

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 ordenamientos³⁰ para la conceptualización y desarrollo de la libertad económica. Existen otros ordenamientos -como es el caso colombiano-³¹ 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 dicha.³² 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

²⁷ CORREA, Magdalena. **Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho**. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009.

²⁸ BASSOLS, M. Corna. **Constitución y sistema económico**. Madrid: Tecnos, 1988, p. 21-26.

²⁹ GIAMPIERETTI, Marco. **Commentario breve alla Costituzione**. Milano: Editrice Dott, 2008, p. 422.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² En 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 subprincipio junto con otros elementos constitucionales existentes en el ordenamiento.



y garantías que han permitido expandir los límites del direccionamiento y consecución de objetivos al interior de las empresas.

De conformidad con esta línea argumentativa, en reiterada jurisprudencia constitucional³³ se ha advertido que al margen del *nomen iuris*³⁴ 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.

Por otro lado, respecto de la *naturaleza*, como se mencionó con anterioridad se ha entendido que la libertad de empresa como un derecho subjetivo³⁵ 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.³⁶

A pesar de ello, analizando el contenido del derecho objeto de estudio, se considera viable hacer un análisis de la “*Teoría del núcleo esencial*”³⁷ o la “*Teoría del contenido mínimo de los derechos constitucionales*”³⁸ en virtud de la importancia que reviste el derecho

³³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-882 de 2014 – MP: María Victoria Calle

³⁴ 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.

³⁵ Respecto de la libertad de económica como derecho subjetivo pueden verse, también, la sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA T-475 de 1992 – MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶ CORREA, Magdalena. **Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009.

³⁷ 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 DE COLOMBIA. Sentencia C-756 de 2008 – MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. En relación con la doctrina ver CORREA, Magdalena. **Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009; SCHEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales de un Estado Constitucional democrático. **Revista de Estudios Políticos**. No. 7, Madrid: CEPC, 1979.

³⁸ 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.



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” (Subrayado fuera del texto), de acuerdo con la sentencia T-291 de 1994. 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 libremente 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.

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.³⁹ 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*.⁴⁰ 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,

³⁹ ARAGÓN, Manuel. **Libertades económicas y Estado Social**. Madrid: McGraw Hill, 1995.

⁴⁰ CORREA, Magdalena. **La limitación de los derechos fundamentales**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia- IECCRP, 2003, p. 21.



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 aplicado el criterio de ponderación de derechos⁴¹ 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.

b) Constitución y libertad de empresa desde la óptica del Estado Social de Derecho ¿Hacia la consolidación de la función social?

La libertad de empresa tiene su fundamento en la libertad de industria y comercio y autonomía de la voluntad,⁴² 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.⁴³

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 empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. (...) Intervenirá 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

⁴¹ Sobre el tema de la aplicación de esta regla ver ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁴² 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 DE COLOMBIA. Sentencia T-418 de 2013 – MP: Rodrigo Escobar Gil.

⁴³ GALGANO, Francesco. **Derecho Comercial: El empresario**. Bogotá D.C: Temis, 1999.



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.⁴⁴

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.⁴⁵ 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*.⁴⁶

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.⁴⁷

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.,⁴⁸ 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 mercado⁴⁹ y la vulneración de derechos. No obstante, no existe en su articulado

⁴⁴ MARQUARDT, Bernd. Estado y Constitución en la Colombia de la Regeneración del Partido Nacional 1886-1909. **Revista de Ciencia Política**, Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, v. 6, N. 11, 2011, p. 56-81.

⁴⁵ Al respecto CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-524 de 1992 – MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ CORREA, Magdalena. **Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho**. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009.

⁴⁸ 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*).

⁴⁹ 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.



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 consumidor.⁵⁰ 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.

A su vez, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia,⁵¹ 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.

Desde una perspectiva económica, la categoría empresa, 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.⁵²

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

⁵⁰ 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. CORREA, Magdalena. **Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1141 de 2000 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ Ver al respecto CORTE CONSTITUCIONAL DE Colombia. 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.

⁵² MARIN BOSCAN, E; CARRASQUERO, F. **La empresa como institución sócio laboral**, 1999.



“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.⁵³ 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*”.⁵⁴

A partir de una concepción más orientada a los postulados constitucionales, Al sector empresarial le corresponde asegurar que la totalidad de sus actividades cumplan con los estándares internacionales y nacionales de protección de derechos 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 reconocidos⁵⁵ y se aminoren los riesgos de violaciones constitucionales, al margen de la responsabilidad legal y su correspondiente jurisdicción.⁵⁶

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,

⁵³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. **Derecho societario- parte general**-. Buenos Aires: Heliasta, 1994, p. 34 y ss.

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*”.

⁵⁴ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. **Introducción al Derecho Mercantil Colombiano**. Bogotá D.C: Legis, 1995.

⁵⁵ A respecto se afirma en los “*Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*” de la Organización de las Naciones Unidas 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)

⁵⁶ GOBIERNO NACIONAL DE COLOMBIA. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. **La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos**, 2012. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf



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.⁵⁷

Conforme el Alto Comisionado de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos, ya referenciado, la responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas según el principio número 13:

“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.”

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 empresarial.⁵⁸ 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 diligencia⁵⁹ 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

⁵⁷ GOBIERNO NACIONAL DE COLOMBIA. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. **La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos**, 2012. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf

⁵⁸ 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.” OFFICE OF THE HIGHT COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Note on the relationship between the Guiding Principles and Global Compact’s Human Rights Principles**, 2011. Disponible en: www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/GPs_GC%20note.pdf.

⁵⁹ 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 GOBIERNO NACIONAL DE COLOMBIA. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. **La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos**, 2012. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf.



través de los programas de cumplimiento normativo⁶⁰ 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.

3. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

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 cumplimiento.⁶¹

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. 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 Constitucional⁶² en una de sus providencias y en

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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, Silvana. Cultura de cumplimiento e integridad. *The Economy Journal*. 2018, Disponible en: <https://www.theeconomycjournal.com/texto-diario/mostrar/714615/cultura-cumplimiento-e-integridad>.

⁶² 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.



la 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.

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 subjetivos⁶³ contenidos en 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.

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

⁶³ 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.

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.



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 protegidos.⁶⁴

4. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE ¿UNA POSIBLE VULNERACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES?

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

⁶⁴ 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.



van más allá de una simple relación de subordinación y abogan por tendencias más acorde con las nuevas dinámicas sociales y económicas.⁶⁵

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.⁶⁶

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 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*.

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 organización.⁶⁷ Estas investigaciones internas⁶⁸ 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

⁶⁵ 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 estructuran 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. GIL, María; GINER DE LA FUENTE, Fernando. **¿Cómo crear y hacer funcionar una empresa?** Madrid: Esic, 2007.

⁶⁶ LONDOÑO, Sergio. Administrador blindado, juez amordazado: ¿Se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano?. **Revistad de Derecho Privado**. (55). Bogotá D.C: Universidad de los Andes, 2016, p. 1-38.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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.



una decisión vinculante de comunicación a las autoridades o de manejo conforme la política de cumplimiento y su respectivo conducto regular.⁶⁹

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.⁷⁰ 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.

4.1. VULNERACIÓN DE DERECHOS INDIVIDUALES EN LAS RELACIONES INTRA-EMPRESARIALES

4.1.1. Violación al debido proceso. El *debido proceso* o derecho de defensa procesal es una garantía reconocida constitucionalmente para la obtención de “decisiones justas”⁷¹ que debe estar presente en todo tipo de actuaciones, judiciales o de particulares, que puedan afectar otros derechos (Artículo 29 C.P.).⁷² Por su parte, la jurisprudencia constitucional lo ha 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

⁶⁹ MOOSMAYER, K. **Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen**. München: Beck, 2011, p. 95 y ss.

⁷⁰ REEB, P. “**Internal investigations**” - **Neue Tendenzen privater Ermittlungen**. Berlin: Dunker & Humblot, 2011.

⁷¹ CIDH. *Casos Yatama vs Nicaragua* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008

⁷² 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, 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.



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.).⁷³

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.⁷⁴ 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 garanticen 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.⁷⁵

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.⁷⁶

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

⁷³ 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.

⁷⁴ GRÜTZNER, T; MOMSEN, C. *Verfahrensregeln für interne Ermittlungen. Kritische Würdigung der Thesen der BRAK zum Unternehmensanwalt im Strafrecht*, DB, 2011, p. 1794-1798.

⁷⁵ CHOZAS, José Manuel. 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, 2015.

⁷⁶ LANDA, J. Ética empresarial y responsabilidad social corporativa. En GOÑI, José. **Ética empresarial y códigos de conducta**. Madrid: La Ley, 2011, p. 145 y ss.



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 obstaculizadas por parte del administrador social⁷⁷ 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.⁷⁸

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 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 empresa.⁷⁹

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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ MONTIEL, Juan Pablo. 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**, (40) 2013, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100008>.

⁷⁹ En la Sentencia Gallardo/Oracle RIT T-804-2015 RUC 15-4-0045669-8El 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” **Fuente especificada no válida..**



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 trabajo⁸⁰ y conforme las nuevas disposiciones incorporadas progresivamente al ordenamiento jurídico sobre los programas de cumplimiento. Por lo tanto, en razón a la ausencia 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.

4.1.2. Violación al derecho al 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.⁸¹

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 Trabajo⁸² ya que son parte integrante del llamado “bloque de constitu-

⁸⁰ 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. 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.

⁸¹ OCDE, **Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data**. París: OCDE: 1981.

⁸² 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 en 1996 concluyó que la importancia de crear normatividad sobre el tema es cada vez más necesaria y su aplicación en las normas internas de los Estados. Dichas recomendaciones pueden ser incorporadas al grupo de disposiciones



cionalidad” 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 que 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 esa 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.⁸³

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.⁸⁴ 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 prevención de cualquier atisbo de conspiración en contra del interés u objetivo empresarial, ya que conforme a los pronunciamientos legales y jurisprudenciales⁸⁵ constituyen conductas ilícitas. Lo anterior se ve reflejado en el caso citado en Montiel⁸⁶ en donde los trabajadores de la cadena de supermercados Aldi, Lidl y Netto en Alemania

derivadas de cualquier forma de autorregulación empresarial, llámese reglamento interno del trabajo, códigos de buen gobierno, *compliance programs*, entre otros.

⁸³ 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.

⁸⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT - Protección de los datos personales de los trabajadores.** 1997. Disponible en: <https://bit.ly/3d2K8qL>

⁸⁵ 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.

⁸⁶ MONTIEL, Juan Pablo. 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**, (40) 2013, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100008>.



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 empresa.⁸⁷ 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 reconocidos.⁸⁸

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.⁸⁹ 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

⁸⁷ De igual forma, se encuentra el caso judicial plasmado en TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS. Sentencia 2191, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/3d2KfCH>, 9en 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, resultas desproporcionales e invasivas para los derechos fundamentales.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 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.

⁸⁹ REMOLINA, Néslon. Tratamiento de datos personales en el context laboral. **Revista Actualidad laboral**, 2013, p. 19-24



habeas data, como garantía autónoma e independiente de otros derechos⁹⁰ y aplicable a todos los sectores de la economía.

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 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 personales,⁹¹ 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 y la que se goza dentro del núcleo familiar. 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*.

⁹⁰ 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.

⁹¹ 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 <https://bit.ly/36rRce2>.



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 laboral.⁹² 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 (...)*”, lo anterior, de acuerdo con la decisión T-391/2007, 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.⁹³

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”⁹⁴ en el marco de las relaciones laborales, en el que si bien se establece como garantía al

⁹² 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://bit.ly/3bWkjY8>.

⁹³ GÓMEZ, V. Compliance und Arbeitnehmerrechte. En: Kuhlen , L.; Kudlich, H. (org). **Compliance und Strafrecht**. Heidelberg: Müller, 2012, p. 106

⁹⁴ 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. 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.



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. Sobre esto se 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 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 empresas.⁹⁵ 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 desaprobarción 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.

⁹⁵ 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*”.



4.2. 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, de acuerdo con la decisión de la Corte Constitucional de Colombia 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 solidaridad.⁹⁶

Las relaciones de consumo han sido integradas en el catálogo de derechos de la Constitución de 1991, más precisamente de aquellos de naturaleza colectiva⁹⁷ 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 servicios.⁹⁸ Esto se ve reflejado en el Artículo 78 constitucional el cual establece que se regulará el “control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así 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.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Al respecto ver CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-133 de 2014 – MP: Alberto Rojas Ríos



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.⁹⁹

A pesar de los logros constitucionales en la materia, el contenido del derecho está determinado en la Ley 1480 de 2011,¹⁰⁰ 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 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).

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 2016¹⁰¹ 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

⁹⁹ VALDERRAMA, Carmen. **Perspectivas del derecho del consumo**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2013.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-676 de 2016. MP: Alejandro Linares Cantillo.



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 2012¹⁰² 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 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.

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.

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 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.



5. CONCLUSIONES

Muchas conclusiones pueden surgir en torno a las ideas propuestas, no obstante es importante resaltar que los programas de compliance, 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.

6. REFERENCIAS

ALEX, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ARAGÓN, Manuel. **Libertades económicas y Estado Social**. Madrid: McGraw Hill, 1995.

ARÓSTICA, Ivan. Acción de amparo económico: um recuento jurisprudencial. **Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae**, No. 2, 1995, p. 28.

BACIGALUPO, Silvana. Cultura de cumplimiento e integridad. **The Economy Journal**. 2018, Disponible en: . <https://www.theeconom yjournal.com/texto-diario/mostrar/714615/cultura-cumplimiento-e-integridad>

BASSOLS, M. Corna. **Constitución y sistema económico**. Madrid: Tecnos, 1988, p. 21-26

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Barcelona: Paidós: 1993. P. 101-105.



BREY, J.L. Ideologías políticas y modelo socioeconómico constitucional. En: **XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico**. Madrid: 2005, p. 85.

Resolución N°1097485 de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile (Chile),

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. **Derecho societario- parte general-**. Buenos Aires: Heliasta, 1994, p. 34 y ss.

CHOZAS, José Manuel. 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 10/195, de 23 de noviembre, del Código Penal Ley 4/2015**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela 425 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA T-475 de 1992 – MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-074 de 1993. MP: Ciro Angarita Barón

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-182 de 1998 MP: Carlos Gaviria Díaz

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1141 de 2000 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-823 de 2004. MP: Álvaro Tafur.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-983 de 2005.MP: Humberto Antonio Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 263 de 2011. MP: Jorge Pretelt.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.Sentencia C-053 de 2011. MP: Cristina Pardo Schlesinger.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-987 de 2012. MP: Luis Ernesto Vargas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-418 de 2013. MP: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-133 de 2014. MP: Alberto Rojas Ríos

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-882 de 2014: MP: María Victoria Calle

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-676 de 2016. MP: Alejandro Linares Cantillo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-756 de 2008 – MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CIDH.Casos Yatama vs Nicaragua (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008



CORREA, Magdalena. **La limitación de los derechos fundamentales**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia- IECCRP, 2003, p. 21.

CORREA, Magdalena. **Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009.

DUQUE, J. Iniciativa privada y empresa. Em. SANCHEZ, L. (coord). **Constitución y Economía**. Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica, 1977.

GALGANO, Francesco. **Derecho Comercial: El empresario**. Bogotá D.C: Temis, 1999.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. P. 2855-2856

GARRIDO, Fernando. **El modelo económico de la Constitución Española**. Vol 1. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 109

GIAMPIERETTI, Marco. **Commentario breve alla Costituzione**. Milano: Editrice Dott, 2008, p. 422.

GIL, María; GINER DE LA FUENTE, Fernando. **¿Cómo crear y hacer funcionar una empresa?** Madrid: Esic, 2007.

GOBIERNO NACIONAL DE COLOMBIA. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. **La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos**, 2012. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf

GÓMEZ, V. Compliance und Arbeitnehmerrechte. En: Kuhlen, L.; Kudlich, H. (org). **Compliance und Strafrecht**. Heidelberg: Müller, 2012, p. 106

GRÜTZNER, T; MOMSEN, C. **Verfahrensregeln für interne Ermittlungen. Kritische Würdigung der Thesen der BRAK zum Unternehmensanwalt im Strafrecht**, DB, 2011, p. 1794-1798.

HERRERO DE MIÑÓN, M. La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración. En **Revista española de Derecho Constitucional**, 1999. p. 11-12-

HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de una Republica eclesiástica y civil**. Madrid: Alianza Editorial, 2002. p. 137

KÜHNEL, Reinhard. **Formen bürgerlicher Herrschaft. Liberalismus, Faschismus**. Berlin: Taschenbuch, 1974.

LANDA, J. Ética empresarial y responsabilidad social corporativa. En GOÑI, José. **Ética empresarial y códigos de conducta**. Madrid: La Ley, 2011, p. 145 y ss.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil**. Madrid: Tecnos, 2006.



LONDOÑO, Sergio. Administrador blindado, juez amordazado: ¿Se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano?. **Revista de Derecho Privado**. (55). Bogotá D.C: Universidad de los Andes, 2016, p. 1-38.

MARIN BOSCAN, E; CARRASQUERO, F. **La empresa como institución socio laboral**, 1999.

MARQUARDT, Bernd. **Estado y Constitución en la Colombia de la Regeneración del Partido Nacional 1886-1909**. Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colombia, v. 6, N. 11, 2011, p. 56-81.

MOOSMAYER, K. **Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen**. München: Beck, 2011, p. 95 y ss.

MONTIEL, Juan Pablo. 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**, (40) 2013, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100008>.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. **Introducción al Derecho Mercantil Colombiano**. Bogotá D.C: Legis, 1995.

OCDE, **Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data**. París: OCDE: 1981.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT - Protección de los datos personales de los trabajadores**. 1997. Disponible en: <https://bit.ly/3d2K8qL>.

PREDIERI, Alberto. **Planificazione e Costituzione**, Milano: Di comunità, 1963, p. 125

REEB, P. **“Internal investigations” - Neue Tendenzen privater Ermittlungen**. Berlin: Dunker & Humblot, 2011.

REMOLINA, Néslon. Tratamiento de datos personales en el context laboral. **Revista Actualidad laboral**, 2013, p. 19-24

SCHEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales de un Estado Constitucional democrático. **Revista de Estudios Políticos**. No. 7, Madrid: CEPC, 1979.

SMITH, Adam, **Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1958.

SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La Piqueta, 1999.

TRIBUNAL DE CHILE. Sentencia Gallardo/Oracle RIT T-804-2015 RUC 15-4-0045669-8.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS. Sentencia 2191, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/3d2KfCH>.

VALDERRAMA, Carmen. **Perspectivas del derecho del consumo**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2013.



VALLEJO, Rodrigo. La Constitución Económica chilena: Un ensayo en (de)construcción. **Revista de Estudios Constitucionales**, 2016, p. 247-290

VILLAR BORDA, Luis. Estado de derecho y Estado social de derecho. **Revista Derecho del Estado**. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, No.20. v. 1, 2007, pp. 73 – 96.

OFFICE OF THE HIGHT COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Note on the relationship between the Guiding Principles and Global Compact's Human Rights Principles**, 2011. Disponible en: <https://bit.ly/2XrUB8K>.