

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho de la Empresa

El sistema de *Compliance* Penal Corporativo para la determinación de las conductas contrarias a derecho susceptibles de responsabilidad penal empresarial

Daniel Andrés Ordóñez Silva

Tutor: Marco Antonio Rodríguez Proaño

Quito, 2022



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Daniel Andrés Ordóñez Silva, autor de la tesis intitulada “El sistema de *Compliance* Penal Corporativo para la determinación de las conductas contrarias a derecho susceptibles de responsabilidad penal empresarial”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho de la Empresa en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

22 de junio de 2022

Firma: _____



Resumen

Este trabajo se llevó a cabo con la finalidad de proporcionar un estudio centralizado y analítico sobre las principales características en la aplicación de programas *compliance*, destacando sus aspectos controvertidos en la legislación ecuatoriana, así como las ventajas de su implementación a nivel empresarial; de la mano y de manera complementaria, se refuerza sobre la base del estudio conductual de las organizaciones y el análisis de los agentes que intervienen en los procesos de prevención. Se recorre por importantes aportes doctrinarios en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de la autorregulación organizativa y de sus avances funcionales en el derecho comparado y, brindando a su vez, la justificación de respaldar las actuaciones en la necesidad de crear instancias preventivas. Para lo cual se recurrió a una amplia revisión documental y bibliográfica, que revela la poca importancia en la actualidad de la cultura corporativa preventiva en las empresas nacionales, y la necesidad de contar con suficiente legislación procesal que resuelva la condición jurídica en sus procesos de determinación de responsabilidad penal. Sobre la base de los resultados obtenidos, se propone la creación de normas que regulen los aspectos generales y específicos de los programas, y sus efectos eximentes o atenuantes, con la finalidad de reforzar la relación Estado-empresa y facilitar el camino hacia una correcta aplicación del derecho.

Palabras clave: autoorganización, autorresponsabilidad, *compliance officer*, instancias preventivas, defecto de organización, culpabilidad, heterorreferencialidad, autorreferencialidad

Por ser liturgia de convicciones, porque no han de faltar raíces que sostengan propósitos de bienestar y superación, porque el éxito se forja de pequeños hábitos y la certeza del sencillo pragmatismo de la valentía y el coraje.

Dedicado a papá, mamá y hermana.

Agradecimientos

Dignos herederos de la confianza y del saber, porque creemos fervientemente que la pluma enmienda lo que el arma destroza, que la fe construye lo que la indiferencia agota y que la virtud acompaña cuando la suerte abandona.

Agradezco a todos los que buscan en el conocimiento la herramienta indispensable de la plenitud.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero La responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	17
1. Tipos de responsabilidad penal.....	21
2. COIP y la responsabilidad penal de la persona jurídica	23
3. Conductas delictivas de las empresas en el Ecuador	33
3.1. De los tipos delictivos en el derecho penal económico ecuatoriano	46
4. Necesidad de instancias preventivas.....	50
Capítulo segundo <i>Compliance</i> y <i>compliance officer</i>	55
1. Aspectos introductorios al <i>compliance</i> y generalidades.....	55
1.1. De la autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial.....	60
2. <i>Compliance</i> y <i>compliance officer</i> frente a la responsabilidad penal	63
2.1. De las 40 Recomendaciones del GAFI/FATF	70
2.2. Del deber de vigilancia	73
2.3. Vigilancia, <i>compliance</i> y <i>compliance officer</i>	75
3. El rol de garante del <i>compliance officer</i> en cuanto a la prevención de la criminalidad empresarial.....	77
4. Ámbito de aplicación del sistema <i>compliance</i> y su funcionamiento.....	83
5. Tendencias regulatorias del <i>compliance</i> en el derecho comparado.....	93
Capítulo tercero Lineamientos para la aplicación del <i>compliance</i> en Ecuador.....	105
1. Actualidad de la figura <i>compliance</i> en Ecuador	106
2. Implementación de sistemas de <i>compliance</i> en la normativa interna de las empresas	109
Fase 1: Ámbito, materias incluidas y alcance del <i>compliance</i>	111
Fase 2: Diagnóstico y mapa de riesgos.....	112
Fase 3: Plan de prevención, detección y reacción	112
3. Aplicación en la prevención del lavado de activos.....	114
3.1. Ley Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.....	114
3.2. Reglamento General a la Ley Orgánica de Prevención, Detección y erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos	117
3.3. Normas Prevención Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo: Resolución de la Superintendencia de Compañías 20	118

Conclusiones y recomendaciones 123
Bibliografía..... 125

Introducción

El constante desarrollo y la evolución de las sociedades modernas han llevado inevitablemente a transformar la visión sobre el mundo y los negocios; las variadas formas de organización, el sinnúmero de medios de comunicación y la tecnología, son apenas pocos de los factores que condicionaron los nuevos estilos de vida y la participación de las personas en los sistemas de producción. Las organizaciones empresariales han tomado un rol relevante en la creación de recursos económicos y, a su vez, se han convertido en un foco idóneo de criminalidad y falta de control, lo que nos conduce a considerar una problemática en la modernidad del derecho empresarial.

En el Ecuador esta tendencia no ha pasado desapercibida, muchos actos de reproche cometidos a través de empresas han quedado en la impunidad, donde sus principales partícipes se han visto protegidos y beneficiados por estas empresas ficticias y también por las normas de regulación que no contemplan procedimientos eficaces y sanciones adecuadas. Particular que nos ha llevado a cuestionar la vigencia de normas ambiguas e ineficaces, que no destinan su propósito al debido control de las inconductas y que, por el contrario, facilitan la criminalidad en sus distintas esferas.

Es importante y trascendental para la legislación nacional contemplar los nuevos postulados que se proponen a través del desarrollo del derecho en otros países, en los cuales su evolución permitió desarrollar a la par todo un acervo de conocimientos con la finalidad proteger los bienes jurídicos de las personas. El tema investigado otrora no encontraría espacio esencial en el debate jurídico, pero es el momento indicado para dar paso a sus propuestas y observaciones.

El material profesional práctico que esta investigación propone, más allá de interesar a letrados del derecho, juristas y estudiantes, atrae a profesionales de distintas ramas del saber, entre ellos auditores, financieros, contables, entre otros, porque su principal foco de atención recaerá siempre en considerar responsabilidades por actos u omisiones que generen las actividades propias de las empresas, donde de manera obvia, pueden relacionarse varias personas sin importar su cargo o función.

En lo que de manera personal refiere, este tema proporciona material importantísimo para nutrir y ampliar los conocimientos en la problemática penal empresarial, con relación a modelos de prevención eficaces y responsabilidades, lo que puede impulsar el agrandar el espectro laboral y especializarse en temas de prevención

penal en un nivel netamente corporativo. Sin descartar, por supuesto, el alcance internacional de la materia en estudio.

En este trabajo se pretende brindar una visión acertada de la práctica preventiva y de la importancia de su aplicación, con el trabajo conjunto de sus distintos agentes y la principal atención en la creación de una conciencia social empresarial, apegada a sus valores y principios corporativos, que implique el firme apego y cumplimiento de las normas legales de control y sanción.

No se detalla o profundiza en temas de colaboración investigativa fiscal o puramente de determinación de responsabilidades penales, puesto que tal campo requeriría un redireccionamiento de la temática o la propuesta de un tema muy ajeno al que tratamos, con sus propios objetivos y conclusiones, pero que sin lugar a dudas, no es menos importante que éstos.

Se trata, con mucha firmeza, de reflejar una alta importancia e interés en las conductas modernas que han llevado a estudiar a las empresas u organizaciones en sus funciones cotidianas, en aquellos actos que encienden las alarmas de los dirigentes, oficiales de control o altas gerencias y que provocan ejercer actos de control en sus colaboradores en todos los niveles; tomando en cuenta sus condiciones internas y externas, sus agentes, jerarquías, pero sobretodo, los puntos débiles donde la inconducta tiene su espacio reservado.

Partiendo de una metodología deductiva y descriptiva, se intenta aterrizar en puntos específicos de interés para el investigador, desarrollando ideas y conceptos que facilitarían la comprensión lectora y que sirven de nexo para una explicación del problema y sus posibles contingencias, acompañado de un análisis crítico y doctrinario que respalda los criterios finales y las recomendaciones.

Se compara entre distintas corrientes de pensamiento, entre estas las que respaldan la responsabilidad penal de las personas jurídicas y aquella conservadora que la aleja del debate doctrinario, prefiriendo las inclinaciones que aportan a la solidez de la propuesta y la modernidad.

El capítulo primero intenta colocarnos geográficamente en el tema, nos habla de manera general de la responsabilidad penal, la normativa ecuatoriana, las conductas delictivas generales y particulares del derecho penal económico, para terminar justificándonos la necesidad de plantear instancias de prevención ajustables al tema tratado y que delimiten los aspectos específicos a ser tratados en los capítulos siguientes.

En cuanto al segundo, ganamos interés ya en los temas propios del *compliance* y del *compliance officer*, acompañado de un tema fundamental como es la naturaleza autopoiética de las organizaciones empresariales y sus características que, como adelanto al tema, respaldan las propuestas de autocontrol y autoorganización; introducimos normativa internacional relacionada y los roles de los agentes en cuanto a la prevención de la criminalidad. Todo esto con el compromiso de demostrar a través del derecho comparado el éxito de los sistemas de prevención y su injerencia en los ordenamientos jurídicos.

Un tercer y último capítulo que recoge una posible estructura por fases para la implementación del sistema *compliance* y sus lineamientos en las empresas, pasando posteriormente por un breve análisis de normas de prevención en el delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos, permitiéndonos identificar con claridad las conclusiones del trabajo realizado y las recomendaciones producto de su estudio minucioso.

El resultado de la investigación permitió proyectar logros favorables en el control de la criminalidad empresarial y, principalmente, generar seguridad y confianza en los organismos de control de los más grandes sectores productivos del país, acompañado de la importancia en el cuidado de la reputación empresarial y la permanencia de su marca en el mercado.

Lo que supone, con mucha certeza, que el tema abordado cumplió con su principal objetivo y resaltó la importancia de un tema que gana día a día relevancia en la materia penal empresarial, desplazando postulados y propuestas que desmerecen y subestiman una problemática actual y que, indudablemente, confirma y justifica tratar estos temas con participación social.

Capítulo primero

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en contraposición con la penalidad de las personas naturales, no se torna en la actualidad como un tema de análisis y estudio nuevo que genere gran atracción y atención por parte de los diferentes juristas de la materia. Es, entonces, que el tema ha recalado amplio estudio a través de los años acompañado de diferentes tendencias y criterios jurídicos, que no se alejan –en gran parte– de los postulados sobremanera reconocidos universalmente por el derecho en general y, sobre todo, por el derecho penal vigente hasta nuestros días.

Pero, no es menos cierto que, aun despierta el interés de muchos juristas y grupos sociales interesados en la materia penal, por establecer criterios fijos o parámetros estables –si se puede considerar la palabra– para identificar y determinar aspectos punibles hacia las personas jurídicas que, por la actual tendencia modernista a la inversión, la gran influencia del desarrollo tecnológico y las diversas formas de asociación, se han convertido en los nuevos sujetos activos de las conductas delictivas a nivel nacional e internacional.

Con ello, bastará brevemente y, para efectos de este trabajo, entender que la evolución social de la mano de los recursos tecnológicos del día a día, propenden a crear nuevas y novedosas formas delictivas que, merecerán sin duda alguna, un régimen de control y punibilidad acertado, pero que, indudablemente, parta de la consideración de las premisas clásicas del derecho penal y todas sus formas.

Es menester, tomar entonces las palabras de Santiago Basabe Serrano, para quien el profundo cambio y desarrollo del derecho es paralelamente progresivo al de la sociedad, afirmando que: “si el derecho se encuentra enlazado exteriormente a los otros subsistemas sociales, la progresión y dinámica de aquellos empuja ineludiblemente a este a tomar las precauciones del caso para variar su estructura interna y generar autorreproducción en pro de la subsistencia y reducción de conflictividad y contingencia

de su propio subsistema”.¹ Esto implica pensar necesariamente en una constante evolución a la par de las manifestaciones sociales.

En la actualidad, si bien existen amplias manifestaciones en cuanto a las regulaciones penales, se ha adoptado la de imputación a las personas jurídicas, donde el reto principal se encuentra en establecer un verdadero sistema de responsabilidad penal propio para las organizaciones, sus presupuestos específicos y circunstancias que la modifican, la pena a imponer y la adaptación procesal para su aplicación práctica, puesto que no será la misma que la aplicable a la persona natural (dentro de esto, más adelante se analizará efectos conexos que la afectan, como a la reputación y buen nombre de la empresa investigada penalmente, entre otros), lo que, explícitamente implica desvirtuar la premisa *societas delinquere non potest*.

Este debate de la aplicación práctica de la responsabilidad atribuible a entes ficticios, defendido por varios doctrinarios, principalmente se fundamenta en la incompatibilidad con los conceptos aceptados de culpabilidad, en consecuencia, una vulneración al principio de culpabilidad,² entendido este como una limitación al *ius puniendi* del Estado que responsabiliza del hecho que motiva su imposición.

Para esto, Hernández Basualto realiza una comparación con la legitimidad de imponer sanciones de orden administrativas a las personas jurídicas, para quien son equivalentes a las penas aplicadas, manifestando que, de ser correcto que se vulnera el principio de culpabilidad, por cuanto este también rige en este tipo de sanciones, estaríamos obligados a descartar este tipo de sanciones ajenas al orden penal.

En este sentido, lo que está en debate “no es, en rigor, la legitimidad intrínseca de la sanción, sino sólo una determinada convicción en cuanto a lo que puede denominarse pena y responsabilidad penal”.³

Adicional, entendiendo que el autor citado manifiesta que el principio de culpabilidad deberá tomarse como una garantía, esta no puede regir con la misma intensidad hacia las personas jurídicas, dado que por la propia naturaleza del sujeto, “sus alcances sólo *mutatis mutandi* pueden corresponder a los que rigen para las personas naturales, esto es, no puede exigirse identidad, sino sólo equivalencia funcional”.⁴

¹ Santiago Basabe Serrano, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas*, (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2003), 16.

² Héctor Hernández, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política criminal* 5, n.º 9 (2010): <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992010000100005>.

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.*

Esta interpretación quizás justifique la aplicabilidad de la culpabilidad como categoría a ser analizada al momento de la imputación, puesto que, el espíritu de las legislaciones no es otro que el no dejar sin sanción a la organización que se haya prestado para el cometimiento del ilícito o, en su defecto, que no haya cumplido con sus funciones de vigilancia y control; por ende, será sujeto de sanción mas no de una responsabilidad objetiva, ya que no atiende al comportamiento propio de la misma.

Ahora, no es menos cierto que, por el afán de encontrar métodos preventivos a la determinación de responsabilidades para las personas jurídicas, se han creado distintas modalidades modernistas para control y regulación, que se ven reflejados en fundamentos de distinta índole, como tal cual lo ha desarrollado la doctrina española, y que para el tema a tratar no se descarta su importancia.

Tales fundamentos responden a tres tendencias que esta doctrina española trata en nuestros días, iniciando con la *Autorregulación*. Este fundamento orienta sistemáticamente a encontrar en la autorregulación del mundo empresarial como un primer pilar afianzado de esta tendencia que, sus aristas y derivaciones, implican también un profundo cambio en las relaciones Estado y empresa y que, a criterio de los autores Banacloche, Zarzalejos y Gómez, convierte a la persona jurídica en un ente de importancia relevante en las fases del cometimiento del ilícito penal.⁵

Tal incidencia, para quienes así la interpretan y que han sido citados líneas arriba, se convierten en “consecuencia de los inmensos niveles de complejidad social que ha alcanzado la sociedad moderna, el Estado se ha visto incapaz de regular todas las esferas sociales y de proporcionar el apoyo y la protección que precisan amplios sectores de la población”, por tanto “se ha considerado necesario alentar la autorregulación empresarial para manejar adecuadamente dichos riesgos”.⁶

Tal es la certeza de la doctrina española en su afán de buscar regulaciones a las distintas formas de organización, que a esta autorregulación han denominado *Derecho reflexivo*, el cual pretende controlar las conductas organizacionales a través de parámetros de cumplimiento interno a los cuales han categorizado como definición, creación y ejecución de mecanismo de autorregulación.⁷

⁵ Julio Banacloche, Jesús Zarzalejos Nieto y Carlos Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales* (Madrid: Ediciones La Ley, 2011), 3.

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Ibíd.*

En este punto, y continuando con la línea española, el rol del estado y su injerencia para el control de las organizaciones o empresas, se muestra más riguroso en esta etapa de regulación –o autorregulación, como se ha venido tratando- imponiendo límites y, creando espacios de libertad menores para su propia evaluación y control interno de menor relevancia. Entendiendo al concepto de menor relevancia como aquellos actos propios de la empresa y de su giro de negocio, realizados desde las esferas menores de trabajo (empleados, colaboradores, etc.) donde pueden iniciar posibles conductas delictivas.⁸

Considerada que ha sido la primera fase o tendencia española con la autorregulación, siguiendo su hilo conductor, deviene el proceso de *cumplimiento normativo*.

El cumplimiento normativo o *compliance* no descarta la participación, en las mismas condiciones que los empleados o colaboradores, de los administradores de las empresas o compañías y que cumplen roles incluso de control interno. Esta aclaración se realiza puesto que, en la primera fase o tendencia de *autorregulación*, se ha hecho alusión a la imposición de límites de control interno en actos de menor relevancia, y en actos, como propiamente se aclara, de administradores.

Ahora bien, el sistema de *compliance* o cumplimiento una vez que se ha constituido la *autorregulación*, cumple su relevancia por cuanto enfoca su interés en el cabal cumplimiento normativo y en la pronta detección de conductas irregulares –claramente susceptibles de responsabilidad penal acorde a nuestro tema- para en lo posterior, aplicar *medidas sancionadoras* internas y propias de la regulación empresarial, convirtiendo a estas en la tercera fase o etapa.

Pero, surge un aspecto importante en el debate de la aplicación de medidas regulatorias y sancionadoras por parte de las empresas, puesto que se ha considerado que dichas facultades deberán recaer únicamente sobre el mismo Estado, el cual como ente administrador de justicia aplicará lo prescrito en sus normas respectivas.

Por esta razón y, en concordancia con los tratadistas que citamos anteriormente, estas facultades de las empresas constituirían a la larga extraordinarios mecanismos facilitadores para la determinación e imposición de responsabilidades penales para las personas jurídicas, confiados de una correcta e implacable aplicación de mecanismos de *corporate compliance*.

⁸ *Ibíd.*

Esto nos lleva a creer que, no sale enteramente de la razón, la concesión de facultades regulatorias y sancionadoras a empresas y corporaciones con la finalidad de evitar futuros actos delictivos, e incluso que sus implicaciones y aportaciones positivas incidan en una posible etapa de imputación penal.

Por tanto, el trabajo iniciará con el análisis de los tipos de responsabilidad penal existentes generalmente hasta nuestros días, posteriormente por la normativa aplicable en nuestra legislación ecuatoriana, para luego pasar por las conductas delictivas de las empresas en nuestro país y, finalmente, la importancia de instancias preventivas para detección de posibles conductas punibles.

1. Tipos de responsabilidad penal

Entendemos que la responsabilidad penal, sea atribuida a una persona natural individualizada o a una persona jurídica, es el efecto o consecuencia de una conducta delictiva punible y constante en una norma expresa, pero a su vez, implica también que dicha punibilidad, consecuencia o sanción, devenga proporcional al cometimiento de dicha conducta, evitando sesgos desmedidos cubiertos bajo el manto de la justicia o la desaprobación social. Es lo que se conoce como corresponsabilidad estatal.⁹

La determinación de la responsabilidad, deberá ser precedida por un proceso también establecido en la norma pertinente, que recoja presupuestos y condiciones, siguiendo un proceso sistematizado que contempla la verificación de las categorías dogmáticas del delito, extraídas en el injusto y en la culpabilidad, acompañado por una pena que limitará el poder punitivo del estado. Siendo así que:

Esa responsabilidad penal, atada a los presupuestos de la norma sistémica de conducta punible, debe ser estudiada integralmente a lo largo del proceso penal, cada vez que exista una afectación a un derecho fundamental, y en particular a la libertad, pues ello va ligado con el concepto de “La dignidad humana” que “pugna con la exigencia de una responsabilidad objetiva.”¹⁰

⁹ Luisa Jackeline Prato Ramírez, “La Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad En Colombia” (tesis magistral, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, sede Bogotá, 2016), 10, <https://fdocuments.ec/reader/full/tesis-provacion-injusta-de-la-y-responsabilidad-del-estado-por-privacion>.

¹⁰ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-563, 30 de noviembre de 1995”, Sentencia C-626 de noviembre de 1996, citado en Luisa Jackeline Prato Ramírez, “La Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad En Colombia” (tesis de maestría, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Sede Bogotá, 2016), 10, <https://fdocuments.ec/reader/full/tesis-provacion-injusta-de-la-y-responsabilidad-del-estado-por-privacion>.

Existe como su doble efecto lo que la doctrina conoce como la ausencia de responsabilidad, que no es más que la falta de uno de los componentes de las categorías dogmáticas del delito, teniendo como efecto la no aplicación de una pena o sanción, que para nuestro caso, no será de un extenso análisis.

Para Jaime Sandoval Fernández y Donaldo Danilo Del Villar Delgado, quienes en su obra “Responsabilidad Penal y Detención Preventiva”, hacen un análisis de la responsabilidad penal y su ausencia, para la segunda la han detallado:

Una segunda delimitación es el concepto de ausencia de responsabilidad penal. Es el efecto que producen “todas aquellas situaciones que niegan alguna o algunas de las condiciones imprescindibles para que exista la responsabilidad penal según la estructura propia de imputables o inimputables”. Es decir que, de conformidad con la estructura de la responsabilidad penal de los imputables, esta no se configura o está ausente por: inexistencia de conducta, atipicidad, justificación, inculpabilidad e incluso por innecesidad de la pena; siempre que falte uno de estos presupuestos hay ausencia de responsabilidad penal y, por tanto, no hay pena.¹¹

Con ello se ratifica lo que se ha observado en líneas anteriores, es decir, que la imputación de la responsabilidad penal deberá necesariamente seguir un proceso sistematizado para su verificación, y a su vez, la constatación de las categorías dogmáticas del delito, dejando la posibilidad de seguir un análisis dogmático que contrario a esta naturaleza, se encargue de descartar la responsabilidad penal, siendo esta la ausencia de responsabilidad, que no es más que la falta de uno de los presupuestos de análisis de la imputación, acarreado como natural consecuencia la no imposición de una pena.

El análisis de los autores continúa con la verificación de las posibles causales de la ausencia de responsabilidad, justificación e inculpabilidad, sin descartar la coexistencia de las atenuantes para la aplicación de las penas, tema que se torna ajeno a nuestro estudio.

Una vez que hemos analizado aspectos paralelos en el proceso de determinación de responsabilidades, tenemos que centrar principal atención a los tipos de responsabilidades que la doctrina jurista ha de presentar, y que son consecuencia de la evolución del derecho hasta nuestros días.

Una principal categorización que nos presenta la doctrina, divide a los tipos de responsabilidad penal en dos: común, cuando el delito es cometido por cualquier individuo sin importar su condición, como por ejemplo casos de robo, hurto, homicidio, etc.; y especial: cuando el delito es cometido por un funcionario público que,

¹¹ Jaime Sandoval Fernández y Donaldo D. Del Villar Delgado, *Responsabilidad penal y detención preventiva: El proceso penal en Colombia - Ley 906 de 2004* (Barranquilla: Grupo Editorial Ibañez, 2013), 4.

aprovechándose de su condición, comete ilícitos tales como la concusión, el peculado, prevaricato, entre otros.¹²

Este tipo de categorización, responde únicamente a la condición actual del sujeto activo en el cometimiento del delito, o, en su defecto, del autor del delito.

A la par, se pueden identificar modelos legislativos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el cual se destacan dos, a saber: un modelo de responsabilidad derivada, en el cual recae sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural, generalmente, como consecuencia de una conexión entre esta y el ente ficticio, comúnmente como órgano del ente o como un funcionario subordinado de ella; como segundo, un modelo de responsabilidad autónoma u originaria, en la cual la responsabilidad surge directamente de la relación o conexión existente entre el hecho delictivo y una característica de la entidad, dejando sin relevancia la participación o responsabilidad de una persona natural.¹³

Adicional, acorde a esta categorización, se puede hablar de un modelo de responsabilidad mixto, que se puede entender como una variante al modelo de responsabilidad derivada, es decir, sin que se limite a la conexión existente entre la persona natural y jurídica, sino exigiendo algún tipo de aporte o facilitación de la organización en el cometimiento del delito.¹⁴

2. COIP y la responsabilidad penal de la persona jurídica

Ecuador no ha sido la excepción para apegarse a las tendencias de regulación hacia las personas jurídicas, y nuestro Código Penal vigente así lo consiente, en razón de que la persona jurídica se ha convertido en el medio viable idóneo para el cometimiento del injusto penal y, su castigo o sanción merecería no ser descartado siempre apegado al principio de legalidad.

Con ello, es necesario analizar lo inicialmente prescrito acerca de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal, publicado en febrero de 2014, en su artículo 49, que de manera textual manifestaba:

¹² José Linares Linares, “Responsabilidad Penal”, *Revista digital Scribd*, accedido 12 de enero de 2020, párr. 3, <https://es.scribd.com/doc/57971547/Responsabilidad-Penal>.

¹³ Héctor Hernández, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política criminal* 5, n.º 9 (2010), párr. 14, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992010000100005&script=sci_arttext.

¹⁴ *Ibíd.*

CAPITULO QUINTO RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURIDICA

Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.¹⁵

Como podemos observar, existe una extensa lista de personas que generarían una posible responsabilidad penal de la persona jurídica en el Ecuador, es decir, casi la totalidad de las personas que actúan para dicha persona podrían ser potenciales sujetos para generar una imputación hacia la persona jurídica; además, que se limita única y exclusivamente a personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado, excluyendo de manera expresa a aquellas de derecho público.

A su vez, otro presupuesto a ser considerado, es que no existirá una determinación de responsabilidad en el supuesto de que el beneficio de la conducta presuntamente punible sea a favor de un tercero que sea ajeno a la persona jurídica, siendo evidente ya que no ha sacado provecho alguno de la situación irregular.

Por su parte, con la reforma implementada a través del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción, se modifica el contenido de este artículo, prescribiendo de la siguiente manera:

CAPÍTULO QUINTO RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos

¹⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 49.

de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá aun cuando no haya sido posible identificar a la persona natural infractora.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.

La responsabilidad penal de la persona jurídica se atenuará de conformidad con el número 7 del artículo 45 del presente Código. Los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento que se dicte para el efecto, y de otras normas específicas:

1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;
2. Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo;
3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;
4. Modelos de gestión financiera;
5. Canal de denuncias;
6. Código de Ética;
7. Programas de capacitación del personal;
8. Mecanismos de investigación interna;
9. Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;
10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y,
11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia.¹⁶

Como vemos, la reforma permite ampliar el espectro de acción en cuanto a determinación de responsabilidad penal de la persona jurídica y sus causales de atenuación de la pena, y brinda preceptos básicos importantes para la implementación de los programas de cumplimiento sin perjuicio de las normas a nivel reglamentario u otros que se dictaren para el mismo efecto.

Con esto, es menester citar el contenido pertinente del numeral 7 del Art. 45 del mismo cuerpo legal, a anunciar:

7. Se considerarán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las siguientes:

¹⁶ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 392, Suplemento, 17 de febrero de 2021, art. 49.

a) De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.

b) Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.

c) Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio.

d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización.¹⁷

Corroboramos que la implementación del contenido a través de la reforma intenta dotar de mayor relevancia el rol que cumpliría un programa de vigilancia o cumplimiento para efectos de atenuar la pena de la persona jurídica y, de hecho, direcciona las opciones de aplicación dependiendo la naturaleza de la organización. Podemos pensar, en consecuencia, que este inicio proporciona las bases para dar paso a un profundo tratamiento de *compliance* en nuestro país.

Por su parte, el artículo 50 nos habla acerca de la extinción de la responsabilidad, de manera textual lo siguiente:

Art. 50.- Concurrencia de la responsabilidad penal.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento.

Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.¹⁸

Lo que intenta el Código Penal con esta redacción es enumerar las condiciones de vigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aun incluso en condiciones de concurrencia de responsabilidades con las de las personas naturales, siendo así que no se contaría con una posible extinción de la responsabilidad a ella atribuida por cuanto se configuren mencionados presupuestos en dicho artículo.

Lo que, a su vez, implica que las causales de extinción de la responsabilidad penal también serían aplicables a las personas jurídicas, basándonos en el artículo antes descrito

¹⁷ *Ibíd.*, Art. 45.

¹⁸ *Ibíd.*

al ser una enunciación de la vigencia de dicha responsabilidad y en razón de que tampoco se las excluye de manera expresa.

Para mayor claridad, detallemos lo prescrito en el artículo 416 del cuerpo legal, referente a la extinción:

Art. 416.- Extinción del ejercicio de la acción penal.- El ejercicio de la acción penal se extinguirá por:

1. Amnistía.
2. Remisión o renuncia libre y voluntaria de la víctima, desistimiento o transacción, en los delitos que procede el ejercicio privado de la acción.
3. Una vez que se cumpla de manera íntegra con los mecanismos alternativos de solución de conflictos al proceso penal.
4. Muerte de la persona procesada.
5. Prescripción.¹⁹

La lógica nos lleva a concluir que de las causas enumeradas en el artículo anterior son aplicables a la situación de la persona jurídica, con excepción de la causal cuarta, por muerte de la persona procesada, ya que por su naturaleza no podría entenderse aplicable.

Por otro lado, continuando con el análisis normativo del Código Orgánico Integral Penal, podemos referirnos al artículo 71, que se refiere:

Art. 71.- Penas para las personas jurídicas.- Las penas específicas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes:

1. Multa.
2. Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.
3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.
4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.
5. Remediación integral de los daños ambientales causados.
6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontractación o de reactivación de la persona jurídica.
7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.²⁰

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

Como podemos observar, la norma realiza un intento de establecer taxativamente una serie de sanciones a la persona jurídica cuando esta se constituye como sujeto activo del tipo penal, privando de ciertas actividades y ordenando otras, pero podríamos entender a la causal número 6 como aquella más perjudicial, puesto que dispone la desaparición de la persona jurídica y la imposibilidad de reactivación, terminando con ello, su vida y existencia jurídica.

Pero es en este punto donde encontramos una problemática que trasciende en el debate del derecho penal, puesto que pueden existir un sinnúmero de causales, penas o sanciones que pueden ser aplicadas a la persona jurídica, y, que, como ya lo observamos, acarrear incluso su desaparición y liquidación.

Pero no es menos cierto que la doctrina también nos lleva a analizar la voluntad de la conducta antes de la sanción penal, ya que, para aquel sector del estudio, en el cual se defiende la imposibilidad de sanción a la persona jurídica, no podría dejarse de lado el aspecto intelectual en el cometimiento de la conducta reprochable, y que, de manera irrenunciable, se encuentra atada a una persona natural con voluntad y conciencia.

Todas aquellas sanciones que pretenden encajar sobre una persona jurídica, pueden también entenderse, para algunos tratadistas, como meras sanciones administrativas o medidas preventivas, pero no como una sanción de orden penal que amerite el reproche social y su consecuencia, puesto que, insistimos, no recae sobre una persona natural intelectualmente capaz y que, principalmente, cumpla fungiendo como sujeto activo de la infracción con voluntad propia.

Adentrándonos en esta particularidad, tomando en consideración el rol de las personas jurídicas en los distintos actos sociales y, para efectos de su injerencia en el tratamiento jurídico que se ha dado con las mismas, hemos tomado como referencia la resolución del recurso de casación, emitido por la Corte Suprema de Justicia, en su Primera Sala de lo Civil y Mercantil, con fecha 31 de julio del 2001, la cual trata acerca del caso de un contrato de servicios de turismo, en el cual se inicia una acción por cobro de dinero.

En la citada resolución, llama la atención la primera inconsistencia (a ojos de nuestro análisis conductual de las personas jurídicas o empresas frente a una posible responsabilidad) a la cual se enfrenta el juzgador de la causa, siendo esta la legitimidad de personería de la parte demandada, por cuanto actúa a nombre y representación de la agencia de turismo contratada, y en los términos de los antecedentes de la resolución se remite:

En su impugnación, el recurrente acusa al fallo de última instancia de no haber analizado la ilegitimidad de personería de la parte demandada, cuando la actora demanda en el libelo inicial tanto a la compareciente como representante legal de la agencia de viajes Etnotour, cuanto por mis propios derechos, siendo la legitimidad de personería una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias. El legítimo contradictor en la presente causa, frente a la parte actora, es la persona jurídica denominada Etnotour Cía. Ltda. y la compareciente, por mis propios derechos, nada tiene que ver en la relación jurídica comercial existente entre el propietario del yate Amigo y la agencia de viajes, por lo tanto, fue aventurado e ilegal el presentar la demanda en mi contra, lo que conlleva a la existencia de ilegitimidad de personería, pues es obvio que las acciones no pueden presentarse indiscriminadamente contra cualquier persona que no tenga ninguna vinculación en el asunto litigioso, como en efecto ha ocurrido.²¹

Como podemos observar, la recurrente invoca una falta de legitimidad de personería por cuanto ella ha sido demandada por sus propios derechos, sin tomarse en cuenta que nada tiene que ver con las relaciones comerciales que su representada conserve con proveedores externos ajenos al contrato de turismo celebrado con el actor de la demanda.

Y por qué no entender que su actitud responde a un acto de administración desleal, quizá porque conservaba intereses con los proveedores externos y, para librarse de su responsabilidad, alega la interposición de la persona jurídica como única responsable de los actos.

Esto nos revela lo que, hasta la actualidad, se ha entendido en la doctrina tradicional del derecho penal que las personas jurídicas carecen de voluntad para el cometimiento de actos ilícitos, conservando, por supuesto, la distancia en la materia del derecho que resuelve el caso que analizamos.

Aun así, nos merece entender análogamente, que el fenómeno recae bajo los mismos parámetros de entendimiento, por cuanto se pretende excluir a una persona representante de una compañía de las relaciones que esta conserve de manera exterior con terceros. En materia penal, y específicamente, en el tema doctrinario de responsabilidades penales de las personas jurídicas, no es la excepción.

Pero, no es menos cierto que, sí ha existido, a su vez, una tutela judicial efectiva a favor de las personas jurídicas, como precedente jurisprudencial en nuestro país, que no recalca efectivamente y de manera directa en materia penal, pero que sí refleja el reconocimiento de sus derechos y la protección extra patrimonial en la cual existió una posible afectación a este ente ficticio, lo que nos lleva a interpretar, inevitablemente, que

²¹ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Resolución del recurso de casación”, en *Juicio n.º: 221-2009*, 31 de julio del 2001, 2683.

en algún momento de nuestra evolución legislativa y jurisprudencial contaremos con fallos en materia penal, en contra o a favor, de personas jurídicas.

Este antecedente jurisprudencial que alimenta nuestro análisis de sentencias ecuatorianas que han afectado a personas jurídicas, consiste en el siguiente caso sustanciado por daño moral, en el cual la Corte Nacional de Justicia en 2010 falló a favor del daño moral a la persona jurídica actora por incumplimiento contractual, y que analizamos de la siguiente manera.

Como actores de la demanda figura el arquitecto José Carrión Puertas, quien comparece como presidente y representante legal de la compañía Predial Nueve de Octubre S.A., en conjunto comparece el ingeniero José Carrión Icaza, en su calidad de presidente de la compañía Apartamentos Boulevard S.A.

Las partes aseguran que las empresas que representan son propietarias del Hotel Casino Boulevard, ubicadas en la ciudad de Guayaquil, Ecuador, y que el 11 de mayo de 1989 por los derechos que representan celebraron con la empresa Londohotel S.A., el contrato de administración y operación del Hotel Casino Boulevard, contando como garante solidaria a la compañía Sociedad Comercial Hoteles Limitada, de origen colombiana.

Dentro de los pactos se acordó como vigencia del contrato hasta el 1 de agosto de 1994 y que, cumplido dicho período, la compañía Apartamentos Boulevard S.A. entregaría la administración del Hotel Casino Boulevard a la compañía Londohotel S.A., para su respectiva administración y responsabilidad, cumpliendo con las normas ecuatorianas que rigen a los contratos y con los debidos cuidados que su operación merezca.

Quien debía velar por la administración del Hotel Boulevard y de todas sus implicaciones, entre éstas responsabilidades laborales con empleados y sus aspectos operativos, era la compañía Londonhotel S.A.; sin embargo, dicha compañía mediante un memorial dirigido a sus representadas, decidió unilateralmente dar por terminado el contrato de administración celebrado entre las partes, y abandonando anticipadamente el Hotel Casino Boulevard, hotel que funcionaba operativamente y tenía albergado a huéspedes, contaba con empleados en sus distintas áreas así como responsabilidades con proveedores y terceros propias de su administración como hotel.

A los perjudicados tal situación, bajo su criterio, les colocó en una situación desfavorable en sus funciones y en la dirección del hotel, causando supuestos daños y perjuicios materiales, donde se debía considerar al daño emergente y al lucro cesante para

una posible reparación, así como graves afectaciones a su imagen y reputación empresarial y deciden iniciar el proceso legal en contra de la compañía Londohotel S.A., en la persona de su representante legal Andrés Sánchez Turriago, en conjunto con el garante solidario (la compañía Sociedad Comercial Hoteles Limitada) representada por Jorge Londoño Riani.

La pretensión de sus acciones como reparación por los perjuicios y daños ocasionados por el incumplimiento contractual unilateral y el cálculo del daño emergente ascendía a la cantidad de S/. 7.212'764.036,92 y el lucro cesante en S/.254'258.953,20 (cantidad en aquel entonces en moneda de curso legal sucres).

No conformes, estaban convencidos que aún más perjudicial fue su deterioro en la imagen empresarial y reputación formada durante años y que no podían recuperar en corto tiempo, por lo tanto, pretendían una reparación adicional avaluada en un millón de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por el supuesto daño moral ocasionado por los incumplimientos y que afectaron directamente a su fama en el sector turístico y hotelero.

La sala de la Corte Nacional centra su atención en ratificar la sentencia de primera instancia, mediante la cual, se confirma la existencia de una vulneración de derechos e intereses extra patrimoniales, lo que conllevaría a una indemnización por los daños ocasionados, realizando el siguiente análisis:

que a diferencia de lo que la Sala ha opinado, en autos existe la evidencia más que suficiente que acredita no solo el daño material sino también el moral, como consecuencia del hecho ilícito causado por los demandados que es el rompimiento unilateral del contrato de administración del hotel, pues como dice la doctrina y la jurisprudencia nacional, la prueba del daño moral consiste en la prueba del hecho ilícito que lo ha provocado.²²

que en la especie, se ha demostrado de manera fehaciente el hecho ilícito que causó perjuicios materiales, esto es, el rompimiento del contrato de administración hotelera por parte de las compañías Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada; que tal hecho ilícito –aceptado por el fallo in comento- provocó además el abandono de la operación hotelera, la desatención a los huéspedes y al personal de trabajadores, estos últimos, incluso, demandaron al Hotel Boulevard sus haberes laborales; paralelamente a lo dicho vino el reclamo de multitud de proveedores del servicio hotelero –nacionales e internacionales– que habían quedado impagos ante la negligencia de los demandados, tal como la misma Sala lo reconoce y los enumera en el considerando séptimo del fallo;²³

²² Corte Nacional Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 019-2007-Ex*, 2 de abril de 2013, 27.

²³ *Ibíd.*, 26.

La sala de manera expresa reconoce el derecho de la persona jurídica a ser resarcida por el daño moral sufrido, pero sentencia a los demandados, las compañías Londohotel S. A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada, a una justa indemnización, la cual se sentenció en primera instancia, analizando en los siguientes términos:

que el hecho ilícito demostrado, esto es, el rompimiento unilateral del contrato de administración de servicios hoteleros, provocó los daños materiales que la sentencia reconoce y cuantifica, pero ese mismo hecho ilícito, doloso además, porque fue hecho a conciencia y con el claro propósito de perjudicar a los demandantes, dio pie al surgimiento directo e inmediato de un descrédito y de una real mengua del buen nombre del Hotel Boulevard a nivel nacional e internacional, lo que a toda luz, constituye daño moral que debe ser reconocido y resarcido;²⁴

Para nuestro análisis, es importante hacer hincapié –del texto resaltado– que se habla de un hecho ilícito y doloso, propiamente como se puede tratar de un delito o de un cuasidelito, normados debidamente por la norma sustantiva penal y civil respectivamente, pero que recalca sin duda en la responsabilidad de la persona jurídica participante del contrato núcleo de la sustanciación de la causa y que, se representa y empodera a través de sus representantes o quienes ejercieren tomando las decisiones que estuvieren a su cargo.

Si pretendemos profundizar esta circunstancia y ligando al fenómeno de los actos contrarios a la ética y buen gobierno corporativo, que analizamos a lo largo este estudio, en el análisis de la sentencia que antecede no estaría por demás sospechar que existieron actos de administración desleal, en un supuesto de demostrarse que aquellos que dirigían la compañía afectada contrataron servicios de administración de un tercero en el cual tenían intereses de por medio, sacando provecho con algún tipo de beneficio.

Así también, en la misma línea, podríamos destacar que se podría interpretar una conducta por *insider trading* por parte de la compañía contratada, ya que pudo haber sido su intención principal aprovecharse de información privilegiada al ser contratado como administrador de la compañía hotelera.

Con esto, podríamos entender que la responsabilidad penal (para el análisis análogo de nuestro estudio) recae plenamente en la voluntad y conciencia de la persona natural para la realización del acto ilícito, pero que, sin duda, acarrea una sanción efectiva para la compañía accionada, confirmando la tendencia doctrinaria que considera que las personas jurídicas demandan penas y sanciones que obligatoriamente afectan su normal

²⁴ *Ibíd.*

desarrollo sacrificando, en su mayoría, intereses económicos o patrimoniales en la reparación del daño causado.

Trayendo a colación, la siguiente interpretación doctrinaria de Alessandri Rodríguez, el cual concluye: “Las personas jurídicas legalmente constituidas pueden demandar la reparación de los daños materiales y morales que se les irroguen con dolo o culpa; pero tratándose de estos últimos sólo cuando provengan de atentados a su nombre o reputación, mas no a sentimientos de afección”,²⁵ pone de manifiesto que las personas jurídicas son susceptibles de afectación y, como hemos analizado, aquellas que irrogan el daño de responsabilidades que afectan su patrimonio.

Con ello, no es menos cierto establecer que, en la actualidad, sí encontramos actos o delitos que se pueden relacionar con las personas jurídicas, especialmente enmarcadas fuera de su giro de negocio, y es necesario analizar más a profundidad estas posibles conductas, para lo cual, el siguiente apartado dedicaremos especial atención en tal particularidad.

3. Conductas delictivas de las empresas en el Ecuador

Hasta el momento, nuestro estudio ha focalizado una permanente atención en determinar nuevas y contemporáneas formas de criminalidad, evidenciando una innegable expansión del derecho penal en cuanto a sus postulados y teorías, y que serían el resultado natural de la evolución social organizada y tecnificada.

Ahora, para entender aquellas posibles conductas punibles realizadas por organizaciones en nuestro país, y en el común de todas las sociedades, primero será necesario conceptualizar a la criminalidad económica y societaria, en razón de intentar relacionarlas con las empresas, dado que son sociedades que realizan actividades económicas en beneficio de sus socios o accionistas.

El alcance de la criminalidad económica, como propiamente se deriva de su concepto, responde a una regulación de orden económico y, por naturaleza y consecuencia, de un desarrollo o evolución social, como lo hemos analizado; por tanto, será necesario que tal concepto prevea una participación tanto estatal -por políticas y gobierno en su regulación- como por intereses particulares al tratarse de patrimonios individuales y propios.

²⁵ Arturo A. Rodríguez. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 164.

En tal virtud, entendiendo a estos conceptos en amplio sentido, será la rama del derecho penal económico la que regule tales circunstancias, y que de manera estricta se define como “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, que no viene a ser otra cosa que una parcela del denominado derecho económico”; y, en sentido amplio, se considera “no sólo los delitos que atentan contra la intervención del Estado en la economía, sino también otros que lesionan en primer término intereses patrimoniales individuales y sólo en segundo lugar el orden económico”.²⁶

Vemos que el alcance conceptual abarca estas dos ramificaciones, es decir, conductas que atentan contra el intervencionismo del estado en sus regulaciones jurídicas y, en segundo, priorizar los intereses patrimoniales individuales dejando de manera secundaria el orden económico de aquel intervencionismo.

Resaltado tales criterios, podríamos a su vez concluir una breve definición de delito económico como de delincuencia económica, como aristas concordantes de este apartado y que servirán de base para el análisis consiguiente, siendo así que, el primero podría ser definido como “toda agresión, prohibida o no por el ordenamiento jurídico, que ponga en grave peligro los esquemas fundamentales de producción, distribución y consumo de los bienes de la comunidad como tal, o de un número apreciable de sus miembros. O que afecte, de igual forma, sus sistemas de financiación y de cambio”.²⁷

Por su parte, la delincuencia económica la definimos como “la criminalidad de empresa que afecta a la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, en cuanto entraña la actividad de la empresa como célula esencial en la actividad de carácter económico”.²⁸

La importancia de identificar mencionados conceptos radica en apreciar que las conductas punibles en el campo societario, empresarial o corporativo, en la actualidad también poseen sus estándares y características propias, como sucede con la doctrina tradicional para responsabilidades individuales, identificando o tratando de identificar de esta manera, la fenomenología o el génesis de los comportamientos reprochables en una

²⁶ Gonzalo Rodríguez Mourullo, “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 37, n.º 3 (Madrid, 1984), citado en Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita Ospina Perdomo, *Derecho Penal Societario* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2018), 678.

²⁷ César Herrero Herrero, *Los delitos económicos: Perspectiva jurídica y criminológica* (Madrid: Ministerio del Interior, 1992), 37.

²⁸ Carlos Pérez Del Valle, *Introducción al derecho penal económico: Curso de derecho penal económico* (Madrid: Marcial Pons, 2005). 23.

organización o empresa. Para lo cual, realizaremos un breve repaso de las principales características de estas conductas de criminalidad económica.

Para Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita Ospina Perdomo, en su obra *Derecho Penal Societario*,²⁹ la criminalidad económica posee determinadas características que la identifican claramente y que se remiten, en síntesis, a lo siguiente:

- a) Tiene un objeto económico
- b) Es profesional
- c) Es organizada
- d) Es internacional
- e) Afecta la libertad económica

Consecuentemente, analizaremos cada uno de los apartados.

- a) Tiene un objeto económico

El pilar fundamental de esta característica es que el individuo busca siempre un beneficio económico, así como, busca atacar bienes con contenido patrimonial económico; en consecuencia, el crimen depende del contexto situacional y de la información disponible que se encuentre al alcance del mismo. Por otro lado, implica también tomar la decisión de aceptar un riesgo y, entonces, obtener mayores beneficios de la utilidad del crimen que de abstenerse de hacerlo.³⁰

También se deben asumir posibles consecuencias del carácter patrimonial de los bienes, entre ellas tolerar un grado de riesgo permitido, que por los efectos de la actuación delictiva deberá ser justificado con los beneficios de los posibles resultados; también, los delitos a cometerse surgen en el marco de actuaciones profesionales estereotipadas, y masivas, previamente planificadas y analizadas, lo que lleva a pensar que quienes están detrás de la conducta serán personas con grados de instrucción superior, en ciertos casos, o con pleno conocimiento y experiencia de la realidad en la que se actúa; y, finalmente, con la conducta se afectan bienes relacionados con el orden económico social, a decir de los autores, a través de delitos de peligro y de carácter supraindividual.³¹

- b) Es profesional

Continuando con el análisis de los autores Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita Ospina Perdomo, podríamos mencionar que para esta característica de la

²⁹ Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita Ospina Perdomo, *Derecho penal societario* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2018), 690.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

criminalidad profesionalizada, se distorsionan los conceptos clásicos de criminal, y que, en su momento, el maestro Zaffaroni, nos ilustra con el estereotipo delictivo, siendo así que se deja de lado la noción de delincuente tradicional, conocido y popularizado, para dar paso a personajes dotados de formación básica o educativa, perteneciente en algunos casos a altas esferas sociales y que encuentra en su preparación, el mecanismo viable de criminalidad acertada y mecanizada.

Con ello, ya no se define un único perfil criminal como tradicionalmente se ideaba, sino que destacan nuevos personajes –como es de merecer para nuevos tipos delictivos– que se ilustran incluso en diversas conceptualizaciones, entre estas “delincuentes de cuello blanco”, “delincuentes profesionales”, entre otros, y que, para el maestro Barroso “Esta corriente, que también utiliza la expresión *occupational crime*, aleja, por supuesto, su preocupación del aspecto de clase que otros coligen de la delincuencia de cuello blanco, entendida como una forma más de explotación.”³², generando mayor importancia para esta criminalidad al vínculo resultado de la conducta que se realiza y la actividad profesional del sujeto.

El maestro Herrero Herrero, citado en la obra de los autores Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita Ospina Perdomo, titulada Derecho Penal Societario, generaliza algunos comportamientos profesionales comunes en la delincuencia profesional, y que se destacan entre otros, la utilización de instrumentos mercantiles como títulos valores o documentos públicos para falsearlos con distintas finalidades; la alteración fraudulenta de balances; la utilización de los procesos normales de la economía y de las finanzas para su propio beneficio o de terceros; el uso de paraísos fiscales para defraudaciones tributarias; el manejo de los medios de comunicación y la cibernética moderna y otras herramientas tecnológicas.³³

Debemos suponer que no existen limitaciones a estas nuevas conductas delictivas, o en su defecto, que no podríamos enumerar o realizar un listado taxativo de condiciones o requisitos formales de estas nuevas modalidades, al contrario, siempre existirán formas y modalidades delictivas que pueden perjudicar a la empresa o que se oculten detrás de ellas para su cometimiento. Por ello, el autor extiende su análisis e identifica otras conductas reprochables, y que se remiten, de manera breve, a las siguientes:

³² Jorge Luis Barroso González, “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 9, n.º 35 (2015): 95-122, <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n35/1870-2147-rius-9-35-00095.pdf>.

³³ Héctor Herrero, *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*, 503-4.

- La creación de personas jurídicas al servicio de la criminalidad, y que son utilizadas principalmente como medio o instrumento para actos delictivos, constituyéndose en fachadas de sus intenciones o, bien, conocidas como “empresas fantasmas”.
- Utilización de contratos o distintas figuras legales para ocultar actos delictivos distantes o ajenos a los propiamente ejercidos por la empresa u organización, con el motivo de justificar sobornos, pagos indebidos o sobrefacturados, entre otros, y que, por ser legales complican su identificación.
- El uso de los recursos y documentos propios del empresario al servicio de la criminalidad, como pueden ser manipulados los estados financieros, su contabilidad, etc.
- La aplicación de los conocimientos que derivan de una profesión en concreto al servicio de los delitos, siendo de esta manera que, para el autor, es necesario establecer parámetros éticos de conducta desde la formación académica universitaria.
- La realización de la actividad criminal en el contexto de la actividad profesional o comercial, es decir, incorporar a la dinámica tradicional de la empresa o compañía procesos desviados o fuera del giro propio de la sociedad.³⁴

c) Es organizada

Entendemos a esta característica por su propio significado gramatical, es así que, requerirá obligatoriamente de la participación de grupo determinado de personas que, en ejercicio de sus propias funciones, realizan actos delictivos u ordenan realizarlos, como efecto de su cargo o posición dentro de la sociedad; es decir, existe la participación de un grupo de personas que persiguen un fin o un objetivo común, convirtiéndose en una criminalidad organizada.

En consecuencia, el autor Jesús María Silva ha destacado algunos efectos de esta característica de la criminalidad organizada, y que son:

- La disociación entre acción y responsabilidad, lo que quiere decir, que no siempre el ejecutor de la conducta será quien la da origen, sino una persona subordinada que sigue sus órdenes incluso por coacción, amenaza o error.

³⁴ *Ibíd.*

- La división de los elementos del tipo entre las personas que actúan en el cometimiento del acto ilícito.
- La participación en grupo puede corresponder a una falta de conocimiento o voluntad de ellos para el cometimiento de dicho acto.³⁵

d) Es internacional

Propiamente por el crecimiento de los mercados internacionales por efecto de la globalización económica, y que, para Carlos Jiménez, tiene dos efectos principales:

- Se reduce el riesgo penal, así como su identificación se convierte en nula o menor, propendiendo a una propagación de la misma.
- Tomarse de las actividades del mercado lícito para involucrarse y obtener beneficios mayores que persiguiendo una actividad mercantil lícita.³⁶

Es de recalcar que, al tratarse de actividades globalizadas por economía de mercados e interrelacionados entre ellos, es de mayor dificultad para las autoridades competentes identificar y sancionar conductas punibles, disminuyendo el riesgo de los autores y propendiendo a su asociación y aceptación masiva.

e) Afecta la libertad económica

Como lo venimos analizando, la afectación principal que persigue esta criminalidad es a un patrimonio económico en particular, y para los ejemplos observados, especialmente para una sociedad, con lo cual se ve, ineludiblemente, una afectación a la libertad económica, que tendrá por efecto inmediato el ejercicio regulatorio progresivo por parte del estado a través de sus autoridades correspondientes.

Continuando con la línea de estudio de los autores Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita Ospina Perdomo, quienes destacan algunas de las conductas delictivas relevantes y comunes a nivel de empresa o sociedad, procedemos a analizar lo que, para su criterio, se presenta como conductas punibles.

En su campo de estudio, se ha mencionado que las conductas delictivas pueden estar asociadas de preferencia en el campo privado, es decir, a través de la actividad empresarial propia, en grados de participación de los administradores, empleados y demás

³⁵ Jesús M. Silva Sánchez, *Fundamentos del derecho penal de la empresa* (Buenos Aires: Edisofer-B, de F, 2013), 7-8.

³⁶ Carlos Jiménez Villarejo, *Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica* (Madrid: Dialnet, 2004) citado en Mercedes García Arán, *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005), 152.

personas que actúen en el giro de la sociedad, destacando así dos principales conductas o formas de corrupción que son el fraude corporativo y el *insider trading*.³⁷

Para Castro y Ospina el fraude corporativo “implica un grupo de conductas que afectan directamente el funcionamiento de las empresas y que implican el desconocimiento de las reglas básicas del buen gobierno corporativo”,³⁸ desencadenando en una serie de actos que, para los autores, se puede resumir en lo siguiente:

- a) La remuneración alternativa de los directivos de las empresas

Hemos de referir que las personas que fungen como autoridades o gestores de administración de las empresas, por su cargo y responsabilidad, tienen remuneraciones u honorarios representativos acorde a su trabajo dentro de las mismas, y a su vez, no es menos cierto que a tales ingresos se agreguen otros beneficios adicionales, directos o indirectos, ocasionando dificultades económicas e incentivando a conductas ambiciosas.³⁹

- b) La administración desleal

Los autores Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita Ospina Perdomo, en la obra citada, toman un concepto muy peculiar para caracterizar las conductas de los administradores, directivos o representantes legales de las compañías cuando éstos cometen actos de corrupción en contra de la sociedad, actuando de manera “infidel” en el desarrollo de sus funciones propias.

Enumerando algunas de las conductas desleales más frecuentes, los autores, enuncian las siguientes: i) el autopréstamo;⁴⁰ ii) la prestación de garantías con bienes de la sociedad para deudas de los administradores;⁴¹ iii) la adquisición de acciones con recursos de la propia entidad (autocarera encubierta);⁴² iv) la venta a bajo precio;⁴³ v) la compra a sobreprecio;⁴⁴ vi) los préstamos sin interés o a interés muy bajo;⁴⁵ vii) los pagos

³⁷ International Transparency, *Global Corruption Report 2009 Corruption and the Private Sector 2009, Corruption and Private Sector* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), citado en Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita Ospina Perdomo, “Reseña de Derecho Penal Societario”, *International Transparency* (2018), 8.

³⁸ Cuenca y Ospina, *Derecho penal societario*, 540.

³⁹ Dante Mendes Aldrighi, *Corruption inside the Enterprise: Corporate Fraud and Conflicts of Interest*, en *Corruption and the Private Sector 2009*, citado en Castro y Ospina, *Derecho penal societario*, 691.

⁴⁰ Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), citado en Castro y Ospina, *Derecho penal societario*, 545.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Íñigo Ortiz de Urbina, *Penal económico y de la empresa* (Santiago de Compostela: Ediciones Lefebvre, 2011), citado en Castro y Ospina, *Derecho penal societario*, 663.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

de cantidades exageradamente elevadas a administradores y miembros del consejo de administración;⁴⁶ viii) la utilización de grandes sumas en patrocinios;⁴⁷ y ix) el vaciamiento de sociedades.⁴⁸

c) Los conflictos de intereses dentro de la empresa

La característica más destacada de este comportamiento habitual a nivel empresarial se puede presentar a través de los administradores o directivos de la empresa, cuando éstos, en conocimiento y dominio del mercado y del giro de negocio de la compañía, poseen sociedades paralelas que cumplen de contratistas o proveedores de las primeras empresas, siendo así que logran enriquecerse cumpliendo funciones para las dos partes.⁴⁹

d) Los fraudes contables

La principal intención de recurrir a esta conducta delictiva es convertir, de manera ficticia, a la empresa en una sociedad con mayor solvencia y obtener mayores beneficios para la misma. La accesibilidad para esta conducta camina de la mano con su facilidad, puesto que, la herramienta principal para su ejecución es la adulteración de los libros contables o de los documentos que respaldan la actualidad económica de la empresa, entre ellos, contratos, inversiones, proyectos, etc.

e) *Insider trading*

De manera breve podemos definir al *insider trading* como la conducta que “consiste en el aprovechamiento de información privilegiada obtenida bien sea como administrador, directivo o empleado de una empresa (*insider*) o como profesional del mercado de valores (*market insider*), para la obtención de un provecho ilícito”.⁵⁰

En la actualidad, la información es considerada un valor para la compañía, así como pueden ser considerados sus activos, acciones y demás patrimonio cuantificable, en consecuencia, a decir de los autores, existen personas a las cuales les interesa esta información privilegiada a la cual tiene acceso sus directivos o empleados, llevando como efecto que, sean susceptibles de actos de corrupción a favor de éstos terceros, quienes pretenden beneficiarse económicamente.

⁴⁶ Klaus Tiedemann, *Manual de derecho penal económico: Partes general y especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), citado en Castro y Ospina, *Derecho penal societario*, 394.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Aldrighi Mendes, citado en Castro y Ospina, *Derecho penal societario*, 400.

⁵⁰ Tiedemann, *Manual de derecho penal económico*, 385.

Así también, como sucede a su vez en gran cantidad de casos, el beneficio no sólo es para éstos terceros, sino para los directivos o personas que se desenvuelven en actividades de administración de la compañía, quienes ejercen actividades de competencia directa con la sociedad a la cual administran, y que por ende, la información que manejan puede ser de gran beneficio.

Todo esto sin descartar que no solo los administradores o directivos se encuentran prestos a este tipo de conductas, como ya mencionamos líneas arriba, todos sus empleados o colaboradores que manejen información de interés pueden ser beneficiados de actos de corrupción a través de sobornos o pagos.

Hemos repasado hasta ahora las conductas más comunes en el ámbito empresarial que nos demuestran las formas y maneras en las cuales se corrompe el correcto funcionamiento de la sociedad, en la cual participan algunos actores y que, tales conductas, cada vez se convierten en fenómenos sociales de mayor dificultad para ser identificados y sancionados, esto en razón de la evolución tecnológica, social etc.

Un área en particular en nuestro estado ecuatoriano muy susceptible de actos de corrupción y que genera gran interés en las organizaciones que defraudan su funcionamiento apegados a la criminalidad económica, es en el campo de la contratación pública, razón por la cual, el Portal de Compras Públicas del Ecuador ha identificado como un grupo principal de delitos en esta materia a los siguientes: enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, tráfico de influencias, testaferrismo, enriquecimiento privado no justificado, defraudación tributaria, lavado de activos, delincuencia organizada, entre otros,⁵¹ que en su mayoría son delitos que podemos asociar con empresas contratistas.

Pero existen conductas, como recalcamos en las anteriores, que su accionar se remite a la naturaleza de la compañía en sus actividades propias, como principal la celebración de contratos con proveedores, consumidores y demás, que nos llevan a pensar que tales actos no siempre son reales o en su beneficio.

Los autores Castro Cuenca y Ospina Perdomo, que nos han guiado ampliamente en el desarrollo de nuestro tema, coinciden en listar una serie de conductas de naturaleza contractual de las sociedades, referidas por supuesto a su giro de negocio, las cuales se prestan para generar varios actos de soborno y corrupción, y entre las cuales se detallan a continuación:

a) *Kickbacks* (comisiones)

⁵¹ Ecuador Servicio de Contratación Pública, “Portal Compras Públicas: 2021”, *Servicio de Contratación Pública*, 2021, <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/tipos-de-delitos-2/>.

Para el tratadista Carlos Gómez, citado por los autores Castro y Ospina, los *kickbacks* se presentan “cuando al representante de una de las partes contratantes se le abona por la contraparte, ya sea por la firma del contrato, ya sea por la ejecución del mismo, una serie de ventajas económicas deducidas de las prestaciones efectuadas por la empresa representada”.⁵²

Para respondernos de una manera práctica en qué consiste esta comisión o, como la doctrina moderna lo llama, *Kickbacks*, es necesario entender que en su mayoría de casos se presenta a favor de la persona que representa a la compañía contratante o a alguna de las que actúan en la modalidad contractual que se presenta, es decir, es aquella persona responsable de celebrar, ejecutar o llevar a cabo alguna relación contractual a nombre de la empresa, por tanto, será la persona indicada para acordar los parámetros a establecerse o, en su defecto, quien apruebe su factibilidad.

A esto le sumamos que, en sus manos reposa esta oportunidad de llevar a cabo un contrato o relación que beneficie a sus participantes, y, en consecuencia, es la persona llamada a corromper o sobornar, configurándose así el *Kkickback*.

Es en este sentido donde se configura en su totalidad la conducta, pues, al ser la persona que recibe la comisión o aquella que participa en este acto de corrupción, pues naturalmente deberá ser la beneficiaria de la comisión económica, que se esconde en su mayoría de casos, en el valor del contrato celebrado, es decir, el monto contractual es elevado a fin de “reconocer” el proceder del funcionario que hace posible su ejecución, para luego ser devuelto o retribuido este excedente a su favor.

Pero debemos destacar también que, no siempre las comisiones son entregadas de manera directa a los beneficiarios, pues, no siempre será de gran facilidad realizarlo y evadir todo tipo de control que recaiga por parte de las autoridades pertinentes o de las auditorías que analizan las situaciones administrativas y financieras de la sociedad, por tanto, la evolución de la sociedad y principalmente su globalización, han permitido crear otras figuras para evadir tal control.

Los tratadistas Frédéric Boehm y Johann Graf Lambsdorff, nos hablan acerca de las *blackcages* que no son sino aquellas sociedades o fiduciarias que sirven como

⁵² Carlos Gómez-Jara Díez, “Corrupción en el sector privado: ¿Competencia desleal y/o administración desleal?”, *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74 (2008), citado en Castro y Ospina, *Derecho penal societario*, 236.

intermediarios para operar los sobornos a nivel empresarial,⁵³ y que, en su mayoría, se encuentran en paraísos fiscales lejos de los controles de las autoridades.

Esto nos deriva en un potencial problema que se aleja, en parte, de los *blackcages* que nos hablan Boehm y Lambsdorff, puesto que no siempre será necesario la creación de estas sociedades para encubrir aquellas comisiones que observamos, sino que se lo puede realizar de una manera más directa y eficaz, a través del pago de las mismas a los equipos de auditoría que se encargan de analizar la situación financiera –especialmente- y administrativa de la compañía, logrando encubrir su situación real.

b) *Approaching bribes* (sobornos de acercamiento)

Continuando con el análisis de las conductas comunes que difieren de la actividad de la empresa, se destaca los *approaching bribes*, que no son sino todas aquellas conductas que pretenden obtener beneficios a futuro para quien las propone o realiza, como pueden ser, de igual manera que en los anteriores casos, proveedores, oferentes, entre otros. Tales conductas se caracterizan por su generosidad ante la persona parte de la empresa, especialmente directivo o administrador, y que desvía su accionar fiel hacia la sociedad o compañía. Tales conductas pueden resumirse, como, por ejemplo, en:

- i) las atenciones de acercamiento, por ejemplo, la invitación a eventos deportivos, culturales o sociales, conciertos, fiestas y viajes, no para realizar una acción particular en el presente, sino para garantizar futuros favores o una posición favorable; ii) los pagos para obtener una ubicación especial de los productos en un determinado mercado; iii) los sobornos para despedir o promocionar a un determinado empleado; iv) los pagos a periodistas para inducir la realización de reportes favorables; y v) el traspaso de los límites racionales en las políticas de regalos, donaciones u hospitalidad frente a terceros.⁵⁴

Estas conductas coinciden en posicionar a los proveedores –o, en su defecto, a todos aquellos que buscan el soborno- en un lugar preferencial frente a la competencia, o mediante dádivas, asegurar a futuro tratos privilegiados, esconder información, o cualquier otro beneficio a favor de sus intereses; consecuentemente, distorsionar el correcto desempeño del administrador o directivo de la compañía afectada.

c) Los atentados a la competencia

Estas conductas repercuten y afectan en gran cantidad al mercado en aquellos determinados sectores donde pueden ser identificados. Su objetivo general es perjudicar la actividad de los competidores a través de conductas específicas que atentan su normal

⁵³ Frédéric Boehm y Johann G. Lambsdorff, “Corrupción y anticorrupción: Una perspectiva neoinstitucional”, *Revista de Economía Institucional* (julio-diciembre 2009) 11, n.º 21, párr. 9.

⁵⁴ Antonio Arangandoña, *Private to Private Corruption* (Navarra: Universidad de Navarra, 2003), citado en Castro y Ospina, *Derecho penal societario*, 5-6.

desarrollo, generando aumentos o disminuciones (dumping) en precios de mercado, en la calidad de los productos ofertados, en acuerdos entre compradores y vendedores, etc.

Generalmente, las conductas que resaltan como atentados a la competencia, principalmente, son los carteles y los acuerdos o acciones colusorias. Como definición de cartel podríamos establecer:

es un acuerdo mediante el cual las diferentes empresas que compiten en un mismo ramo se reúnen para llegar a acuerdos en los que se establece un cese en la competencia, llevando así a al mercado, productos similares con cooperación entre ellos. Las empresas, por lo general se fundan bajo conceptos capitalistas, inician con un proyecto de superposición frente a otras marcas en el mercado, pero los cárteles son más bien como una herramienta de inclusión al mercado, donde grandes y pequeñas empresas tienen la oportunidad de hacerse con un espectro del mercado. El cártel de un tipo de producto se produce cuando la demanda de este es alta, sucede que el marketing ofrece un producto, pero el consumidor reclama más variedad, es por eso que las empresas se ven obligadas entre sí a cooperar.⁵⁵

Por su parte, los acuerdos o acciones colusorias pueden entenderse como:

son acuerdos entre empresas para repartirse algún mercado. De esta forma se puede impedir completamente la entrada de nuevos competidores, o al menos restringirla. También se puede pretender dar una falsa sensación de que las empresas compiten. Por ejemplo, pueden ponerse de acuerdo para fijar los precios, para repartirse el mercado, para producir menos, para fijar condiciones en los contratos que minen la competencia.⁵⁶

Consecuentemente, existen conductas comunes en contra de los mercados realizados por los operadores de los mismos, y que se pueden destacar como las más relevantes a las siguientes:

- Acuerdos sobre precios en los mercados, acuerdos para repartirse cuotas de mercados entre operadores o vendedores de productos, acuerdos sobre cuota de producción y precios de venta, celebración de acuerdos de exclusividad entre compradores y vendedores, acuerdos restrictivos relacionados a subastas o concursos públicos.⁵⁷
- El boicot de la competencia, así como la discriminación de la misma, el cual se presente a través de distintas formas y que, para Tiedmann, se resumen en: “i) la oferta de precios muy bajos para destruir al competidor, ii) el boicot que

⁵⁵ Conceptodefinicion.de, Redacción, “Concepto de cártel”, *Concepto definición*, 9 de octubre del 2018, párr. 1, <https://conceptodefinicion.de/cartel/>.

⁵⁶ Héroefiscal, “Definición de acuerdo colusorio”, *Héroefiscal*, accedido 14 de noviembre de 2019, párr. 8, <https://www.heroefiscal.com/que-es-un-pacto-colusorio-guia-practica-para-evitar-problemas/>.

⁵⁷ Tiedemann, *Manual de derecho penal económico*, citado en Castro y Ospina, *Derecho penal societario*, 299 y 303.

consiste en obstaculizar las compras o suministros de una empresa concertadamente con otras, iii) la discriminación de los productos de una empresa”.⁵⁸

- Acuerdos o pactos celebrados en concursos públicos en materia de contratación o, a su vez, en concursos privados para provechos ilícitos que pueden ser: “i) bajar los precios de venta artificialmente en una subasta, ii) subir los precios de compra artificialmente y iii) presentar ofertas concertadas entre varios competidores y luego repartir los suministros entre todos”.⁵⁹

Dentro de esta línea de estudio que nos proporcionan los tratadistas Castro y Ospina, se rescata una conducta a la cual califican como el acto de corrupción privada más peligroso y avanzado a nivel empresarial, siendo este la cooptación de quienes elaboran las políticas de mercado, entendiéndose a esta como la capacidad directa de influir en las regulaciones o directrices que se tomen para el normal desarrollo del mercado.

Tal eventualidad, no descarta conductas principales o preferenciales para tales acometidos, y, que pueden ser:

- Una muy concurrida como es la entrega de sobornos a aquellos legisladores que manejan las políticas públicas en materia económica;⁶⁰
- Conflictos de interés generados por aquellas personas que desempeñan actividades de manera concurrente tanto en el sector privado como público, haciendo uso de sus influencias e injerencia sobre personas conocidas previamente, generando los siguientes efectos:

i) el sujeto deja a sus subordinados en el sector público frente a quienes sigue teniendo poder, ii) la persona se lleva toda la información pública para el sector privado para ser aprovechada en el futuro, iii) la persona ha participado frecuentemente en procesos que continúan y por ello conoce de las necesidades, debilidades y ventajas de la entidad pública.⁶¹

- El financiamiento a políticos en campaña genera que tengan acceso directo a proyectos ofrecidos por el candidato, sea este acceso en cualquier campo o condición.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ International Transparency, *Global Corruption Report 2009: Corruption and the Private Sector 2009, Corruption and Private Sector*, citado en Castro y Ospina, *Derecho penal societario*, 336.

⁶¹ *Ibíd.*

- La directa participación de los medios de comunicación alterando la percepción que tienen los consumidores a través de los medios publicitarios, y mecanismos como: “i) el soborno directo a columnistas y medios y ii) el soborno indirecto a través de la compra de espacios de publicidad para mejorar la imagen de una empresa particular”.⁶²

Ahora, las conductas que hemos señalado y analizado corresponden a comportamientos comunes y generales en el ámbito empresarial y corporativo, por tanto, susceptibles de encontrarlas en distintas geografías a nivel continental, siendo necesario enfatizar en posibles casos análogos que han podido presentarse en nuestro país y legislación, siendo aún que no ha existido precedente jurisprudencial en materia penal que configure un estudio avanzado en la materia que nos concierne.

3.1. De los tipos delictivos en el derecho penal económico ecuatoriano

Como bien hemos tratado a lo largo de nuestro estudio, el derecho penal se ha visto en la seria obligación de ampliar su espectro de aplicación, saliendo de su esfera de responsabilidad individual hacia aquella que se deriva de los actos de organizaciones y, para nuestro caso especial, de las organizaciones empresariales.

Con ello, nuestro estudio abarcó en su recorrido aspectos generales de esta criminalidad e importantes aspectos conductuales que la caracterizan, dando paso ahora a los tipos delictivos más representativos en nuestro país cometidos especialmente por organizaciones y que, para ello, María Paulina Araujo, nos permite detallar.

a. El delito de pánico económico

A criterio propio del autor de este estudio, este tipo delictivo, en teoría, ha tenido bastante concurrencia en nuestro entorno, basados en todos los fenómenos que produce nuestra cultura y la política de las últimas décadas. Para la autora citada, este delito: “consiste en la realización de una maniobra fraudulenta, que puede consistir en la difusión de noticias falsas, sea a través de la prensa, la radio, la televisión o cualquier medio de comunicación; maniobra de la que vale decir, debe ser idónea para poner en situación de peligro al orden económico social”.⁶³

⁶² David Iller, “Corporate Lobbying’s New Frontier: from Influencing Policy-Making to Shaping Public Debate”, *International Transparency*, citado en Castro y Ospina, *Derecho penal societario*, 338.

⁶³ María P. Araujo Granda, *Derecho penal económico: Los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones 2010), 201.

En variadas legislaciones, este delito puede encontrarse en distintos capítulos, como pueden ser en el grupo de aquellos que atentan a la industria y al comercio, así también en los que atentan a la propiedad y, como refleja nuestro caso, en comparación al Código Penal antes vigente (1999) donde centraban estas conductas en el grupo de aquellos atentatorios a la fe pública, el nuevo Código Orgánico Integral Penal brinda un artículo específico para este caso y disgrega en varias secciones las otras conductas.

Siendo exactos, en su sección octava, artículo 307, se define al pánico económico como aquel que “La persona que publique, difunda o difunda noticias falsas que causen daño a la economía nacional para alterar los precios de bienes o servicios con el fin de beneficiar a un sector, mercado o producto específico, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”.⁶⁴

Es decir, se tipificó de manera individual esta conducta separándola del resto con los cuales, en el Código Penal anterior, se encontraban agrupadas, sin perjuicio de provocar también responsabilidades por los regímenes de protección a los consumidores vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

No es menos importante recalcar que, en esta sección octava, el legislador ha agrupado la categoría de delitos económicos con distintas conductas tales como el agiotaje, usura, divulgación de información financiera sometida a sigilo, ocultamiento y adulteración de información, varios tipos de defraudaciones, adulteración documental en el mercado de valores, falsedad en contratos de seguros y operaciones indebidas, lavado de activos, información falsa por lavado de activos, omisión de control de lavado de activos y simulación de importaciones o exportaciones.

Este agrupamiento de delitos confirma la teoría de la importancia de la responsabilidad penal de la persona jurídica por conductas cometidas, especialmente, en el desarrollo de actividades empresariales, ya que, como bien hemos analizado, muchos de estos injustos penales son cometidos en el seno de las mismas, evidenciando un importante desarrollo en nuestra legislación y un acierto por parte del legislador.

b. Los delitos contra la Administración Pública

Podríamos definir a este grupo de inconductas como aquellas que se presentan con mayor regularidad en nuestra región y, especialmente, en nuestro país. En nuestro Código Orgánico Integral Penal, se encuentran ubicadas en el capítulo Quinto, Sección Tercera, de los Delitos contra la eficiencia de la administración pública, abarcando con gran

⁶⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 307.

amplitud algunos tipos delictivos entre éstos el peculado, el enriquecimiento ilícito, el cohecho, la concusión, etc.

Estas conductas son aquellas que se encuentran ligadas o íntimamente vinculadas a la corrupción a nivel público y privado, pero afecta en demasía en el aspecto público por la mala distribución de los recursos del estado, beneficiando intereses particulares de un grupo de personas.

Paulina Araujo Granda, citando a Ernesto Garzón Valdéz, brinda una definición de corrupción, encajándola como:

La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo soborna o a quien extorsiona a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago del servicio extorsionado.⁶⁵

Este acto puede ser entendido de distintas maneras según la esfera en la cual se presente, pudiendo ser en lo privado, en lo público, en lo administrativo, en lo político, incluyendo subcategorías que la identifican y que resaltan particularidades para cada una de ellas, aspecto que no profundizaremos en este estudio. Pero que sí sirve de base para el grupo de delitos que analizamos a continuación.

i. El cohecho

Este tipo delictivo se encuentra establecido en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal, el cual, para la doctrina penal que señala la tratadista Araujo este consiste en aquella coima o soborno que un servidor público acepta o solicita a cambio de hacer o no hacer algo,⁶⁸ recalcando que dicha acción u omisión está enmarcada por cuestiones relativas a sus funciones; es decir, tal beneficio es extraposicional a la remuneración de su cargo.

Para ser merecedor de la pena por cohecho se deberá cumplir la circunstancia constitutiva de ser servidor público o actuar en virtud de una potestad estatal y, esta circunstancia tiene su lógica, pues el objetivo será recibir o aceptar, por sí o por interpuesta persona, algún beneficio económico indebido o de otra clase, para sí propiamente o un tercero, con la circunstancia complementaria de que haga, omita,

⁶⁵ Araujo, *Derecho penal económico*, 233.

⁶⁸ Araujo, *Derecho penal económico*, 246.

agilice, retarde o condicione cuestiones relativas a sus funciones, incluso aquellas justas u obligatorias de ejecutar.

Tomando el ejemplo del tratadista Arturo Donoso, citado por Araujo, el cohecho es entendido como aquella dádiva que el servidor público recibe del cohechador, que partiendo de una iniciativa intencionada y direccionada le convence de ejecutar un acto en su beneficio, como el aseguramiento en la adjudicación de un contrato presente o futuro.⁶⁹

La descripción genérica de este tipo delictivo constante en el artículo 280, nos habla del acto de aceptar o recibir dicho beneficio, con el objetivo de hacer, omitir, agilizar, etc., como ya hemos visto, pero a partir del segundo inciso el legislador nos habla de las situaciones lesivas al bien jurídico protegido que modifican la pena aplicable.

Siendo así que, para el caso de que el servidor público ejecute el acto o no realice el acto debido por el cual recibió dicha dádiva, la sanción privativa de libertad será de tres a cinco años; si el objetivo de mencionada conducta es cometer otro delito, el servidor público será sancionado con pena privativa de la libertad de cinco a siete años.

Empero, el mismo artículo en mención extiende la sanción a aquellas personas que corrompen al servidor público dando, ofreciendo o prometiendo con la dádiva o donativo para el cometimiento del ilícito, es decir, emplea como sujetos activos tanto al servidor público que realizará el acto como al cohechador que busca beneficios personales; con ello, las dos partes actúan a sabiendas del negocio fraudulento, es decir, dolosamente.

El inciso final del artículo analizado, contempla la eventualidad de determinar responsabilidad de la persona jurídica, y la somete a una sanción de disolución y liquidación y el pago de una multa pecuniaria; afirmando, una vez más, la responsabilidad de estos entes ficticios.

Como bien lo detalla el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, en los supuestos previstos en esta norma, las personas jurídicas también son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, y para ello, complementando el análisis de este apartado, los delitos económicos de mayor relevancia susceptibles de ser cometidos por éstas son: pánico económico, agiotaje, usura, divulgación de información financiera reservada, ocultamiento de información, falsedad

⁶⁹ *Ibíd.*, 248-9.

de información, defraudaciones bursátiles, falsedad documental en el mercado de valores, autorización indebida de contrato de seguro, operaciones indebidas de seguros, incriminación falsa por lavado de activos, omisión de control de lavado de activos, simulación de exportaciones o importaciones, pánico financiero, captación ilegal de dinero y falsedad de información financiera.

María Paulina Araujo coincide en manifestar que los delitos que hemos venido analizando se encuentran enmarcados en aquellos que forman parte de la corrupción criminalizada –como bien empezamos detallando- y principalmente porque afecta a la correcta administración pública y al principio de igualdad.

Cabe destacar que este tipo de delitos económicos, en razón de que su naturaleza exige o se corresponde principalmente a través del tránsito de dineros, son relativamente fáciles de ser cometidos por personas jurídicas, y en la mayoría de casos, con los propios recursos que generen.

4. Necesidad de instancias preventivas

Es menester, dentro de este apartado mencionar que, las normas penales que se han reformado con relación a implementar la responsabilidad penal de la persona jurídica, van de la mano de la obligatoriedad de aplicar métodos eficaces de prevención y descubrimiento de delitos internamente (llamado también *enforced self-regulation*) y que, incluso, en países como España y propiamente Ecuador, la reforma penal en este contexto, es un modo de atenuar o excluir dicha responsabilidad penal.

Pero tales medidas preventivas serán siempre cuestionadas en razón de que, en el supuesto de haber sido implementadas previo a la comisión del delito, refleja, de manera obvia, su falta de eficacia. En este contexto, delimitar las instancias preventivas merece las siguientes consideraciones.

El resultado de una determinación penal ya es evidencia suficiente de una falta de organización en la empresa, sin importar que haya o no empleado programas preventivos; pero, en el supuesto de una proyección de control ya podemos asumir que no del todo falta interés u organización. Pero el hecho no constituye un dogma o axioma irrenunciable, puesto que podrá también considerarse causas que impidan considerar falta de organización y, tomando las palabras de Zugaldía Espinar:

rigen aquí las reglas generales que impiden considerar que haya existido una deficiente organización de empresa en los casos en los que, por ejemplo, los órganos de dirección

de la persona jurídica han actuado ilícitamente pero con error de prohibición invencible (por haber sido mal asesorados tras solicitar un informe jurídico sobre sus posibilidades de actuación); cuando quien realiza el hecho de referencia no ha sido elegido por la persona jurídica, sino impuesto por un tercero (v. gr., en el curso de una intervención judicial), cuando el hecho se ha llevado a cabo burlando los controles que garantizan una actividad lícita de empresa o cuando se ha actuado en contra de las órdenes de respetar la legalidad impartidas por los superiores.⁷¹

Esta instancia preventiva, tal como lo menciona Cazorla González, no constituye una “garantía de exoneración o mitigación de responsabilidad penal, pero sí es el primer paso necesario para construir una cultura de empresa que permita que, en el caso concreto de que se trate, se haya ejercido adecuadamente el control debido exigido por la norma penal. No hay norma exculpatoria, sino solo objetiva y normativa”⁷² lo que a su vez quiere decir que, en este sentido se encuentra un vacío normativo profundo en ciertas legislaciones del *compliance*, puesto que, carece de carácter exculpatorio, y se concentra solo en una legislación objetivista y funcional, que atribuye su razón únicamente a la disfunción organizacional, sin tomar en cuenta la posibilidad de excluir en casos demostrados de organización empresarial.

Por ende, si se pretende determinar la culpabilidad de la persona jurídica por el hecho de no adecuarse a la norma –y sin considerar elementos valorativos– se debe dejar también la posibilidad de contar con causales de exculpación o exclusión de responsabilidad, cuando se haya acreditado que se emplearon programas de prevención acorde al giro de la organización y frente a los posibles riesgos expuestos; y, se debe apuntar por parte de los órganos legislativos cubrir esta deficiencia y equilibrar la balanza.

Ahora bien, a criterio de Jacinto Pérez, no bastará el hecho sencillo de acreditar que se contaba con programas de cumplimiento, sino que deberá acreditar que reúna los siguientes elementos:⁷³

- Evaluación de riesgo: Esto conlleva analizar los tipos penales en los que se puede incurrir en el giro de negocio, es decir, no todos los delitos son potenciales amenazas en las actividades que desarrolla la empresa, por ejemplo, si se dedica a actividades financieras como el otorgamiento de

⁷¹ José M. Zugaldía Espinar, *Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio): La Ley Penal, N.º 76* (Editorial La Ley, 2010), citado en Jacinto Pérez Arias, reseña de *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas* (2010), 195.

⁷² Luis Cazorla González, *A vueltas con el llamado compliance penal* (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011).

⁷³ Pérez Arias, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 197.

préstamos, deberá enfatizar el delitos como la usura, el fraude, la estafa, dejando de lado delitos como transporte de armas, droga, etc.; por ende, se debe analizar de manera hipotética y probable a fin de adaptar su prevención únicamente hacia los que si representan riesgos de responsabilidad.

Esta actuación evidencia la plena identificación entre la persona jurídica y su finalidad jurídica determinada, lo que a criterio de Pérez:

Es decir, la corporación, como ente lequía dirigida a un fin patrimonial, solo encuentra el reconocimiento jurídico de sus actos siempre que éstos se incardinan en el objeto determinado al que sirven, lo que permite deducir la escasa relevancia de aquellas conductas delictivas que no sean consecuencia de una forma de organización desviada de su propio objeto social.⁷⁴

Cabe aclarar, este análisis de riesgos se ve imposibilitado de incluir todos los supuestos prácticos en los que puede materializarse un delito o una conducta ilícita de carácter penal, pero vale su desarrollo.

- Establecer un código de ética o de comportamiento corporativo: Creación de políticas y protocolos que regule la voluntad y finalidad de la persona jurídica, y que se actúe bajo parámetros éticos y profesionales; toma de decisiones y canales de denuncia.
- Modelos de gestión: Principalmente para los recursos financieros, con el propósito de no cometer los delitos relacionados a tales actividades (actuar con debida diligencia).
- Informar posibles riesgos e incumplimientos: Reportar al organismo encargado de vigilar el correcto funcionamiento del programa de prevención (*whistleblowers*): “Esta monitorización suele producirse mediante informes periódicos sobre el grado de efectividad del programa, analizando el contenido y los resultados de las denuncias que se hayan tenido, los procedimientos internos seguidos, así como los procedimientos civiles y penales en los que se haya visto involucrada la persona jurídica”.⁷⁵
- Sistema disciplinario con capacidad sancionadora: Se basa en un sistema que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas provenientes del modelo.

⁷⁴ *Ibíd.*, 198.

⁷⁵ Carlos Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Navarra: Civitas / Thomson Reuters, 2012), 209, citado en Pérez Arias, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 199.

Tales requisitos se encuentran sometidos a una constante verificación y, de ser el caso, modificación, que responderán principalmente a cambios en la empresa en cualquiera de sus estructuras y que así lo amerite; y, por otro lado, un sistema sancionador (reactivo) que aplique adecuadamente las sanciones a las infracciones cometidas al programa. Adicional, se deberá tomar en consideración la socialización y sensibilización de los programas adoptados.

Todos estos elementos podrían considerarse para acreditar la implementación de un sistema *compliance* y aspirar a una posible exclusión de responsabilidad, donde sea coherente normar, a través de la Ley Penal, la implementación de éstos programas de cumplimiento –incluso su contenido expreso- y, de manera concordante, las causales de exclusión o exculpación que se puedan comprobar.

Así también, no dejar la atribución de determinación de responsabilidad penal a la norma y, por su parte, a los jueces o tribunales de justicia, la de excluir de responsabilidad o de calificar la eficacia de los programas, quienes únicamente podrán responder por su apreciación subjetiva. Es decir, que la norma misma contemple y determine esta última posibilidad.

Para recordar:

Un programa de prevención no puede consistir en un mero catálogo de buenas intenciones, sino en la adopción de un auténtico cuerpo normativo sectorial y particular de la corporación, fruto de un análisis profundo y especializado del derecho penal (en cuanto a los elementos típicos de los delitos que entran dentro del riesgo empresarial) y del derecho mercantil (en cuanto al análisis de las diversas maneras de formación de la voluntad de la corporación y de su exteriorización al mundo real).⁷⁶

⁷⁶ Pérez Arias, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 200.

Capítulo segundo

Compliance y compliance officer

1. Aspectos introductorios al *compliance* y generalidades

Es inevitable, en la actualidad y en nuestro medio, referirnos al *compliance* como un método de control y prevención de manera amplia y general, pero no es menos cierto que conformarnos a entenderlo de tal manera sería resignar nuestro estudio a meras acepciones modernas.

El *compliance* incluye, si bien es cierto, políticas de control y prevención, es además todo un sistema conductual que ejerce vigilancia como medio preventivo de conductas delictivas, que es operado a través de agentes especializados, generalmente en empresas, y que ha llevado a ganar importante relevancia en las diferentes tendencias regulatorias a nivel global (particularmente en Europa y Norteamérica).

Es importante destacar que este concepto configura todo un programa acertado de regulaciones preventivas a favor de la compañía en aras de evitar ilícitos penales, entendido como “un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos”.⁷⁷

Pero a su vez, tampoco resulta conveniente limitar a todo este proceso de regulación y cumplimiento a una determinada materia del derecho (siendo este tan amplio como la misma evolución social), por tanto, el *compliance* es aplicable en la actualidad a todos los campos que ameritan control y seguimiento, entre estos, el derecho de regulación de mercados, derecho tributario, derecho comercial, entre otros; y que, para cada caso, se adapta incluso en su concepción general para ser identificado como *compliance*. Citando algunos ejemplos el *anti trust compliance*, *criminal compliance*, *tax compliance*, *trade compliance*, etc.

Ahora bien, si tal es la relevancia que ha ganado esta tendencia regulatoria y de cumplimiento, debemos identificar la finalidad que cumple dada su importancia y

⁷⁷ España Revista World Compliance Association, “Acerca del *Compliance*”, *World Compliance Association*, accedido 27 de abril de 2021, <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>

modernidad, para ello, Urbano Castrillo lo manifiesta como “una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos derivados de fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas”.⁷⁸

Toda práctica de estas funciones conlleva, obligatoriamente, a abarcar aspectos empresariales que componen todo el engranaje para un correcto funcionamiento, es decir, no basta la función aislada e independiente del *compliance* para configurar una certera práctica de prevención con resultados inmediatos, pues, esto significaría llevar a cabo una evaluación incompleta, limitada únicamente a la forma de empleo o labor del *compliance* dentro de la empresa, evento que no reflejaría el propósito de sí misma, el cual es presentar resultados a nivel empresarial frente a sus propias actividades en todo el sector productivo al cual pertenezca.

Es en este sentido que, haciendo alusión a las normas ISO 19600, que regula los sistemas *compliance*, el autor cita:

ISO 19600, como un guía de referencia internacionalmente aceptada, para organizaciones de cualquier tipo, para una implementación, mantenimiento y evaluación eficaz de un Sistema de Gestión del *Compliance* (cumplimiento), con el objetivo de dotarla de herramientas basadas en las mejores prácticas internacionales, éste se basa, en palabras del autor en cita, en la mejora continua en materia de:

- Cumplimiento legal
- Transparencia
- Ética corporativa
- Buen Gobierno

A juicio del autor los elementos clave en el sistema de gestión de *compliance* que establece ISO 19600 son:

- Involucrar a órganos de gobierno, dirección y resto del personal.
- Contar con recursos suficientes.
- Integrar el sistema en la actividad diaria.
- Hacerlo “cultura de empresa”⁷⁹

Como vemos, se abarcan varios de los elementos indispensables de las empresas modernas para aspirar a resultados prometedores al implementar políticas de *compliance* en sus organizaciones, siendo entre éstos, el funcionamiento de un Buen Gobierno Corporativo, mantener la ética corporativa, ser transparente en el desempeño de las actividades encomendadas; así también, evitar los problemas de agencia, a través de la participación conjunta de todos los niveles de trabajo y, principalmente, hacer de esta

⁷⁸ Eduardo Urbano Castrillo, *Documento oficial sobre la “función de compliance”* (Basilea: 2004) 41, citado en Ignacio Lledó Benito, reseña de *Corporate compliance: La prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*, (2018).

⁷⁹ *Ibíd.*

política de prevención su cultura empresarial, tal cual se ha destacado en el texto antes citado.

Todo lo que involucra el proceso *compliance* nos hace pensar, en una primera impresión, que se trata de toda una consecución de pasos y etapas en las que participan distintos actores, y debemos obligatoriamente imaginar que este proceso será a mediano y largo plazo, donde se tendrá que contar con elementos adicionales, tales como equipos de auditoría, gestores encargados del control externos en sus áreas específicas, y demás. Por tanto, como mecanismo de control a confiar:

Se deberían establecer controles para gestionar las obligaciones de *compliance* identificadas y los riesgos de *compliance* asociados y para alcanzar el comportamiento deseado. Y para ello la organización se debería asegurar que los procesos externalizados son controlados y se realiza seguimiento de los mismos. En definitiva, se trata de contar con auditorías internas que detecten “mala praxis”, se documenten los fallos para preparar acciones correctoras y contar con planes anuales de *compliance*.⁸⁰

Ahora, si bien queda claro cuál es el posible ámbito de aplicación del *compliance*, su finalidad y todos aquellos elementos que involucra su operación, nos vemos en la obligación de analizar su operatividad, es decir, profundizar en aquellos impactos en la práctica para las empresas que decidan adoptar este sistema de control, regulación y cumplimiento normativo, entendido, por supuesto, como un proceso idóneo de prevención de conductas delictivas, pues ahí radica su importancia y el carácter decisivo de comprometer tal adopción.

Para eso es importante preguntarnos, ¿qué ganamos con la implementación de *compliance* en la organización?, ¿qué arriesgamos sin poner en práctica un sistema de cumplimiento como es el *compliance*? y, por último, ¿qué costes se deben tomar en cuenta para aplicar un sistema *compliance* en una empresa?

Para solventar tales inquietudes, debemos entender lo que en un inicio de nuestro estudio recalcamos, y es que, la sociedad se encuentra en constante evolución, en un continuo desarrollo de diversas estrategias de mercado y comercio, que implican inminentemente nuevos mecanismos de interacción, nuevas modalidades contractuales, que involucran nuevos gestores y agentes en todos sus niveles de participación.

Con esto, aterrizamos en la idea de que las empresas se encuentran, por su propia naturaleza comercial, sujetas a hacer uso de todos estos mecanismos de interacción, propendiendo a crecer, expandirse y ganar mercado en su giro de negocio.

⁸⁰ *Ibíd.*, 42.

Esto sin duda, revela que con el crecimiento de la organización se requiere el contingente de mayor personal operativo, que se encargará de gestionar las distintas labores encomendadas, sean estas por órdenes de superiores o, siendo éstos aquellos superiores que adopten decisiones y ejecuten los planes de acción de dicha organización.

Este fenómeno implica que la actividad empresarial se encuentra en su totalidad sometida al comportamiento humano, a su capacidad de decisión y, hasta en cierto punto, a su libre criterio y albedrío, provocando un estado de vulnerabilidad frente al cumplimiento de las normas que propende el cometimiento de un delito, o, en su defecto, toda omisión que conlleve a configurar una conducta ilícita; siendo estrictamente necesario, adoptar estos programas de prevención como una cultura corporativa.

Contestando a la primera interrogante planteada, es evidente que implementar un sistema de prevención, regulación y cumplimiento trae ventajas frente a posibles contingencias, evitando sanciones, multas y daños a la reputación e imagen empresarial (algo que se valora en demasía en la actualidad en las empresas); genera una cultura de buenas prácticas, ética y conducta frente a sus grupos de interés y genera confianza en todas las actividades que se realizan en sus distintos niveles de participación.

Con esto damos paso a contestarnos la segunda pregunta y, para ello, es evidente que, tal cual se lo ha manejado hasta la actualidad, mantener un mismo sistema de control no *compliance* deja expuesta a la organización a ser violentada con las nuevas formas delictivas que hemos anunciado a lo largo de nuestro estudio, sin desmerecer que se hayan encontrado resultados óptimos, que han generado seguridad en el desarrollo de las actividades propias de la empresa.

Pero nuestro tema de estudio no encontraría relevancia si la situación actual de las organizaciones fuera por demás segura y, por sobre todas las cosas, en aras de justificar las tendencias modernas de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se estudiaría a nivel global aquellas intenciones destinadas a regular los nuevos mecanismos delictivos y pretender ejecutar un sistema sancionatorio penal para dichas personas jurídicas. Por tanto, vemos necesario ahondar en el tema de la prevención a este nivel.

Sin duda, el preámbulo nos encamina a sobrentender que los diferentes mecanismos delictivos que se emplean en la actualidad afectan tanto a empresas (sean estas ficticias o creadas para dicho acometido) como actoras de conductas reprochables, así como aquellas a las cuales se afecta en la relación o interacción mercantil.

Esto, como consecuencia de la continuidad y fenómeno moderno, ha llevado a entender que es en especial manera que se usa a tales empresas actoras del ilícito, bajo la

condición de que hasta entonces no podía ser castigada dicha conducta porque no encontraba todos aquellos elementos que se configuraban para la determinación de una responsabilidad atribuible a un sujeto específico.

¿Qué se arriesga entonces de esta manera?, para el caso de empresas creadas con un objeto lícito, su continuidad, buena reputación, contingente profesional y el acceso a la utilidad generada a favor de sus socios o accionistas, puesto que, del resultado de una posible determinación de responsabilidad o con la consecución de un ilícito delictivo, genera multas, reparaciones y demás gastos en los cuales se deberá incurrir por la falta de prevención; fondos que, en la mayoría de casos, se encontraban a favor de la propia compañía, destinados a aumentos de capital, inversión, así como dividendos para sus socios.

En cuanto a la tercera interrogante, Eduardo Urbano sostiene que:

Debe estudiarse si la prevención de la pérdida social que suponen los delitos de corrupción compensa los costes sociales que inevitablemente se van a tener que asumir de obligar a toda la empresa con riesgos penales en ese ámbito a implementar medidas anticorrupción. No obstante, entendemos que, ponderando los múltiples factores en juego, la balanza parece inclinarse a favor de la adopción de medidas punitivas que fortalezcan la obligatoriedad de implementar protocolos de prevención de riesgos penales en el seno de las personas jurídicas.⁸¹

Si bien el coste de la implementación del *compliance* es elevado, este se justifica frente a toda la posible pérdida que se genere sin un sistema de control que resulte en futuros gastos que excedan por demás toda inversión para prevención anticorrupción. Siendo a su vez que, tampoco se ha verificado que la implementación de estos sistemas de control constituya impedimentos o desincentivos para creación de nuevas empresas u organizaciones.

Es entonces que, a criterio del autor y, propiamente de las nuevas corrientes de control preventivo, los costes de asumir un sistema de cumplimiento se justifican en cuanto no pretenden acabar con la actividad empresarial y, por el contrario, evitan futuros gastos que conlleven una posible quiebra o desfinanciamiento de la compañía y que involucren pérdidas sociales irre recuperables.

⁸¹ *Ibíd.*, 43.

1.1. De la autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial

La capacidad de las organizaciones sociales y, especialmente las empresariales, para tomar decisiones sobre sí mismas refleja un nivel superior de capacidad que se aleja del poder individual, y que muy por el contrario, refuerza las teorías de la independencia de las personas jurídicas frente a aspectos de regulación y responsabilidad.

Por ende, nos podemos plantear la confrontación de entender el origen de esta capacidad de decisión, que no es más que referirnos a una autoorganización y autorresponsabilidad empresarial.

Estas facultades de autoorganización y autorresponsabilidad de las organizaciones empresariales no resulta una idea descabellada o ajena sin precedente de estudio, de hecho, Carlos Gómez Jara Diez nos explica la reflexión de entender este actuar en analogía a lo que presenta la teoría de los sistemas sociales autopoieticos,⁸² que ha servido de base para sustentar los postulados a favor de la responsabilidad penal empresarial.

Un sistema autopoietico es, en síntesis, un sistema que se produce a sí mismo, que produce y reproduce los elementos a partir de los cuales está constituido, y que para efecto de aplicación en la esfera jurídica de las empresas, adquiere características sumamente importantes, como son la autonomía, autoadministración, autoconducción y autoorganización.⁸³

Para el autor que citamos, este sistema se encuentra compuesto principalmente por comunicaciones y que, en coincidencia con otras teorías de la organización, resaltan esta capacidad y valores propios de las organizaciones empresariales, que se alejan de las actuaciones y decisiones tomadas por individuos.

Pero no podríamos manifestar que esta facultad prescinde en su totalidad de la participación de personas, ya que son los individuos las unidades básicas del sistema y que son ellos quienes interactúan a través de las comunicaciones, y siendo más específicos, de la comunicación de decisiones en sus diferentes tiempos (conexión entre decisiones).

A decir de estas unidades, es importante recalcar que producto de la independencia que gana la organización empresarial, es esta misma la que controla la condición de miembro de la organización, y que dicha condición se remite a las estructuras internas del

⁸² Carlos Gómez Jara Diez, "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 08-05 (2006): 05:2.

⁸³ *Ibíd.*, 05:4.

sistema, siendo inevitable que la calidad de miembro “va a simbolizar la vinculación entre normas de la organización y las normas de pertenencia – que no es otra cosa que la vinculación entre las estructuras del sistema y los límites del sistema”.⁸⁴

Ahora, profundizando un poco en el tema de la autorreferencialidad de la organización, si bien nos quedan claro los aspectos iniciales de esta característica autopoietica, debemos poner de manifiesto que la comunicación a través de la conexión de las decisiones de distinto nivel muestra, a decir del autor citado, una clausura operativa del sistema organizativo. Esta clausura operativa consiste en entender que las actuaciones de las organizaciones empresariales se sustentan en las llamadas premisas de decisión, y que, así como el proceso cognitivo de los seres humanos y de las sociedades, estas actuaciones deben corresponder a dichas premisas.

Es, entonces, que este presupuesto de cognición en los sistemas autopoieticos se configuran en una característica de doble cierre –a palabras del autor-, que hace referencia a dos procesos que sirven para configurar, a su vez, el proceso cognitivo de la organización. El primero es aquel cierre simple, con el cual todas las decisiones se toman en base a las premisas de decisión del sistema anteriormente determinadas y que, con el cual, se ha de calificar si dichas decisiones han sido positivas, negativas, etc.

El segundo cierre radica en que el proceso de decisión no solo depende de las premisas de decisión planteadas, sino que la organización tiene la capacidad de tomar decisiones frente a sus propias premisas de decisión (conocido como planificación), lo que significa que, en su autonomía, así como los humanos las organizaciones son máquinas históricas, más no triviales.⁸⁵

Para efectos de un mejor entendimiento, cabe aclarar que estas premisas de decisión son de distintos tipos, y que se forman en estructuras de expectativas que permiten el funcionamiento continuo de la organización. Por ejemplo: programas de decisión, que son aquellos que se conciben como condiciones reguladoras en el decidir de la organización; las vías de comunicación, que están destinadas a decidir si una decisión es reconocida o no, si tiene o no efectos vinculantes; personal, se trata de las características personales que conduzcan a una mayor selectividad del personal.⁸⁶

Estas características que hacen de la empresa un sistema autopoietico nos explican todo ese proceso cognitivo o autónomo de las organizaciones, que reflejan, por supuesto,

⁸⁴ *Ibíd.*, 05:7.

⁸⁵ *Ibíd.*, 05:9.

⁸⁶ *Ibíd.*, 05:11.

todo un ámbito interno de su accionar. Es decir, en otras palabras, nos explican el carácter autorreferencial de la misma, pero, ¿qué sucede con la organización y sus premisas de decisión frente al entorno de la organización?

Para contestarnos esta interrogante debemos mencionar también que existen premisas de decisión que se enfocan en todo el acontecer externo de la organización, que es a lo que identificamos como heterorreferencialidad.

La heterorreferencia de la organización no es más que la propia construcción de su realidad externa o del entorno, ya que su acceso cognitivo es limitado en comparación a su proceso interno. Esta construcción del entorno no es discutible en razón de que es apreciado según su grado de impacto, por ello el autor lo caracteriza como una experiencia de irritación, ruido o perturbación para la organización⁸⁷ que servirán para generar su propia información (rutinas cognitivas).⁸⁸

Frente a esto es prudente citar que:

en el marco de la teoría autopoietica, se observa que, en realidad, todas las premisas de decisión autorreferencialmente constituidas, se encuentran en un contexto de rutinas cognitivas [...] En este contexto, las rutinas desempeñan un papel importante en relación con el Derecho Penal, ya que obtienen un significado notable en el marco de organizaciones con tendencia a fallar.⁸⁹

Ahora bien, resaltado como ha sido estos aspectos de autorreferencialidad y heterorreferencialidad que dotan de capacidad a las organizaciones, creemos necesario también conducir el estudio de otra cualidad importante que destaca en las mismas, y esta es aquella autorreferencialidad no decidible.

Como hemos visto, incluso aquellos códigos que permiten tomar decisiones a nivel interno de la organización (premisas de decisión) pueden variar según la necesidad de esta, pero es importante señalar que, contrariamente, existen premisas de decisión que no pueden ser decidibles, que no permiten variar su orden o actuación. Estas premisas corresponden a la cultura empresarial de la organización.⁹⁰

Para el autor, esta cultura empresarial sirve de orientación para diferenciarse de los sistemas del entorno y tener una individualidad distintiva, que no es decidible pero sí cumple una función identificadora y que, además, las soluciones que se brinden a través de la cultura empresarial no pueden ser imputadas a decisiones de la organización; y, más

⁸⁷ *Ibíd.*, 05:12.

⁸⁸ *Ibíd.*, 05:13.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*, 05:14.

allá, podríamos también entender que la vigencia de esta cultura puede cuestionar la vigencia de una norma del ordenamiento jurídico aplicable.

En otras palabras, esta cultura corresponde a una práctica consuetudinaria redundante, que dota de expresión a la conciencia de pertenencia y a sus exigencias con respecto al Derecho y a la moral, esta constituye “los valores de la organización acuñados por la historia del sistema organizativo”,⁹¹ permitiéndole diferenciarse de otras organizaciones empresariales bajo el mismo entorno.

2. *Compliance* y *compliance officer* frente a la responsabilidad penal

Como resultado del análisis llevado a cabo a lo largo de nuestro tema de estudio, no es ajeno que nace del diagnóstico criminal de las grandes empresas por actos ilícitos cometidos especialmente a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, que la doctrina moderna haya considerado dentro de sus grandes aportes jurídicos el imputar responsabilidades penales a dichas organizaciones y que, traspasa la tendencia doctrinaria clásica que defiende a la individualidad de la persona natural como único responsable de todo acto doloso y culposo que desencadene en consecuencias penales reprochables.

En la actualidad, tal tendencia doctrinaria es defendida por varios tratadistas y, de hecho, existe ya normativa sancionadora para las empresas a nivel global y que, en parte, hemos compartido en este estudio.

Profundizando en esta corriente, que es el tema medular de nuestro desarrollo investigativo, debe reconocerse el aporte de Zugaldía Espinar, para quien se debe rescatar tres premisas fundamentales para el análisis de la responsabilidad jurídica de las empresas, siendo de esta manera:

- Debe tenerse en cuenta que el viejo debate sobre si se debe (desde el punto de vista político-criminal), y si se puede (desde el punto de vista dogmático), exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas, hoy en día es una cuestión del pasado. La respuesta ha de ser forzosamente afirmativa.
- Debe reconocerse por otra parte, que aun en el supuesto de que no hubiese sido así, está claro que la voluntad de nuestro legislador ha sido hacer caso omiso de debates academicistas y, por razones de necesidad y puramente pragmáticas, ha considerado una extensión del sujeto del Derecho Penal –admitiendo a las personas jurídicas– justificado intrínsecamente en la necesidad de combatir la criminalidad económica organizada.
- Corolario de todo lo anterior, el problema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas toma causa en la necesidad de establecer los criterios normativos de imputación,

⁹¹ *Ibíd.*, 05:15.

que permitan atribuir un delito a una persona jurídica (esto es, en la elaboración de una teoría jurídica del delito –o teoría de la imputación– de la persona jurídica).⁹²

En un primer enunciado, concluye la firme realidad de desprenderse de ciertas teorías clásicas donde no contemplan responsabilidades penales a personas jurídicas, es decir, confirma que se debe considerar este tema y trabajar en pro de perfeccionar estándares o parámetros para una correcta aplicación.

Esto conjuga con su segunda premisa, en la cual plasma la subjetividad de los legisladores modernos al entender que existe la moderna necesidad de controlar efectivamente la criminalidad económica organizada y, si se quiere entender ampliamente, pone de manifiesto que este tipo de criminalidad ha servido de motivación para trabajar en proyectos de control y prevención. Y, más allá de lo enunciado, amplía a las personas jurídicas como sujetos del derecho penal.

Y, como tercero, hace hincapié en lo que, a criterio de muchos doctrinarios, es el principal problema de la responsabilidad de las personas jurídicas, y es en el establecimiento de criterios normativos para una posible imputación; es decir, elaborar todo el acervo jurídico aplicable y acorde a las categorías dogmáticas del delito para sustentar la imputación a un ente ficticio.

A criterio de los autores Aguilar, Jiménez y Blas, es necesario ligar los conceptos de *compliance* y de responsabilidad penal, dado que la amplitud y libertad con la que se puede hacer uso del concepto *compliance* no permite focalizar en una única rama o especialidad; siendo así necesario que, exista compenetración de ambos conceptos y ser familiarizados para la aplicación en el sector empresarial. Con ello, los mismos destacan que es imprescindible determinar objetivos con líneas concretas de actuación para este sector, y que se remite:

- Formar un criterio propio sobre el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo concreto sobre las medidas preventivas razonables y convenientes a adoptar en función de las posibles consecuencias prácticas.
- Intentar alcanzar unos estándares mínimos razonables que puedan servir de guía para las sociedades en general, señalando la imposibilidad de establecer «criterios universales» aplicables para todo tipo de empresas u organizaciones, dadas las grandes diferencias existentes en cuanto a tamaño, organización, actividades, riesgos, pertenencia a sectores regulados o no, etc.
- Conseguir que esos estándares mínimos puedan constituir un referente general y accesible, que puedan servir de pautas orientadoras para los órganos jurisdiccionales

⁹² Jesús Aguilar Sáenz, Francisco Jiménez Rodríguez y Carolina Blas Herrero, *Compliance: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la mediación organizacional* (Madrid: Editorial Tebar, 2018), 61.

cuando tengan que examinar algún caso en el que se plantee la posible responsabilidad penal de una persona jurídica.⁹³

Como vemos, estas líneas de acción pretenden adaptar o acomodar el sistema de regulación o control a la propia naturaleza de la empresa, aclarando que no se podrán establecer criterios universales o generales puesto que cada una de ellas conserva sus propias características, y, más importante aún, pretende brindar parámetros mediante los cuales, la autoridad competente, en un supuesto de posible responsabilidad penal, pueda basarse para formar su criterio referente al caso.

Si analizamos tal canal de acción pretendido por los autores, podemos verlos desde dos aristas diferentes:

La primera, que guarda la buena intención de aportar para los órganos jurisdiccionales con estándares o parámetros que sirvan de análisis o primeros indicios para formar su criterio frente a una responsabilidad penal atribuible, pero que, tales parámetros, por la propia adaptación a la naturaleza de la empresa, no serían de carácter vinculante para el juzgador o autoridad competente.

Es decir, no sale de la esfera de análisis general del juzgador, en cuanto a que su trabajo, sea en un caso de responsabilidad penal de una persona natural o de una persona jurídica, es analizar la casuística propia del acto, convirtiendo a esta línea de actuación, en meras sugerencias frente a un caso concreto, dado que, no aportaría algún elemento diferenciador en las actuaciones del juzgador frente a un caso de responsabilidad de una persona jurídica, provocando –eso sí y como mucho- crear en él un ambiente de claridad frente a los hechos.

Y, segunda, que toda actuación de la autoridad competente debe estar ceñida a una norma sustantiva o procedimental que permita tener el peso necesario para valorar tales estándares creados específicamente para la empresa, es decir, que deberá constar en una norma con peso de ley la obligación de valorar positivamente y, para efectos de identificar el acto ilícito y formar una teoría del caso, todas aquellas políticas de regulación, control y prevención; caso contrario, serán elementos de análisis sin una particularidad especial para éstos casos.

Continuando con la línea sugerida de los autores Aguilar, Jiménez y Blas, quienes manifiestan que, una vez que se han destacado las consideraciones de vincular el

⁹³ Aguilar Sáenz, Jiménez Rodríguez y Blas Herrero, “Compliance: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la mediación organizacional”, 61.

compliance con la responsabilidad penal de la persona jurídica, es procedente relacionar algunos criterios propios del ámbito empresarial que se encuentran íntimamente conectados, a fin de considerar todo el aparataje necesario para una posible responsabilidad. Dentro de éstos se señalan tres conceptos:

- i. La ética aplicada a los negocios, dentro del cual se deben destacar principios que presidan su normal desarrollo, transparencia, responsabilidad e integridad corporativa; así como las especiales consecuencias que se derivan del accionar propio de la empresa en el ámbito público, como privado.
- ii. Brindar especial atención a la relación que existe entre la ética y la responsabilidad social empresarial, así como la relación entre el código de conducta y las mejores prácticas empresariales, todo esto con la finalidad de tener un ambiente claro para la implementación de programas *compliance*, que deberá ser acorde a la naturaleza de la organización.
- iii. Las normas y principios que han de regir la implementación de un gobierno corporativo efectivo y eficiente; configurado –como debe ser normal- por buenas prácticas y principios de gobierno corporativo y la atención que este debe tener con los *stakeholders*.⁹⁴

Adicional, dentro del aporte doctrinario, se analiza la complementación de aspectos operativos en cuanto a estructuras, roles y responsabilidades que se deben tomar en cuenta para una correcta aplicación del sistema y su funcionamiento:

- La estrategia corporativa, los procesos de liderazgo y los que afectan a los procesos de tomas de decisiones.
- Las pautas que la empresa va a determinar o la dinámica que va a utilizar con referencia a los programas de *compliance*.
- Las herramientas que se van a emplear para el adecuado control de la gestión del gobierno corporativo, y la estructura con que se va a dotar a los órganos de control y supervisión de *compliance*, que vayan a existir en la entidad, con independencia de esta estructura sea interna o externa a la propia organización.⁹⁵

Es decir, todos aquellos instrumentos que aseguren dinamizar de manera armónica el sistema de *compliance*, de acuerdo a todos los posibles involucrados en las relaciones empresariales, diferenciando a su vez, que la implementación de un buen gobierno corporativo y su gestión, tiene que ser ajeno al rol de control que sobre este se ejerza y, también, frente al control que se realice por parte de los órganos de auditoría interna.

⁹⁴ *Ibíd.*, 61-2.

⁹⁵ *Ibíd.*

Todos estos aspectos de análisis del comportamiento empresarial y todos sus factores relevantes como preámbulo del estudio de la determinación de la responsabilidad nos lleva a identificar la piedra angular de la problemática generada, y es aquella que configura las dificultades jurídicas para identificar tanto la determinación normativa de las competencias, la imputación jurídico penal y, la identificación de un verdadero responsable.⁹⁶

Bacigalupo, quien ha sido citado por los autores, plantea la problemática principal de los hechos delictivos derivados de una empresa, pues recalca la división que se originaría entre responsabilidad y acción, planteando las nuevas interrogantes a las cuales se enfrenta dicha problemática, siendo estas: “¿Hasta qué punto y bajo qué condiciones el que actúa realmente como representante puede ser perseguido como tal?, ¿Hasta qué punto y bajo qué condiciones puede ser responsable penalmente la empresa misma?”.⁹⁷

El programa *compliance* debe - más allá de su función reguladora y de control-pretender ayudar a esclarecer hechos derivados de negligencias o malas prácticas conductuales, lo que, para el autor citado, da origen al problema de considerar que, con el simple hecho de demostrar la existencia y correcta aplicación de dicho programa, sería posible evitar una sanción, o configurar una impunidad.

Es decir, que los criterios de organización de la empresa sean valorados para no aplicar sanciones; lo que, como consecuencia inmediata, lleva a considerar el origen de una segunda problemática, puesto que, si es un elemento para considerar impunidad, pues bien, no es un elemento que desmienta o descarte el acto ilícito, por tanto, el problema radica en detectar y probar la responsabilidad en que se haya podido incurrir.

Tal identificación del comportamiento que conlleva una responsabilidad, resultaría complejo atribuir a un alto cargo directivo cuando dicho comportamiento ha sido ejecutado por los empleados a su cargo.

Este análisis ha sido uno de los pilares que refuerza la teoría de atribuir responsabilidades no solo a los autores materiales del acto ilícito, sino también a la empresa misma como organización, puesto que, resultado de las nuevas modalidades delictivas que han nacido y que se ejecutan a través de las actividades empresariales, tales como el crimen organizado, atentados al medio ambiente, delitos económicos, entre otros, nacen impedimentos jurídicos, vacíos normativos que no permiten sancionar, es por ello

⁹⁶ *Ibíd.*, 64.

⁹⁷ *Ibíd.*

que, es inevitable abordar nuevas tendencias y corrientes del derecho que permitan tales objetivos.

Adentrándonos en el tema, la doctrina que respalda la falta de capacidad para atribuir responsabilidades penales a las personas jurídicas enfatiza que su propia naturaleza impide tal imputación, puesto que, no cumpliría con los preceptos elementales, siendo éstos las categorías dogmáticas del delito, para configurar tal atribución, especialmente tomando en consideración que el ente ficticio no posee capacidad propia de acción, por tanto e inevitablemente, no podríamos considerar que sus actos tengan voluntad propia y, en consecuencia, no podría ser sometida al reproche social y que cumpla con los reparos producto de su culpabilidad.

En países de Europa, tal es el caso de España, la reforma llevada a cabo a su norma sustantiva penal acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas, consiste principalmente en adecuar o implementar un “debido control” de las actividades de estas, tal control deberá ser abordado acorde a sus dimensiones (es decir, deja un margen abierto de adecuación) y, por tanto, la norma reformada no podría interpretarse como una norma de aplicación específica o taxativa.

Esto nos lleva a pensar que, en países como este, se debió considerar el regular a las actividades empresariales, en sus acciones u omisiones que generen ilícitos, por su gran impacto o magnitud, en normas o cuerpos normativos penales de aplicación directa y específica, generando una importante relevancia a nivel global.

Es menester citar la perspectiva de Nieto Martín frente a la responsabilidad, quien detalla que la responsabilidad colectiva sirve para reforzar la responsabilidad individual, puesto que, la finalidad es que las personas jurídicas adopten medidas que sirvan para impedir el cometimiento de actos ilícitos y, de ser el caso que éstos llegaren a ser perpetrados, sirva para esclarecer los hechos y permitan ser denunciados ante la autoridad.⁹⁸

A este procedimiento el autor lo llama *selfpolicing* y conecta con un axioma empírico bastante real y palpable en nuestro medio frente a este tema, y que consiste: “la empresa se encuentra en mejores condiciones que el Estado para controlar el comportamiento de sus agentes o empleados. Existen buenos motivos para considerar que

⁹⁸ Aguilar Sáenz, Jiménez Rodríguez y Blas Herrero, “Compliance: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la mediación organizacional”, 66.

un Derecho Penal de doble vía (colectiva a la persona jurídica e individual al autor material de la infracción) permite alcanzar este objetivo de forma más eficiente”.⁹⁹

La importancia de las empresas y, como no, su impacto económico a nivel mundial hacen de la gestión empresarial uno de los sistemas generadores de recursos más importantes en la actualidad, en consecuencia, no es lo mismo hablar de empresas que operaban hace más de medio siglo atrás que las que ahora predominan en los grandes mercados, y menos aún, comparar sus condiciones; por tanto, si lo que se pretende es normar aspectos de estas organizaciones, pues, obligatoriamente, se deberá tomar en cuenta todas las nuevas circunstancias que abordan su existencia.

Frente a esto, podemos dilucidar un problema no menos importante con relación a este objetivo, y es que, quienes deban enfrentarse a la creación de los presupuestos que deberán considerarse para determinar una responsabilidad penal de una persona jurídica, deberá también encargarse de hacer espacio para otro problema consecuente: las afectaciones en su contexto reputacional.

Pues si bien una determinación de responsabilidad penal afecta de manera directa tanto a pequeñas como grandes empresas, es de reconocer que aquellas más cotizadas resultan con mayores perjuicios a futuro, puesto que, se encuentra demostrado que un problema de esta naturaleza afecta al costo de sus acciones mientras son investigadas, sin descartar también, que esta afectación pueda continuar incluso después de la investigación o de un posible sobreseimiento.

Entonces, ineludiblemente llevaría al legislador a considerar implementar pautas interpretativas de las normas legales que deberán emplearse para iniciar una investigación penal en contra de estas empresas cotizadas.

Estas consideraciones expuestas, no hacen más que reforzar la intención de contar con un sistema de control específico dentro de la empresa, a fin de que, a través de este, pueda controlarse a sí misma y evite situaciones delictivas con el cumplimiento de sus principios éticos rectores y, a su vez, estar en armonía con la norma que pretende aplicar el “debido control”, con lo cual, las empresas en su afán de cumplir con tales preceptos, deberán aplicar los distintos métodos novedosos de sometimiento a la regulación y control.

⁹⁹ *Ibíd.*,

2.1. De las 40 Recomendaciones del GAFI/FATF

El Grupo de Acción Financiera Internacional (conocido como GAFI) es un organismo inter gobiernos nacido en 1989 por sus representantes y sus jurisdicciones miembros, el cual reúne recomendaciones que consisten en recopilar los estándares internacionales más reconocidos para combatir y actualmente prevenir el lavado de activos y el financiamiento de delitos, el terrorismo, el financiamiento de la proliferación y otras amenazas que atentan a la integridad de los sistemas financieros internacionales, las cuales integran diferentes medidas financieras, legales y de conducta que los países deben implementar acorde a las políticas del derecho internacional y que pueden ser aplicables al sector público, como el privado.

Estas medidas cumplen a su vez un rol guía para los países que las aplican, ya que como es natural, cada país posee circunstancias particulares tanto en sus sistemas financieros, como legales, convencionales, etc.

Estas recomendaciones establecen medidas esenciales que los países deberán implementar para cumplir con seis objetivos principales, que son:

- Identificar los riesgos, y desarrollar políticas y coordinación internas;
- Luchar contra el lavado de activos; financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación;
- Aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados;
- Establecer poderes y responsabilidades (por ejemplo. Autoridades investigativas, de orden público y de supervisión) y otras medidas institucionales;
- Mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de sobre el beneficiario final de las personas y estructuras jurídicas; y
- Facilitar la cooperación internacional.¹⁰⁰

Cada cierto tiempo, los países miembro se reúnen para realizar las rondas de evaluaciones mutuas, para dar paso posteriormente, a la revisión y actualización de sus recomendaciones en cooperación con distintos organismos internacionales, como la Organización de Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, entre otros, y contemplar nuevas o futuras amenazas emergentes y que requieran de posibles contingentes.

¹⁰⁰ Grupo de Acción Financiera de Latinoamerica, *Estándares Internacionales sobre la lucha contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo, y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva*, 2020, 18-23, <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/publicaciones-web/4013-recomendaciones-metodologia-actdic20-1/file>.

Abundando en nuestra temática, haremos un breve repaso de las recomendaciones aproximadas a nuestro estudio y que conservan mayor importancia frente a las conductas delictivas y el rol de las normas de prevención. Tomando en consideración que, aquellas que no sean parte de nuestro análisis, no dejan de ser importantes frente a la lucha contra estos tipos delictivos.

1. Recomendación 1: Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo.- Consiste en la evaluación que hacen los países miembro respecto del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo y las acciones que deberán tomar para mitigar estos riesgos. En este contexto, se debe realizar un proceso de enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de conservar una proporcionalidad en las medidas de prevención y los riesgos identificados. Esta evaluación permite abordar de manera adecuada los riesgos identificándolos como mayores o menores frente a una situación determinada, y en esa proporción, implementar sus medidas de mitigación con recursos suficientes e incluso, personal adecuado para su operatividad.
2. Recomendación 3: Delito de lavado de activos.- Se trata de la tipificación del lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo y aplicándolo a todos los delitos graves, a fin de incluir la mayor gama de delitos determinantes.
3. Recomendación 9: Leyes sobre el secreto de las instituciones financieras.- Las leyes sobre el secreto financiero que adopten los estados deberán permitir la implementación de las recomendaciones del GAFI.
4. Recomendación 10: Debida diligencia del cliente.- Se trata de medidas implementadas a través de leyes o medios coercitivos para conocer a las personas que participan en las relaciones con las instituciones financieras, evitar cuentas anónimas o con nombres ficticios. Así como también exigir la implementación de estas medidas cuando se noten comportamientos financieros sospechosos en transacciones, montos, origen, veracidad de datos, personas, etc.
5. Recomendación 14: Servicios de transferencia de dinero o valores.- Se trata de llevar a cabo un control riguroso de las personas naturales o jurídicas facultadas para realizar servicios de transferencia de dinero o valores (STDV); así como tomar acción sobre aquellas que no posean licencias o permisos para

esta actividad y supervisar que se encuentren cumpliendo con las recomendaciones del GAFI.

6. Recomendación 15: Nuevas tecnologías.- Los países y las instituciones financieras deberán identificar y evaluar los riesgos derivados del avance tecnológico y de toda la evolución comercial producto de la globalización y de las nuevas formas de comunicación.

Esto concuerda con lo que hemos analizado –en su apartado específico- en este estudio, en cuanto a manifestar que las nuevas formas delictivas corresponden a su vez a nuevas formas de comercio y comunicación producto del desarrollo tecnológico internacional.

7. Recomendación 24: Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas.- Consiste en controlar que la persona jurídica no sea utilizada para efectos del lavado de activos o el financiamiento del terrorismo, y que estas se encuentren sometidas a un régimen de control. Enfatiza en controlar la emisión y comercialización de acciones y el acceso a la información relativa a sus relaciones.
8. Recomendación 32: Transporte de efectivo.- Se refiere al control que deben implementar los países a través de declaraciones o revelaciones sobre el transporte físico transfronterizo de dinero o instrumentos negociables, y de ejecutar medidas de detención en caso de sospecha por aquellas que tengan relación el lavado de activos o delitos determinantes o, en su defecto, aquellas que se declaren falsamente.
9. Recomendación 36: Instrumentos internacionales.- Es la exigencia a los países de formar parte de la Convención de Viena de 1988; la Convención de Palermo del 2000; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003; y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999. Y, de ser necesario, que se ratifiquen sobre otras convenciones internacionales relevantes, como la Convención del Consejo de Europa sobre el Crimen Cibernético de 2001; la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de 2002; y el Convenio del Consejo de Europa sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Decomiso de los Productos de un Delito y sobre el Financiamiento del Terrorismo de 2005.

2.2. Del deber de vigilancia

Jesús María Silva Sánchez en su obra *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, ha puesto de manifiesto que este deber de vigilancia se encuentra ligado al rol de garante que tiene los superiores jerárquicos de la estructura empresarial,¹⁰¹ hablando del administrador o los integrantes del consejo de administración.

Este punto de partida da origen, según el autor, a tres cuestiones dogmáticas a analizar: la primera, resolver el fundamento de ejercer por parte de los socios, la función de garantía sin que éstos tengan funciones de administración; la segunda, de qué forma se constituye la posición de garantía de los socios; y, la tercera, la existencia de del deber de vigilancia de los socios sobre los administradores y sus subordinados, y la determinación de las consecuencias de la infracción.

En cuanto a la segunda, esta doctrina defiende que dicha transferencia de la garantía de vigilancia hacia los administradores se realiza mediante una delegación que, si bien no se perfecciona como tal, se entiende que es la transferencia de la garantía hacia los delegados sin que esta obligación desaparezca de los mismos socios.¹⁰²

Esto da paso a entender que la función de garantía pasa a segundo plano para los socios, quienes deben, por su parte, cumplir con otros objetos diversos como son la correcta elección de los administradores, la formación de los delegados, la dotación de medios y sobre todo, el deber de vigilancia, pero que bien pueden compartir una responsabilidad frente a un hecho delictivo sea por acción o por comisión por omisión, o por su falta de conocimiento sobre una situación de peligro.¹⁰³

Pero, fijando nuestra atención en el caso alemán, quienes creen que este deber de vigilancia debe configurarse en la garantía tradicional del “control sobre personas peligrosas” a cargo del propio administrador, nos lleva inevitablemente a la contradicción de la teoría de la autorresponsabilidad, la cual señala que el control de las cosas y personas peligrosas está a cargo del subordinado autorresponsable, generando un doble control innecesario.

Ahora bien, continuando en la línea del autor citado, para fundamentar el modelo del deber de vigilancia, propone la consideración de una figura particular, siendo este el

¹⁰¹ Jesús M. Silva Sánchez, *Fundamentos del derecho penal de la empresa* (Buenos Aires: Editorial La Imprenta, 2014), 153.

¹⁰² *Ibid.*, 157.

¹⁰³ *Ibid.*, 158.

“principio de confianza”. Después de llevar a cabo el proceso de selección de subordinados parece evidente la continuación de un seguimiento continuo por parte del superior jerárquico donde, presumiblemente, se consolidaría la relación interpersonal jerárquico superior – subordinado.

Empero, este principio de confianza para la realización de las actividades encomendadas no sugiere un desprendimiento o desentendimiento en la función controladora del jerárquico superior, lo que conlleva a creer que no del todo este principio actúa efectivamente, sino que se ve en la obligación, a través de su función, de evitar resultados lesivos a futuro que se producirían en ámbitos de organización ajenos (es decir, vinculación entre esferas separadas, contraviniendo el principio de competencia).¹⁰⁴

En este sentido, el principio de confianza implica la existencia (no obligatoria) de relaciones previas con el objeto de corregir conductas defectuosas o posibles efectos lesivos y, para efectos de una sanción, esta deberá ser aplicada por su rol específico acorde a su naturaleza, una por aquella infracción cometida y, otra, por el incumplimiento del deber de velar para que no se cometan dichas infracciones.

Por lo contrario, lo que sucede en el principio de desconfianza es aquella diferenciación de procurarse información acerca del modo en que un tercero actúa o se desenvuelve en sus competencias, formándose de esta manera un obligatorio deber de supervisión, control o vigilancia de dicha actuación.¹⁰⁵

Con estos antecedentes y con la finalidad de justificar la implementación del deber de vigilancia para evitar riesgos, el autor citado acertadamente dice:

Pues precisamente lo que debería aclararse es por qué la empresa (o alguna clase de empresa en particular) puede verse como un riesgo especial. Una explicación que se enuncia aquí a título de mera hipótesis es la potencialidad criminógena de ciertas dinámicas de grupo; a las que se añadirían otras razones propias de la organización empresarial (anonimato, concepciones erradas de la lealtad y la solidaridad, ceguera en cuanto a las consecuencias cuando se trata de la ejecución de órdenes [...])¹⁰⁶

Si bien se ha aclarado el deber de vigilancia de los jerárquicos superiores, no se descarta que este deber deba ser implementado en otros sujetos inferiores, como es el caso de directivos o el mismo *compliance officer*, del cual hemos ofrecido vasto análisis, y que este deber actúe sobre otros subordinados.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 166.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 168.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 170.

En este sentido, la doctrina que hemos citado manifiesta que el deber de vigilancia para estas figuras se distingue de manera mínima con la de los superiores, ya que deberá, por una parte, cumplir con el deber previo de obtención de conocimiento (al igual que para los jerárquico superiores) y por otra, el deber de transmitir la información obtenida al superior con competencia para corregir la situación defectuosa.¹⁰⁷

Ahora bien, complementando el estudio del deber de vigilancia, debemos establecer las maneras en cómo ejercer este control, el cual no debe ser entendido como una actividad de control total y permanente y, así tampoco, como una actividad extremadamente pasiva.

Para eso, el doctrinario Silva Sánchez nos comparte ciertas modalidades de control para el ejercicio del deber de vigilancia, entre las cuales se destacan implantando sistemas de inspección periódica más o menos aleatoria, con procedimientos o protocolos *bottom up* de información periódica o creando un órgano específico.¹⁰⁸ Una vez establecidos estos mecanismos podría afirmarse que empezaría a practicarse el principio de confianza.

2.3. Vigilancia, *compliance* y *compliance officer*

Jesús María Silva contempla en su obra un análisis bastante interesante sobre la relación de estos dos conceptos. Conceptos que, menciona, nacen con la tendencia del cumplimiento normativo, mediante al cual la idea principal es delegar las funciones de prevención de ilícitos a las empresas, facultad que corresponde hasta la actualidad al Estado.

Estas funciones son funciones de autorregulación –como lo llamaría la doctrina– donde lo principal radica en incentivar un apego a la cultura de fidelidad al derecho y el fomento de valores éticos-sociales de las acciones encomendadas a nivel corporativo, donde, por efecto inmediato, se da espacio a las actividades de vigilancia como un deber en las relaciones internas de la empresa.

Pero este efecto inmediato no siempre se hace presente, pues depende del modelo del programa de cumplimiento que, valga la pena aclarar, también puede presentarse obsoleto, ineficaz o defectuoso.

Para el autor, la implementación de un sistema *compliance* integra la sistematización y procedimentalización formalizadas de un modelo de vigilancia de los

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 172.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 175.

superiores sobre los subordinados, en este sentido puede equipararse la infracción por falta de aplicación de un programa *compliance* a la infracción por la falta al deber de vigilancia.¹⁰⁹

Esto da paso a creer que el órgano de administración que omite la implantación de un *compliance program*, cuando se debía implementar, puede acarrear una sanción penal en caso de que se haya cometido un delito por parte de un subordinado. Tal imputación, naturalmente, se someterá a la verificación del conocimiento de los elementos objetivos del tipo (incluyendo que sea cometido por imprudencia).

Finalmente, sucede lo mismo que sucede en el efecto de confianza en los deberes de vigilancia, es decir, una vez implementado un program *compliance* eficaz, el principio de desconfianza se ve sustituido por el principio de confianza.¹¹⁰

Es evidente que, en razón de lo estudiado hasta ahora, el *program compliance* tiene relevancia en cuanto a la prevención de imputaciones a los directivos, personas naturales e incluso la misma persona jurídica. Pero sobre estas últimas es que nuestro estudio acuña mayor trascendencia.

Como analizamos en el acápite del derecho comparado, las legislaciones, como la española, ha pretendido en un momento responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos cometidos por subordinados en casos de falta de control o supervisión por parte de sus superiores; empero, de algo debemos estar seguros y es que, el debido control debe existir en las personas jurídicas, específicamente empresas —en razón de nuestro estudio— a pesar de la falta de un *program compliance*.

Lo que, a nuestro criterio implicaría ineludiblemente, que denota mayor compromiso empresarial la implementación de estos programas *compliance* más aun cuando son eficaces *ex ante*, y que el debido control surte efectos positivos a la par.

Para abundar, ya tenemos claro las funciones de vigilancia en relación con el *compliance*, pero en este sentido, sobra importancia clarificar sobre la persona que abarca estas funciones de control o la delegación; en otras palabras, el rol de *compliance officer* para esta función.

Esta persona, interna o externa, como lo vimos en su apartado pertinente, es la llamada a hacerse cargo de esta delegación de vigilancia y otras funciones propias de su

¹⁰⁹ *Ibíd.*, 195.

¹¹⁰ *Ibíd.*, 196.

cargo, que exceden de esta limitada responsabilidad. Es decir, es el llamado a gestionar el *program compliance* o a corregirlo en caso de ser necesario, pero no a vigilarlo.¹¹¹

Este apartado no centra su atención en destacar las funciones propias del *compliance officer*, pero sí esclarecer su función frente a la delegación de vigilancia y, principalmente, las medidas que debe tomar frente a una identificación de actitud defectuosa. En este sentido, el obrar de este sujeto, según sus facultades, frente a esta eventualidad, es la transmisión de la información obtenida a sus superiores, quienes harán frente de acuerdo a sus competencias correctivas.

Pero, ¿qué sucede en caso de que los superiores no tomen riendas sobre esta información?, la legislación alemana viabiliza esta posibilidad a través de los llamados *Ombudsman*, los cuales son organismos encargados de canalizar las denuncias sobre comportamientos irregulares de las empresas o, en su defecto, la doctrina habla de una denuncia a un despacho de abogados externo.¹¹²

Esta función de vigilancia del *compliance officer* no descarta que, por la propia magnitud o alcance la compañía, sea a su vez delegada para el control de sus distintos niveles a otros delegados ordinarios, constituyendo una función más del *compliance officer* la recepción de la información obtenida por estos últimos.

Si pretendemos ahondar en la responsabilidad penal del *compliance officer*, Jesús María Silva nos aclara que, para que suceda esta circunstancia, primero tiene que preceder un hecho delictivo doloso por parte de una persona física y, sobre este hecho, el *compliance officer* haya actuado dolosamente a su vez. Por supuesto, considerando también que la legislación ampare la responsabilidad penal por intervención imprudente.¹¹³

3. El rol de garante del *compliance officer* en cuanto a la prevención de la criminalidad empresarial

Si bien hemos realizado ya una amplia aproximación al tema de regulación, control y cumplimiento que abarcan los programas *compliance*, e incluso, conocemos parte de su modo de operación y de su relevancia en el ámbito empresarial. Pero como todos aquellos programas de gestión que se implementan –y más aún en organizaciones

¹¹¹ *Ibíd.*, 198-9.

¹¹² *Ibíd.*, 199.

¹¹³ *Ibíd.*, 200.

comerciales- tienen sujetos partícipes que cumplen con funciones fundamentales y hacen que tales programas sean eficientes y reales; para nuestro caso y tema de estudio, este sujeto tiene el nombre de *compliance officer*.

Es menester para ello, hablar de la naturaleza de este agente de gestión, donde nos será útil abordar temas como un posible perfil, sus responsabilidades, sus características y demás aspectos, a fin de identificar su rol en función de la garantía que brinda a las actividades empresariales.

Como hemos analizado, en la actualidad hablamos con gran interés y ha ganado bastante importancia los programas *compliance* para las grandes empresas, sin descartar que las medianas y pequeñas también pueda adoptarlo, y que, como enunciamos en el inicio de este acápite, este programa tiene un agente que lo opera, conocido a nivel global como *chief compliance officer*; concepto que, en la actualidad, ya ha adoptado una pequeña evolución, y que se conoce como *chief ethics & compliance officer*, puesto que se ha ligado íntimamente a las buenas prácticas y a la ética de la conducta.

A tal efecto, una definición muy práctica de esta figura nos brinda María Barranco, profesora de EALDE Business School, quien aporta:

el Chief *Compliance Officer* o CCO (Jefe de la Oficina de Cumplimiento) es el máximo responsable del seguimiento y control de esta área en las organizaciones. Pero, ¿qué hace un *compliance officer* exactamente? Entre otros aspectos, debe de velar por un cumplimiento efectivo de las normas y riesgos operativos que puedan afectar legalmente a las empresas.

En algunas jurisdicciones, el Chief *Compliance Officer* puede incluso llegar a tener responsabilidad penal por el incumplimiento de sus obligaciones.

Otra función del CCO, que lidera la Oficina de Cumplimiento, es la de definir herramientas para prevenir, controlar y actuar. De esta forma la organización podrá hacer frente a los riesgos que se materialicen relacionados con el incumplimiento normativo.¹¹⁴

Como breve, ya sabemos que la actividad de este agente de cumplimiento se encuentra ligado a prevenir y controlar aquellas conductas que por incumplimiento de las normas puedan generar riesgos para la organización; el ejercicio de estas normas autoimpuestas que se deben cumplir se encuentran respaldadas por conductas éticas y buenas prácticas de los trabajadores como obligación ineludible, y con mayor frecuencia y atención en entidades donde el riesgo puede ser de mayor impacto, como es el caso de las empresas pertenecientes al sector financiero, donde, por la naturaleza de estas

¹¹⁴ España EALDE Business School, “*Compliance, Qué es el Chief Compliance Officer y cuáles son sus funciones*”, *España EALDE Business School*, accedido 14 de mayo de 2021, párr. 6, <https://www.ealde.es/cheif-compliance-officer/>.

organizaciones, tal eventualidad adopta un concepto que se avizora alarmante: riesgo de integridad.¹¹⁵

Es natural que este riesgo de integridad tenga mayor impacto en entidades financieras como bancos, donde su giro se encuentra relacionado a trabajar con recursos propios de terceros, y donde debe ser fundamental y como política interna de la misma empresa, generar confianza a los usuarios, en pro de precautelar su imagen y reputación.

Tal precaución, en la actualidad, se está extendiendo a los diferentes sectores empresariales, donde se ha hecho conciencia de la importancia de la imagen de su entidad.

Todas estas situaciones y eventualidades han generado el crecimiento de la intención de éstos programas de control y, con ello, poner en manos de una persona idónea su correcto desarrollo y funcionamiento, lo que, para Aguilar, Jiménez y Blas, se da origen como:

El entorno tecnológico globalizado en el que se desenvuelven las compañías hoy día, puede suponer un desconocimiento normativo que afecte al buen y correcto funcionamiento de las organizaciones. Esto, unido a las exigencias legales que se implantan año tras año para prevenir y detectar fraudes y delitos relacionados con los diversos sectores empresariales, obligan a las empresas a disponer y dotar de responsabilidades a una figura capaz de supervisar toda acción susceptible de provocar alarma ante la administración.¹¹⁶

Como hemos venido analizando, conocemos que los objetivos de los programas de *compliance* abarcan distintas finalidades, entre estas el cuidar de la imagen corporativa, velar por las conductas éticas y buenas prácticas, prevenir conductas delictivas como el fraude y la corrupción, entre otras no menos importantes, pero es así que, en base a todos los objetivos y bondades que pueden brindar estos sistemas de prevención, se generan las posibles actividades de las cuales se hará cargo el agente de cumplimiento, es decir, el *compliance officer*.

Para los autores citados, quienes pretenden realizar una primera aproximación al rol que desempeñaría el *compliance officer*, sus actividades principales podrían empezar siendo la identificación de posibles riesgos, analizar las reformas a sus cuerpos normativos internos, implementar medidas preventivas y correctivas, capacitar a directivos y empleados para que conozcan y apliquen todas las normas internas de

¹¹⁵ Aguilar Sáenz, Jiménez Rodríguez y Blas Herrero, *Compliance: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la mediación organizacional*, 205.

¹¹⁶ *Ibíd.*, 206.

prevención y revisar constantemente la actualización de los procedimientos,¹¹⁷ con la segura posibilidad de ampliar tal margen de acción.

Como es de imaginarse y, dada la relevancia que ha adquirido este tema en la modernidad, existen algunos criterios en cuanto a la formación y perfil que debe ostentar este sujeto, entre los cuales se defiende que deberá tener conocimiento jurídico y, para dar mayor garantía, una formación superior, puesto que este tipo de cargos o funciones merecen una instrucción de alto nivel, sin descartar que sea funcionario de la organización o de un equipo externo que brinde este servicio.

Por ende, al ser tan amplio el espectro de acción de este agente, adicional, deberá tener la capacidad de interrelacionarse con todos los niveles de desarrollo de la actividad de la empresa, para ejercer este justo control y prevenir cualquier actividad de riesgo.

Curiosamente y, compartiendo la definición de Javier Puyol, este tipo de actividad se asemeja a la de un guardián, pero aplicado a la esfera del cumplimiento normativo, es alguien que vela por el correcto accionar de las personas dentro de una empresa, por tanto, para este doctrinario la define como: “El guardián de la buena ciudadanía corporativa de una organización. Su trabajo va desde crear y aplicar guías y políticas que aseguren la integridad de la compañía hasta promover estándares éticos y valores que promuevan la fortaleza de la cultura laboral”.¹¹⁸

Pero, adicional a todas las posibles funciones que puede desempeñar el *compliance officer*, que van desde implementar programas de control, coordinar auditorías, etc., también ha de rendir cuentas sobre lo realizado y, previo a ello, como es lógico, deberá analizar periódicamente la efectividad de las medidas implementadas y, en muchos de los casos, responder a requerimientos o solicitudes de información de los órganos de control estatales o de cualquiera que goce con dicha atribución.

Esto, evidentemente, nos demuestra que la intención de contar con todo este aparataje empresarial es pasar de un concepto reactivo a un concepto preventivo,¹¹⁹ donde la importancia radica en un cumplimiento de pasos interrelacionados entre sí y de distintos niveles, a través de una persona que controle y ejecute las políticas necesarias.

Todas estas particularidades dieron nacimiento al *compliance officer*, conocido y ampliado también como *Chief Ethics & Compliance Officer*, y que grandes empresas hacen uso para sus actividades diarias.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ *Ibíd.*, 207.

¹¹⁹ *Ibíd.*, 208.

Ahora, si bien entendemos que este agente de cumplimiento cumple el rol de vigilancia en los distintos niveles de acción en la compañía, quizás valga plantearnos la siguiente pregunta: ¿Cuál es el rol del empresario frente a esta nueva modalidad? La respuesta se muestra sencilla: se convierte en el primer garante de cumplimiento y se encarga de la vigilancia de los subordinados que cumplen con sus delegaciones, donde su principal delegado es el agente de cumplimiento, quien se encargará de rendirle cuentas de todo lo actuado.

Y, si queremos ir más allá, este agente será el directo responsable de evitar que la persona jurídica cometa actos ilícitos y sea susceptible de una posible responsabilidad penal (como sucede en los delitos contra el medio ambiente, estafa, y similares, donde se pretende atribuir responsabilidades a la persona jurídica).

Sintetizando:

Puede decirse que el *chief compliance officer* (CCO) es el arquitecto y administrador de la estrategia de cumplimiento de la empresa, la estructura y los procesos. Como responsable de las tareas relativas al cumplimiento y experto en la materia, el director de cumplimiento es responsable de establecer las normas y la aplicación de los procedimientos para afianzar y garantizar que los programas relativos al mismo en toda la organización son eficaces y eficientes en la identificación, prevención, detección y corrección de las faltas de cumplimiento con las normas y reglamentos aplicables.¹²⁰

Esta naturaleza del cargo del *compliance officer* no significa que se presenta omnipotente frente a la compañía, muy por el contrario, como cualquier otro funcionario deberá rendir cuentas y, sobre todo, proporcionar seguridad razonable a la alta dirección que las políticas implementadas y constantes en normas y reglamentos escritos, son eficaces y eficientes y están siendo cumplidas a cabalidad por todos los miembros operativos de la empresa.

Por ende, la administración o la alta dirección de la compañía deberán conocer acerca de presuntas violaciones a los códigos de conducta o cualquier norma dictada para el efecto de control, así como toda cuestión relevante acorde a estas funciones.

Esto no implica que sobre las propias funciones del agente de control -*compliance officer*- exista alguna injerencia de los mandos administrativos o direccionales, todo lo contrario, regirá como principio rector su total independencia de funciones, y se deberá apostar por la seriedad, respeto y profesionalismo de todos sus órganos de gestión, en el propósito de colaborar con los programas implementados.

¹²⁰ *Ibíd.*

Con la particularidad de que, será inminentemente necesario que el *compliance officer* sí tenga un acceso total a toda la información, funciones y procesos que se desarrollen en el interior de la compañía, con principal atención a las funciones de auditoría, control interno, gestión de riesgos y similares.

Indudablemente, todos estos propósitos van de la mano con toda la estructura organizacional definida que posea la compañía y de los medios económicos suficientes con los cuales esté dotada para la persecución de sus fines.

Complementando todas las características que definirían el perfil competencial del *compliance officer*, podemos destacar algunas competencias que deberán estar desarrolladas personal y profesionalmente, pues, el cargo a asumir representa gran responsabilidad de la compañía frente a terceros y frente al orden público; por tanto, para Aguilar, Jiménez y Blas, este perfil debe reunir:¹²¹

- Formación académica: Se cuenta con que sea de nivel superior, con conocimiento de la norma de cumplimiento interno, con formación en el ámbito de control a desarrollar y experiencia o información adicional de las otras áreas.
- Experiencia profesional: Es indispensable que posea conocimiento en el ámbito de regulación desarrollados con el tiempo en órganos o departamentos similares anteriormente.
- Historia profesional: La persona elegida para desempeñar el cargo no podrá haberse visto involucrada en situaciones que puedan inducir a comportamientos poco éticos o de incumplimiento, dentro o fuera de la propia organización.
- Competencias personales: Haber desarrollado importantes habilidades de comunicación y coordinación, dado que, por su naturaleza, deberá estar en constante relación con los altos directivos o gerencias; así como también, habilidades de organización y liderazgo al mando de su dirección.
- Posición jerárquica dentro del organigrama de la empresa: Su posición no podrá estar subordinada a cualquier órgano que se pueda ver afectado por su actuación, con acceso directo a las distintas administraciones e independencia.

¹²¹ *Ibíd.*, 207.

¹²¹ *Ibíd.*, 210.

- Contratación consistente: Que su modalidad de contratación sea acorde a todas sus competencias y, por supuesto, con un régimen económico proporcional o conveniente a las funciones que va a desempeñar.

Continuando con la línea de análisis de los autores, previenen de considerar para el surgimiento de la figura del *compliance officer*, a su vez, los siguientes elementos:¹²²

- *Softskills*: Poseer habilidades de comunicación, interacción y *networking*, con los destinatarios de los servicios, ya sean clientes internos o externos; contar con la suficiente empatía con las distintas áreas de la empresa y conocer su misión y visión.
- Ser “la persona/departamento del NO” (Mr/s. negative): Este debe, principalmente, identificar los riesgos asociados a una determinada actividad, de una manera sencilla, clara y directa, a fin de que pueda gestionarse su solución.
- Conocer es el primer paso para poder actuar: Es necesario acumular conocimiento para actuar frente a las distintas circunstancias que se presenten, y no, únicamente, limitarse al uso de las herramientas de gestión de conocimientos.
- La tecnología no es una alternativa: La tecnología es la modalidad moderna mediante la cual las empresas llegan a cumplir sus metas, amplían y mejoran su negocio. Pero a su vez, es una de las herramientas de vulnerabilidad y generadora de riesgos para las mismas.
- Necesidad de procesos de automatización para ser más eficiente, mejor y más barato: Se extiende a los programas de cumplimiento normativo la automatización de actividades a través de máquinas y software, con el afán de estandarizar comportamientos y reducir los actos deliberados que generen riesgos.

4. Ámbito de aplicación del sistema *compliance* y su funcionamiento

Ahora bien, una vez que hemos identificado las cualidades y competencias del *compliance officer* y el rol que desempeña, debemos también profundizar en cuanto a su

¹²² *Ibíd.*, 211.

aplicación y funcionamiento, junto con el programa *compliance* que ejerce, dentro de las compañías y, para iniciar, en su ubicación en la organización institucional.

Anteriormente, hablamos acerca de la independencia en la gestión que debe tener el *compliance officer*, siendo tomada a esta característica como una garantía para la eficacia del programa de control, con el objetivo de liberar de presiones al agente y blindar, a su vez, a esta función de *compliance*.

Empero, el alcance de esta independencia no se ha convertido en una regla general, y no siempre podremos evidenciar que se pueda aplicar a todos los sectores, con ello, para los autores citados, esta excepción responde a un realismo crítico:

no todas las organizaciones pueden permitirse disponer de un equipo de cumplimiento separado de otras funciones (la jurídica, por ejemplo). Esto explica la falta de implantación con que se aborda esta materia en entornos de referencia generales, mientras que en ámbitos sectoriales (banca, intermediación financiera, farmacia, por ejemplo) donde las organizaciones si presentan un cierto tamaño, sí se aprecia esta característica de manera abierta.¹²³

Resultado de esta particularidad, no existiría motivo alguno adicional que justifique no independizar a las funciones de *compliance*.

Pero al adentrarnos a la práctica propia de las funciones, debemos analizar si existe la posibilidad de adaptar un nuevo departamento para implementar este proyecto de *compliance*, o si, en su defecto, podrá depender o aprovechar de los ya creados para desarrollar sus funciones; por supuesto, tomando en consideración que esta adaptación del programa será acorde a la naturaleza de la empresa y de los riesgos que puedan presentarse de su actividad; es decir, implementar estos programas no sigue un mecanismo genérico de creación e implementación para todas.

A tal efecto, continuando con el criterio de los autores, quienes citando a Ribas, manifiestan que en la actualidad las funciones que se asignan a este órgano de control se encuentran dispersas en otras áreas de la compañía, como puede ser en el Comité de Ética, Auditoría Interna, Asesoría Jurídica, Cumplimiento normativo,¹²⁴ entre otros; y que, estas mismas funciones se las puede agrupar en distintas categorías según la etapa de la conducta, como son: Control ante a la infracción (podría llamarse control preventivo), Control post a la infracción (control detective o de detección) y Función sancionadora, elemento indispensable para la eficiencia de la vigilancia.¹²⁵

¹²³ *Ibíd.*, 212.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.*

Tal clasificación no significa que los grupos que abarcan dichas funciones se encuentren bien definidos, y que su repartición a los distintos departamentos sea bien asignados, o incluso, pueden quedarse sin asignación.

En concordancia con esto, se plantea el ejemplo del conocido Comité de Ética que actúa en las empresas, que cumple con la función de receptor las denuncias presentadas, investiga la conducta denunciada, delibera y sanciona (propone la sanción, efectivamente quien la impone es el departamento de Talento Humano), por tanto, tal función es eminentemente reactiva, es decir, actúa una vez que la conducta ha sido cometida y se ve en la obligación de continuar el ejercicio de su competencia.

Por el contrario se manifiesta el programa *compliance* o, en su defecto, *corporate*, puesto que este pretende ser más iniciativo, proactivo, que su actuación se apega más a las funciones de auditoría interna y cumplimiento normativo y que no se limita a un solo campo en el ejercicio de control, como pueden ser los delitos económicos. Lo que, a consideración de estos autores, lleva a pensar que existe la exigencia de crear dos órganos competentes: uno proactivo y emisor de denuncias; y otro reactivo y receptor de las mismas.¹²⁶

En este sentido, lo que comúnmente encontramos en las empresas a través de los órganos de control es la vigilancia frente a posibles fraudes o amenazas de carácter interno, donde la víctima es la propia empresa; por el contrario, el objetivo en la implementación de los programas *compliance* o *corporate defense*, es prevenir una posible responsabilidad penal de la empresa en delitos donde la víctima puede ser un tercero ajeno a la misma.

Ahora bien, después de lo expuesto, cabe indicar que puede existir una fórmula o procedimiento para la implementación de estos programas de *compliance* o *corporate*, y que para Ribas, citado por los autores, se resume en:

- Identificar las funciones de supervisión y control establecidas en el texto que finalmente se apruebe, integrándolas en el modelo de organización y gestión.
- Analizar cómo están repartidas en ese momento estas funciones en los diversos departamentos de la organización.
- Decidir si debe procederse a crear un nuevo cargo o un nuevo departamento que incorpore a las personas que actualmente realizan las funciones identificadas en distintos departamentos.¹²⁷

¹²⁶ *Ibíd.*, 214.

¹²⁷ *Ibíd.*, 215.

Citado lo anterior, deviene procedente analizar si tales cargos, con sus propias funciones, recaerán sobre una única persona o sobre todo un equipo de trabajo que para este efecto se constituya. Es menester aclarar que, contando con la rigurosidad de la ley, en cuanto a establecer que se debe contar con un órgano de control, será este el llamado a crearse en las empresas y, por tanto, ser atribuido todas las funciones que competan.

En líneas precedentes, hemos anunciado que la figura del *compliance* debe reunir ciertos requisitos básicos en cuanto a sus cualidades y competencias, pero aquello no significa que deberá ser alguien conocedor de todos los ramos empresariales, del sinnúmero de profesiones y especialidades existentes, puesto que resultaría inoficioso (viéndose desde el aspecto profesional fuera del cargo *compliance officer*) así como casi imposible de encontrar en la competencia profesional.

En razón de esto, se ha de sugerir que tales funciones recaigan sobre un órgano colegiado, que abarque con sus profesionales, temas de interés para la compañía y acordes a su giro de negocio, propendiendo desarrollar sus funciones de manera más profesionalizada. Esta pretensión tampoco impide que sea una única persona la que lleve a cabo tal cargo, pero deberá apoyarse en los expertos internos y externos de las diferentes áreas que posea la organización.

Los autores identifican algunos motivos para sustentar que estas funciones deben ser llevadas a cabo por un órgano colectivo, entre estas la gran carga laboral de los personeros, múltiples áreas o departamentos en ejecución, variedad en áreas de conocimientos requeridos (dependiendo el giro de negocio), responsables jerárquicos que impulsen las alianzas y la toma y puesta en marcha de sus decisiones.¹²⁸

La coordinación y dirección del equipo de trabajo si recaerá sobre una sola persona, apoyada con los distintos expertos y profesionales de las diferentes áreas, pero esto no desvirtúa que se actúe como órgano colectivo.

Lo más oportuno después de todo lo expuesto, sería considerar el hecho de separar las funciones de valoración y sanción de conductas (post infracción) y, por otro lado, las de prevención y vigilancia (pre infracción, que recaería en el órgano de control o *compliance officer*) que, como hemos visto, actúan en diferentes tiempos, pero que demostrarían el principio de segregación de funciones e independencia de sus actuaciones entre los mismos.

¹²⁸ *Ibíd.*

Sin descartar, para criterio de los autores que, puede fusionarse las funciones de vigilancia y control a las normas de buen gobierno corporativo, donde la máxima autoridad recae sobre un consejero independiente, el cual se encargaría de coordinar la labor de una comisión interdepartamental, la cual realizaría estas funciones de vigilancia y control.

Lo que, en consecuencia, nos llevaría a plantearnos otra serie de interrogantes, como por ejemplo, definir el alcance de esta comisión, si actuaría de manera permanente o temporal, entre otras, llegando a pensar que quizás la creación permanente de un órgano respectivo es la vía práctica y necesaria.

Ahora, existe a su vez diferentes estructuras internas del equipo *compliance* y que, por supuesto y en concordancia con otras características de este tipo de programas, debe ajustarse al modelo empresarial y a las funciones que va a desempeñar.

Siendo así que, la doctrina de los autores Aguilar, Jiménez y Blas, destaca dos modelos entre otros existentes: un *compliance* centralizado, el cual se caracteriza por definir, diseñar, implementar y controlar las actividades a nivel de toda la empresa u organización; y, como segundo un *compliance* descentralizado, en el cual los diferentes departamentos o unidades de negocios cuentan con un representante de *compliance*, el cual responde funcionalmente al *compliance* central pero, administrativamente a su superior jerárquico.¹²⁹

Consecuentemente, señalan que las funciones a ejecutarse del programa *compliance*, se encuentran condicionadas a la estructura que se elija para el efecto, y que, tales funciones son independientes de la estructura jerárquica establecida, en razón de que los resultados son el efecto acumulativo de todas ellas y citan a Ribas para enunciar que se utiliza analógicamente el término “capas” para identificar el orden de responsabilidades sobre el cual se deberá asentar dicha estructura funcional, remitiéndose al siguiente:

- Capa de responsabilidad: Está integrado por el representante legal de la empresa, o los administradores de hecho o de derecho, es decir, de quienes emana las políticas a cumplir por todo el personal.
- Capa de responsabilidad delegada: La integran los directivos de la línea de negocio y la cadena de mando con obligaciones de control, a quienes consideran, el máximo exponente de control en la empresa.

¹²⁹ *Ibíd.*, 217.

- Capa de coordinación y supervisión: Está integrado por el *compliance officer*, sea como órgano unipersonal o colegiado (como vimos en las opciones de conformación) con su función de control, y las de formación y sensibilización.
- Capa de expertos: La integran los expertos internos o externos que formen parte de la compañía para asesorarle en aquellas materias que necesiten especialización, como riesgos del trabajo, seguridad informática, entre otros. Es en manos de éstos que recae la supervisión del control y en su capa de conocimiento, a fin de valorar riesgos y la eficacia de los controles. Se considera que dentro de este grupo, deberán estar los expertos penalistas, dado que, por ser un programa de *corporate defense*, tendrán que actuar frente a los procesos iniciados en aquella materia.
- Capa de prueba: La conforman los expertos que brindan apoyo al *compliance officer* en la obtención y custodia de las evidencias que acreditan la existencia y eficacia del programa de control.
- Capa sancionadora: La conforma el Comité de Ética y el departamento de Talento Humano que, como indicamos en líneas anteriores, reciben las denuncias, proponen y aplican las sanciones que correspondiere¹³⁰.

Por último y, toda vez que analizamos la estructura con relación al tema organizacional del programa *compliance* o *corporate* dentro de la compañía, es menester analizar si su competencia recaería convenientemente sobre la organización interna de la misma o de manera externalizada y cómo afectaría al *compliance officer*.

En este sentido, los autores reconociendo y siguiendo la línea de Ribas, deben sumarse a las ventajas ordinarias del *outsourcing* aquellas propias de la externalización de funciones que se le atribuye al *compliance officer*, y que textualmente manifiestan que son:

- La mayor objetividad en el control.
- Independencia.
- El mayor respeto (menos confianzas) a un profesional externo que a un interno.
- Una mayor aceptación de un control externo que de un control interno.
- Un nivel de especialización más alto.
- Supervisión del trabajo por el socio responsable (política de cuatro ojos).
- Aprovechamiento de la experiencia obtenida en otros clientes.
- Secreto profesional y acuerdos de confidencialidad.
- El seguro de responsabilidad civil profesional.
- La sustitución en caso de baja.

¹³⁰ *Ibíd.*, 217-8.

- Ahorro de costes.¹³¹

Y, como grupo adicional, aquellas ventajas derivadas directa o indirectamente de su función, como son:

- Protección más segura y eficaz de la imagen de la empresa, al estar constituido su funcionamiento en planteamientos más rigoristas de cumplimiento legal, y ser más consecuentes en la fijación de los postulados éticos que se marcan como objetivos de la misma.
- Protección de la marca, indubitablemente, se hace más intensa.
- El ambiente de control mejora de manera notoria (ética corporativa, normas, funciones, etc.).
- Mejoras en la relación con los clientes, empleados, proveedores, entes reguladores, poder público, etc.
- Mejoras en el alineamiento de las personas y los procesos en relación con los objetivos estratégicos, etc.
- Posibilidad de establecer negocios más seguros, más y mejores negocios ya que los procesos de soporte a esos negocios son también más sólidos y confiables.
- Cualesquiera otras características análogas a las anteriores.¹³²

En el transcurso de este capítulo, hemos analizado tanto las cualidades y competencias que debe tener el *compliance officer*, así como el rol que desempeña dentro de una empresa u organización, de la mano de las funciones del programa, estructura, posición organizacional y ventajas de su aplicación. En aras de ampliar el contenido de este apartado, vamos a analizar su naturaleza en cuanto a funciones propias, derechos y responsabilidades de esta reconocida figura moderna.

Y, es necesario recalcar que, las funciones y demás actuaciones del *compliance officer* siempre estarán ligadas a los principios de independencia e imparcialidad, ya sin discriminación del tipo de estructura adoptada para el órgano de control que presida, así como tampoco si lo realiza de manera interna o externalizada. A tal efecto, nos resulta interesante la siguiente definición:

Cuando nos referimos a la independencia, hablamos de una situación de hecho relacionada con la cualidad de libertad de juicio. El responsable de cumplimiento es independiente, actúa con libertad de juicio, cuando está libre de influencia, guía o control de otros, como hemos expuesto anteriormente. La imparcialidad, en cambio, se relaciona con un estado mental que permite actuar de forma ecuánime, sin estar afectado por el interés, simpatía o animadversión hacia algo o alguien.¹³³

El principal foco de interés de aplicar estos principios, evidentemente, es dotar de seguridad y confianza a la empresa, que situaciones afines o sentimentales del *compliance*

¹³¹ *Ibíd.*, 220.

¹³² *Ibíd.*, 220-1.

¹³³ *Ibíd.*, 221.

officer con los distintos cargos dentro de la misma no sea el motivo que lleve a evaluar su ineficacia y, por el contrario, evidencie la seriedad e importancia de adoptar estas funciones de control.

Hablando de las funciones propias que debe desempeñar el *compliance officer* y que, hemos brevemente enunciado algunas de ellas, si pretendemos enunciar taxativamente todo el grupo que las componen llegaremos a una negativa ya conocida, y es que no podemos generalizar tal cargo y funciones puesto que depende de la empresa su adaptación, pero si podemos considerar aquellas que de base podrían ser indispensables. Para los autores citados, entre estas podemos enunciar:

- Mantener el conocimiento actualizado de las leyes y reglamentos en materia de *compliance*.
- Desarrollar el plan anual de trabajo de cumplimiento, que refleje los niveles de riesgos más altos de la organización, el cual será supervisado por la función de cumplimiento de conformidad a una evaluación obligatoria del riesgo anual.
- Proporcionar orientación a la administración, a los altos directivos, al personal y a los empleados en el cumplimiento de las normas.
- Supervisión y control de la aplicación del programa de cumplimiento.
- Desarrollo de políticas y programas que fomenten los gerentes y empleados a informar cualquier sospecha de fraude y otras irregularidades, sin temor a represalias.
- Información sobre la implementación, y la asistencia a los miembros de la empresa en el establecimiento de métodos para mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios; así como para reducir la vulnerabilidad al fraude, al abuso y al incumplimiento de la normativa vigente.
- Revisión periódica del programa según las necesidades de la compañía, en la ley, y en las políticas y procedimientos del gobierno.
- Desarrollo, coordinación y participación en un programa de educación y formación multidisciplinar centrado en los elementos del programa de cumplimiento, cuyo objetivo es garantizar que todos los empleados y la propia dirección conozcan cómo de cumplir con los estándares requeridos.
- Desarrollo de los materiales a nivel institucional para su distribución a todos los empleados, al objeto de mejorar notoria y notablemente el conocimiento de las actividades de cumplimiento.
- Coordinación y revisión de las políticas de cumplimiento interno, y el reforzamiento de las actividades de control, incluyendo revisiones periódicas planificadas de los distintos departamentos de la empresa.
- Respuesta a las investigaciones del gobierno y las consultas que pudieran efectuarse.
- Investigación y actuaciones sobre asuntos relacionados con el cumplimiento, debiendo incluirse flexibilidad para diseñar y coordinar las investigaciones internas (por ejemplo, como respuesta a los informes de problemas, o sospecha de violaciones), y cualesquiera otras acciones correctoras necesarias con todos los departamentos, proveedores y subproveedores, agentes y, en su caso, con contratistas independientes.
- Supervisión de los procesos de revisión de auditoría externa.¹³⁴

Continúa, recogiendo como funciones, las siguientes:

- Evaluación continua de riesgos basada en los expertos internos y externos.

¹³⁴ *Ibíd.*, 221-2.

- Evaluación periódica del código ético y del modelo de prevención y control.
- Evaluación continua de los controles y de su eficacia.
- Identificación de carencias.
- Propuestas de mejora y actualización del modelo.
- Alerta sobre posibles riesgos.
- Denuncia de infracciones al comité de ética, en su caso.
- Propuesta de sanciones a RR.HH., caso de asumir las funciones del comité.¹³⁵

Y, de igual manera, siguiendo su línea de estudio, se hace referencia a las siguientes obligaciones propias de su función como órgano de supervisión y control:

- Supervisión y gestión para el cumplimiento de la legislación vigente.
- Gestión y desarrollo de la empresa en materia de *compliance*.
- Análisis de los cambios estatutarios y reguladores.
- Preparación y supervisión del cumplimiento de los manuales de *compliance*. Esto nos lleva a un resumen de leyes y regulaciones relevantes y aplicables; también de políticas de actuación y procedimientos.
- Aseguramiento de la formación apropiada y adecuada en materia de cumplimiento.
- Actuación como enlace entre los organismos reguladores y las unidades de negocio de la organización.
- Revisión periódica y actualización de los procedimientos en materia de *compliance*.¹³⁶

Por su parte, en relación a las funciones enunciadas y de las obligaciones que de ellas se derivan, los autores hacen hincapié en el grado de responsabilidad penal del *compliance officer* que abarcaría dentro de las leyes penales que regularían esta figura, manifestando que depende de los siguientes aspectos:

- El nivel de delegación al *compliance officer* por parte del consejo o de la representación legal de la empresa en cualquiera de sus formas, de la función de control.
- El traspaso o no de poderes.
- La existencia de un deber contractual de control.
- La existencia de una ley que le asigne un deber de control.
- El alcance de la actividad de control encomendada.
- El carácter previo o posterior a la infracción de la función de control asignada.
- El nivel de independencia con el que desarrolle su función.
- La diligencia demostrada en la prevención.
- Las pruebas acumuladas a lo largo de su actividad que acrediten el control efectivo.
- El nivel de complicidad o implicación en los actos delictivos.
- La concurrencia de una tolerancia dolosa.
- La actividad desarrollada tras el descubrimiento del delito.
- El nivel de reparto o distribución de las funciones de control entre los distintos directivos y departamentos de la empresa.¹³⁷

Como podemos observar, estos aspectos, a fin de determinar un grado de responsabilidad del *Compliance Officer*, se encuentran condicionados en función de la

¹³⁵ *Ibíd.*, 223.

¹³⁶ *Ibíd.*, 223.

¹³⁷ *Ibíd.*, 224.

actividad propia de la compañía, concordando con lo manifestado en acápites anteriores que, resulta imposible tratar de manera genérica esta problemática.

Para finalizar el estudio del impacto del *compliance officer*, una vez que recorrimos el análisis de sus funciones, obligaciones y responsabilidades, es importante que concluyamos sobre qué áreas o departamentos (aclarando que muchas de las veces encontramos las mismas funciones en distintas áreas o departamentos o, distintas funciones en departamentos similares) adquiere mayor influencia, es decir, una aproximación al alcance de su ámbito de aplicación, y en consecuencia, gana mayor significado o impacto su trabajo. Entre estas detallamos:¹³⁸

- Área de finanzas: Propiamente en delitos de corrupción, aquellos relacionados a capitales, tributación, etc. Para los autores, esta área justifica por si sola los programas de *compliance* en las organizaciones.
- Área comercial y ventas: Actividades de promoción y publicidad, derechos del consumidor, devoluciones de venta, responsabilidad del producto, entre otras.
- Área de producción y distribución: contratos con proveedores, políticas medioambientales, riesgos del trabajo, propiedad intelectual e industrial, control en las exportaciones, etc.
- Área de relaciones laborales: Pensiones y prestaciones, afiliación, discriminación, *mobbing* laboral o acoso, relaciones sindicales, discriminación, entre otros.
- Área de información: Protección de bases de datos, obtención y transferencia de los mismos, privacidad de información de clientes y colaboradores, publicidad o información engañosa, delitos informáticos, etc.
- Área de gobierno corporativo: Código de ética y conducta, políticas de buen gobierno corporativo, control y auditoría, políticas de protección de los *stakeholders*, etc.

Y, si después de toda la aplicación correcta de un programa *compliance* se llegara a cometer actos ilícitos, donde se encuentre parte de responsabilidad en este garante de la actividad empresarial (*compliance officer*), la Ley, de igual manera deberá prever las causales para una posible determinación penal en su contra, después de un debido

¹³⁸ *Ibíd.*, 225.

proceso, y que, a criterio de los autores, estas causales responderían probablemente a falta de diligencia, pasividad, tolerancia o complicidad con sus autores.¹³⁹

Todas las consideraciones expuestas representan el valor que debe tener un programa de cumplimiento a nivel empresarial, que empieza siguiendo el camino de evaluar los riesgos jurídicos a los cual está expuesta la organización, los mismos que serán acorde a su giro de negocio, y que, a su vez, conserve un carácter de constante evaluación y adaptación, a fin de cubrir la variedad de amenazas que nacen de las nuevas formas de emprendimiento y todas sus aristas, cuidando su perpetua existencia en el mercado y reforzando su reputación e imagen.

5. Tendencias regulatorias del *compliance* en el derecho comparado

El programa *Compliance*, debemos empezar manifestando, no se encuentra unánimemente regulado en los distintos países que sí abarcan una normativa con relación al mismo y, a breve rasgos, podemos identificar que su regulación va dirigida a normar una posible elusión de la responsabilidad penal para la persona jurídica o, en su defecto, atenuar una pena en los casos donde se demuestre una buena implementación y ejecución del programa de cumplimiento.

Estas variantes en la regulación, están condicionadas a diversos factores, entre ellos y como es común, la cultura del medio donde se ha legislado, la experiencia en casos de relevancia, así como la antigüedad con los que han sido abordados los temas para su tratamiento.

Podemos empezar manifestando que, en países como Reino Unido, Italia, Japón, Austria o Australia, la existencia de un efectivo programa de cumplimiento puede llevar a eludir una posible responsabilidad penal de la persona jurídica; en países como Estados Unidos o España, se puede considerar para una atenuación de la pena a imponerse, o servir para la no aplicación de una medida cautelar específica aplicada a la misma, como ejemplo, la prohibición de contratar con el estado por un determinado tiempo.¹⁴⁰

En España, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE n.º 152, de 23 de junio de 2010, introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se

¹³⁹ *Ibíd.*, 227.

¹⁴⁰ Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, *El derecho penal económico en la era compliance*, (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013), 212.

establece que se podrá tomar en consideración como atenuante o eximente del ilícito la acreditación de la implementación del programa de cumplimiento, sin aclarar los requisitos o parámetros que debe contener dicho programa para analizar su efectividad.

En esta legislación se prevé dos modalidades delictivas, la primera, cuando es cometido por el representante legal o, cualquier funcionario con capacidad de decisión, organización o control en la empresa; y, la segunda, cuando el acto delictivo es cometido por sujetos sometidos a la autoridad de las personas de la primera modalidad. Para este segundo caso, se exige como requisito el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que sobre ellos existe.

Para apelar a una eximente de una responsabilidad penal para la persona jurídica es necesario que la entidad haya adoptado y ejecutado eficazmente el modelo de prevención adecuado de delitos, pero con la importancia de que se haya puesto en marcha previo a su comisión, y que dicho modelo sea acorde a la misma naturaleza del que se cometió o, en su defecto, para disminuir el riesgo de que suceda.

Esto entra en relación con las dos modalidades citadas, puesto que, si el delito es cometido por una persona sometida a la vigilancia, supervisión y control, la adopción y ejecución del modelo es por si sola suficiente para aspirar a una exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Pero, en el caso de que el delito sea cometido por un representante legal o cualquier otra persona con capacidad de decisión, organización y control, es necesario que se cumpla con otras condiciones, puesto que, la comisión por parte de estos sujetos se entenderá realizado por la persona jurídica misma, al ser parte de su órgano decisorio.¹⁴¹

A esta última circunstancia se conjetura que, la organización se encuentra en la obligación de realizar un mayor esfuerzo probatorio a fin de obtener una eximente de responsabilidad, demostrando que no ha existido un fracaso organizacional en el programa de control y que ha sido eficaz el control interno y, adicional, demostrar que el modelo de prevención haya sido eludido fraudulentamente por el autor.¹⁴²

Si bien este ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de eximir o atenuar penas a través del programa de cumplimiento, cae en el vacío de no legislar especificando

¹⁴¹ Francisco Bedecarratz, “La indeterminación del criminal *compliance* y el principio de legalidad”, *Política Criminal* 13, n.º 25 (2018), párr. 12, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000100208.

¹⁴² *Ibíd.*

una definición o reglas exactas para considerar adecuado o eficaz a dicho programa. Frente a este vacío, la Fiscalía General del Estado española, ha adoptado una serie de criterios para evaluar dicha eficacia y suplir la falencia, tomando en consideración que, si bien la norma enuncia genéricamente los requisitos mínimos de los programas de control, no es lo suficientemente específica en su forma de adopción e implementación.

Estos criterios responden a normas infra-legales, ejemplo claro es el Real Decreto Nro. 304/2014, de fecha 5 de mayo, con el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, con relación a la prevención de delitos como el blanqueo de capitales y del financiamiento del terrorismo. Aclarando, por supuesto que, tales interpretaciones responden a ciertos tipos y riesgos delictivos, sin convertirse en normas de interpretación general.¹⁴³

Como primer espacio de conclusión, podemos manifestar que la norma, para casos específicos, como el de España, carece de regulación positiva que manifieste los parámetros especiales que deberán contener los programas de cumplimiento, con el objetivo de aplicar, sea para una elusión de la pena o para una atenuante en la responsabilidad de la persona jurídica. Es así que toma relevancia la jurisprudencia y legislación de otros países y evaluar el tipo de tratamiento que se ha dado en estas situaciones específicas.

Empezando con Estados Unidos, las normas de *compliance* remontan un origen en el entonces gobierno de George W. Bush, donde se dio origen a la *Corporate Fraud Task Force*, a su vez y a la par, el Congreso del mismo Estado dictó la SOA (*Sarbanes-Oxley-Act 2002*, que en adelante la identificaremos únicamente como SOA), la cual promulga deberes de vigilancia y sistemas de *compliance* más apegados y estrictos para las actividades que desempeñan las corporaciones.¹⁴⁴

Esta norma SOA es la llamada a establecer el deber de contar con programas *compliance* dentro de las organizaciones, especialmente a aquellas que cotizan en bolsa y a sociedades auditoras externas.

Sin perjuicio de lo enunciado, Asencio Montenegro y Cuvi Santacruz nos aportan que en el año de 1991 se crearon las *Organizational Guidelines* (directrices organizativas) donde ya se incorporan los sistemas de *compliance* corporativo como un elemento considerativo para efectos de atenuar una pena, pero para calificar de efectivo el programa debía contener los siguientes parámetros: “el diseño de un código de conducta, designar

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ Arroyo Zapatero y Nieto Martín, *El derecho penal económico en la era compliance*, 212.

a una persona encargada del sistema (*compliance officer*), incorporar medidas de prevención, desarrollar un canal de denuncias anónimas (*Whistleblowing*) y someter el sistema a evaluaciones internas y externas periódicamente”.¹⁴⁵

Por otro lado, para Arroyo Zapatero, existe como uno de los principales problemas a destacar, la poca o casi nada interpretación de los tribunales de Justicia americanos acerca de la efectividad de los programas de cumplimiento de las organizaciones a la hora del cometimiento ilícito,¹⁴⁶ lo que lleva a formar fallos donde no se analiza a profundidad un contenido normativo preventivo, sino otros elementos a juzgar.

Y, aquellos tribunales “bien imponen penas menos graves a aquellas compañías que pese a tener programas de cumplimiento normativo no son efectivos siendo prueba de ello la comisión de delitos, bien no aplican ningún tipo de atenuación cuando la empresa ni siquiera dispone de uno”,¹⁴⁷ es decir, la amplia interpretación deja a salvo del criterio del juzgador, la imposición de la pena.

El autor adiciona:

De hecho, la praxis demuestra que la mayoría de empresas son castigadas por no disponer de programas de cumplimiento normativo efectivo. Sin ir más lejos, en los EE.UU., país en el que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha implementado ampliamente, no existe virtualmente ninguna compañía que habiendo sido condenada se haya juzgado su programa adecuado.¹⁴⁸

Es decir, los fallos interpretados de la legislación americana no resuelven en relación a los programas de cumplimiento, pero a su vez, no prescinden de su implementación en las organizaciones.

Tal ejemplo es el caso Harris, donde los dirigentes de la empresa autorizaron la celebración de contratos para telecomunicaciones en Colombia, motivados por el pago de comisiones (como analizamos en las inconductas comunes a nivel empresarial) a un miembro de la cámara de representantes, y como efecto del proceso penal se logró la absolución de la empresa, así como de sus funcionarios procesados, recalcando que tal absolución nunca se sustentó en la ejecución o existencia de un programa de *compliance*.

¹⁴⁵ José T. Asencio Montenegro y Mario F. Cuvi Santacruz, “Implementación de un Sistema Corporativo de Cumplimiento de Normativa, Compliance, en Ecuador: Beneficios y desafíos”, accedido 28 de junio de 2020, <https://ecotec.edu.ec/content/uploads/mcientificas2018/7gestion-relaciones-juridicas/005.pdf>

¹⁴⁶ Arroyo Zapatero y Nieto Martín, *El derecho penal económico en la era compliance*, 212.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*

Así también el caso *Lindsey Manufacturing Co.*, compañía que fue condenada por violar la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corruption Practices Act*) donde los procesados, incluida la misma organización, consiguieron la absolución por vicios procesales, sin tomarse en cuenta la existencia o inexistencia de un programa de cumplimiento.

A esto se agrega que, en los casos donde se prevé conseguir una atenuante a un fallo en contra de una organización, el programa deberá cumplir con los requisitos mínimos establecidos en la USFSG (normas promulgadas por la *United States Sentencing Commission* que tienen como finalidad homologar los criterios de determinación de las penas y medidas de seguridad aplicables) y que se remiten a los siguientes:

- (1) estableciendo estándares y procedimientos para prevenir y detectar conducta criminal;
- (2) involucrando a los directivos, personal de alto nivel y especialistas en el diseño, implementación y supervisión del programa;
- (3) ejerciendo una política de selección de personal adecuada a través de herramientas de due diligence;
- (4) comunicando periódicamente y de una forma práctica los estándares y procedimientos a las personas involucradas mediante capacitaciones y difusión ad-hoc;
- (5) monitoreando el cumplimiento del programa, evaluando periódicamente su efectividad y estableciendo un sistema de denuncias para los empleados y agentes de la organización que garantice su anonimato;
- (6) creando incentivos y medidas disciplinarias para asegurar su cumplimiento; y
- (7) tomar medidas tras la detección de conductas criminales.¹⁴⁹

Adicional, rescatando coherencia en la legislación americana, así como se legisla para atenuar la pena por cumplimiento de los programas normativos, también se ha normado las causas que excluyen dicha reducción, siendo estas, como primera, la demora en la identificación del hecho punible y la obligación de auto-denunciarse frente a las autoridades gubernamentales competentes.

Y, como segunda, en el supuesto de que un directivo, personal de las altas gerencias de la compañía o especialista en el diseño y ejecución del programa de cumplimiento ha participado directamente en el delito, lo ha tolerado u omitido o era consciente de su comisión.¹⁵⁰

Recorriendo, por su parte, la legislación australiana, propiamente en su norma penal, no contempla de forma expresa la existencia o inexistencia de un programa *compliance* que influya para una determinación de responsabilidad penal, pero en cuanto a su imputación, se puede interpretar:

¹⁴⁹ Bedecarratz, “La indeterminación del criminal *compliance* y el principio de legalidad”, párr. 19.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

imputa a la empresa un delito doloso (intention/ knowledge) o imprudente (recklessness) cuando sea posible probar que la corporación expresa, tácita o implícitamente autorizó o permitió la comisión del delito. La misma norma indica qué se entenderá por “autorización” o “permisión”: bien la prueba de que existía una cultura corporativa en el seno de la empresa en el momento de la comisión del delito que estaba dirigida, facilitaba, toleraba o llevaba al incumplimiento de las normas; o bien la prueba de que la corporación falló en la creación y mantenimiento de una cultura corporativa que requería el cumplimiento de una determinada disposición.¹⁵¹

Esta regulación toma al programa *compliance* en un punto bastante relevante, no así en otras legislaciones, puesto que toma a este como el medio para la comisión de un delito o bien como un elemento ineficaz que permitía dicha comisión, y a efectos de su valoración impone una sanción respectiva.

Concatenando, se reafirma la falencia que hemos enunciado, la norma en su mayoría, no detalla el contenido de los programas *compliance* y, por ende, no sería posible contar con los parámetros que deben incluir para evaluar su eficacia y ser alegado en un proceso penal para una elusión o una atenuación en la responsabilidad penal de la empresa.

En este sentido, se puede entender a la implementación de los programas de cumplimiento como de carácter voluntario en las empresas y su infracción no contempla sanción alguna, cumpliendo como una mera formalidad. Cuestión evidente para configurar una falta de fuerza probatoria o, al menos, de interpretación judicial en un supuesto proceso.

Ahora, pasando por la legislación alemana, que a través de la Ley de Sociedades Anónimas transformó los códigos de ética en materias de obligatorio cumplimiento, generando sanciones a su infracción, se obliga, a las sociedades admitidas a cotizar en Bolsa, a:

declarar, como parte de la contabilidad anual, qué recomendaciones han sido seguidas y cuáles no lo han sido y por qué. Esta declaración debe ser publicada en Internet. Si la información no corresponde a la verdad resulta punible según el § 331 n. 1 del Código de

¹⁵¹ Parker C., “Is there a re-liable way to evaluate organisational compliance programs?”, artículo presentado al *Current Issues in Regulation: Enforcement and Compliance Conference convened by the Australian Institute of Criminology in conjunction with the Regulatory Institutions Network*, RISS, Australian National University and the Division of Business and Enterprise, University of South Australia, Melbourne, 2-3 de septiembre de 2002, 6, HILL J.; “Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique?”, *Working Paper Number 03-10*, http://ssrn.com/abstract_id=429220, 21; “The practical impact of the Criminal Code approach is that to avoid liability for payment of a bribe by an employee, Australian corporations will need to demonstrate that they have in place effective anti-bribery compliance systems, which they actually maintain and enforce”, citado en Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, reseña de *El derecho penal económico en la era compliance* (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2013), 211-2.

Comercio, que corresponde al art. 290 del C.P. español (“Información inveraz en cuentas anuales y otros documentos”).¹⁵²

Como ejemplo en esta circunscripción, ha sido el caso *Kirch/Deutsche Bank* sentenciado por el Tribunal Supremo Alemán, donde se evidenció falta de información por conflicto de intereses en su consejo de vigilancia, con relación al proceso que Kirch seguía en contra del ex presidente de la Junta Directiva del Banco, Breuer, quien puso en tela de duda la solvencia de este consejo de vigilancia, atentando a las Reglas de buena dirección y de control de empresas.¹⁵³

Es además particular, en afianzamiento de nuestro estudio, otra de las figuras que ocupa la normativa alemana en cuanto a control aplicado a los deberes del Administrador de la organización, denominada *Governance Kodex*, que resultó de gran importancia para identificar un delito de sobornos en la compañía Siemens, en el cual se utilizaron los bienes de la sociedad para sobornar a los implicados con el objetivo de verse favorecidos en un concurso iniciado por un grupo italiano con el nombre de Enel, el cual consistía en entregar turbinas de gas para el país itálico.¹⁵⁴

Comparando ahora con el Reino Unido, existe la llamada *Bribery Act 2010*, que fue aprobada el 8 de abril de 2010 y entró en vigencia el 1 de julio de 2011, esta regula las sanciones y penas aplicadas a empresas (a las cuales denomina organización comercial relevante o *relevant commercial organisation*) que se encuentran vinculadas a casos de corrupción y contiene cuatro tipos de contravenciones: el cohecho (activo), el cohecho pasivo, el cohecho realizado por funcionarios públicos extranjeros y la omisión de impedir que se cometa cohecho al interior de la organización, cuando este se haya direccionado para su propio beneficio.¹⁵⁵

En la norma citada, las empresas serán responsables de no impedir el cohecho cuando una persona asociada a la misma soborne a otra para conservar o manejar un negocio, lo cual, para la empresa, será considerado como una presunción de culpabilidad, y responderá solo por el hecho de haberse cometido el ilícito por parte de su funcionario. Constituyendo una responsabilidad penal objetiva para la empresa.¹⁵⁶

En contraposición, como regla excepcional y perentoria, la norma establece la posibilidad de que la organización se exima de responsabilidad, si prueba que ha

¹⁵² Arroyo Zapatero y Nieto Martín, *el derecho penal económico en la era compliance*, 37.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Bedecarratz, “La indeterminación del criminal *compliance* y el principio de legalidad”, párr. 22.

¹⁵⁶ *Ibid.*

implementado los procedimientos adecuados de control, para ayudar a prevenir la comisión de delitos consagrados en su regulación.¹⁵⁷

La importancia y consistencia de esta legislación radica en que, los programas adecuados de prevención se convierten en carga probatoria para apelar a esta excepción de exclusión de la responsabilidad. En otras palabras, se considera su validez en la etapa procesal.

Empero, para entender lo denominado como procedimientos adecuados, el Ministerio de Justicia del Reino Unido publicó en marzo del año 2011 una Guía confeccionada especificando el alcance de esta disposición, a lo que agrega los siguientes principios:

los procedimientos deben ser proporcionales al riesgo de cohecho que enfrenta la organización y a la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades (proporcione procedimientos); los directivos principales deben comprometerse con las tareas de prevención de cohecho de las personas asociadas a la organización (top-level commitment); un análisis del riesgo de cohecho al que se está expuesto que sea periódico, informado y documentado (risk assessment); una selección y examen proporcionado y basado en el riesgo de las relaciones comerciales (due diligence); el aseguramiento de que las políticas y procedimientos de prevención del delito de cohecho han sido difundidos y comprendidos al interior de la organización (communication - including training); y un constante monitoreo, evaluación y revisión de los procedimientos de prevención de cohecho (monitoring and review).¹⁵⁸

Un breve paso por Portugal. El contraste de la legislación portuguesa no difiere en cuanto a imputar responsabilidad penal a la persona jurídica (persona colectiva como se denomina en este territorio), interpretándose controversialmente a esta responsabilidad por transferencia o vicarial, dado que la lógica es que la persona colectiva se hace responsable por el delito cometido por otro, que cumple funciones de gestión y control dentro de la empresa, mas no por uno propio.

Para Rogueiro Delgado, esta lógica en la responsabilidad vicarial surge “estableciendo la conexión del riesgo con la teoría de la imputación objetiva basándose en la vía de imputación por fallos de vigilancia”,¹⁵⁹ es decir, atribuir netamente por falta del control de quien fuere legalmente su atribución o función, quedando claro que, dicha transferencia no incluye el dolo y la culpa, que son elementos de una imputación subjetiva y que, por obvias razones, carece la persona colectiva.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Julio Regueiro D., “El Cumplimiento” en Derecho comparado: España y Portugal, *European Compliance & News*, accedido 4 de julio de 2020, 13-16, <https://lexgoapp.com/storage/files/84e97dfd72318f07061dfe9c5c9e6fdf.pdf>.

Dentro de sus presupuestos, en la legislación de este país, con respecto a los programas *compliance*, se hace una especial mención del rol de garantes que desempeñan los administradores, a los cuales el programa *compliance* delimita tres factores para su esfera de responsabilidad, en aras de obtener una exclusión de responsabilidad, resumiendo a los siguientes:¹⁶⁰

1) Que se delimite su competencia y sus funciones, eludiendo la posibilidad de intervenir para evitar una conducta por omisión;

2) Evaluar si el administrador puede compartir la responsabilidad con el grupo o la persona que aplica *compliance*, acotando que “el programa de cumplimiento no es una fórmula de exención plena de la responsabilidad, el responsable siempre tiene la obligación de vigilar. De este modo, cuando el departamento de cumplimiento sea ineficaz, mayor será la responsabilidad del administrador”;¹⁶¹

3) Delimitar la esfera de responsabilidad del CCO (Jefe de Cumplimiento), tomando en cuenta que “en la prevención de incumplimiento legal criminal, el CCO debe realizar la fiscalización preventiva en caso contrario incurre en responsabilidad penal, aunque en el caso de la detección de un delito cometido en el seno de la empresa, si no lo denuncia incurrirá en responsabilidad administrativa”.¹⁶²

En este sentido, es menester invocar un aporte del autor Regueiro, para el cual:

Los programas de cumplimiento sirven para el proceso disciplinario de forma interna, como una nueva fórmula de “Inquisición laboral” para aplicar la exoneración o agravamiento de la conducta del trabajo. En el caso de responsabilidad penal de empleados, el programa de *compliance* puede atenuar la responsabilidad de la persona jurídica sin embargo el criterio de algunos juristas como Matus Acuña, el administrador no puede invocar el programa de cumplimiento para descargar la responsabilidad de la persona jurídica.¹⁶³

Lo antes mencionado no descarta que, la legislación portuguesa contempla una causa de atenuación de la pena para las personas jurídicas siempre y cuando se acredite la eficacia del modelo de cumplimiento implementado, y que el ilícito haya sido cometido por un empleado.

Adicional, se debe hacer especial mención respecto a la cita detallada, que el administrador no puede invocar la implementación de un programa *compliance* para

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*, 2.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ *Ibíd.*

descargar la responsabilidad hacia la empresa, por cuanto se entiende que su deber es la propia protección de la empresa, siendo así que los dos serían sujetos de imputación.

En cuanto a las penas de las personas jurídicas, brevemente destacamos que comprenden la administración judicial de la actividad de la organización por un lapso de uno y cinco años, la aplicación de sanciones económicas y la orden de liquidación. Entre las sanciones accesorias están la exclusión del derecho a beneficios públicos, la descalificación temporal o permanente de actividades comerciales, entre otras.¹⁶⁴

En un último recorrido, por la legislación chilena, desde el año 2009 que se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha legislado en el sentido de normar esta imputación a toda clase de organizaciones y a toda clase de delitos, que contenga la responsabilidad penal de los directivos así como de los empleados de la organización, que se haya cometido en beneficio de la empresa, siempre que dicha comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la organización.¹⁶⁵

Estos deberes que constan en la ley son aquellos que deben constar en los programas de *compliance* y se entenderán cumplidos cuando hayan sido aplicados con anterioridad a la comisión del delito.

La ley, dentro de las modificaciones realizadas, también se encargó de regular los lineamientos para la adopción de los programas de cumplimiento, que reflejan el estado del arte al momento de implementarse en concordancia con lo ofrecido por el derecho comparado y, entre los que se destacan:

la designación de un encargado de prevención con facultades y recursos independientes de la gerencia de la empresa, que da cuenta directamente a la Dirección Superior de la misma, encargado de establecer un sistema de prevención de delitos, que tome en cuenta los riesgos de su comisión en las actividades de la empresa, establezca protocolos y reglas de actuación que permitan minimizarlos, y un sistema de sanciones internas que haga posible su enforcement dentro de la misma.¹⁶⁶

La particularidad y diferencia de este ordenamiento jurídico radica en que, de ser el caso que la persona jurídica haya decidido adoptar un programa de cumplimiento, la ley faculta someterlo a un proceso de certificación, mediante el cual se acredita que dicho programa cumple con todos los requisitos que la ley establece, y que se encuentra sujeto a la propia naturaleza de la empresa, tomando en consideración su giro, ingresos, etc.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, 3.

¹⁶⁵ Arroyo Zapatero y Nieto Martín, *El derecho penal económico en la era compliance*, 145.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

Tal certificación la emiten empresas que se dedican a auditorías externas, analistas de riesgos o cualquier otra entidad registrada en la Superintendencia de Valores y Seguros con funciones similares.

Propiamente, lo que contiene tal certificación, la cual no podrá superar dos años de vigencia, aparte del detalle de la individualización del mismo y de la entidad certificada y certificante es:

la mención de que la persona jurídica evaluada “cuenta con un modelo de prevención de delitos, que éste se encuentra implementado y que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en la ley” y el “período de vigencia del certificado, en la que en opinión de la entidad certificadora, resulta razonable volver a pronunciarse respecto de la existencia e implementación del modelo de prevención de delitos, para constatar que éste posee en todos sus aspectos significativos los requisitos establecidos en la ley.”¹⁶⁷

En este punto, es menester analizar el alcance de estos programas *compliance* certificados para la empresa, en aras de buscar una eximente de responsabilidad penal para la misma. Aquí vale el primer análisis de Matus Acuña, para quien el hecho de haber actuado de manera prudente, justa o reservada previamente, no exime de la responsabilidad por la inconducta que se comete después¹⁶⁸ (extendido esto a los actos que cometan las compañías en ejecución de sus programas de cumplimiento).

Esto se pone en contraste expreso frente a la situación del ordenamiento norteamericano, el cual sustenta la responsabilidad penal en su modelo vicarial, el cual estaría sujeto a grandes cambios de tomarse en cuenta un modelo u orden distinto, como aquel basado en la culpabilidad de la empresa o en el defecto de la organización, como equivalente funcional de la culpabilidad del ser humano como persona física, lo que al parecer intenta implementar el ordenamiento chileno a través de la norma y las certificaciones.

Agregando:

Podría suponerse que en este punto se encuentra la diferencia sustancial entre el sistema vicarial y el de la responsabilidad por defecto de organización: el defecto de organización y su antónimo, la buena organización (i.e., la adopción e implementación de modelos de prevención de delitos), jugarían en el sistema basado en el “defecto de organización” como requisitos de imputación, esto es, del “sí” de la pena; en cambio, en los sistemas vicariales, sólo tendría un rol limitado al “quantum” de la pena.¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 148.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, 149.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, 150.

Adicional a esto, en lo que presume ser un sistema basado en la responsabilidad penal por defecto de organización, con propósitos de eximente, se encuentran también dos causales atenuantes que se presentan, a su vez, en el derecho norteamericano, resultado de un programa efectivo de prevención, siendo estas:

la de haber denunciado previamente al delito, antes de su persecución formal (auto denuncia producto de una investigación interna por parte del encargado de cumplimiento, por ejemplo), y la de haber adoptado “antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación”.¹⁷⁰

Volviendo a la interrogante, para finalizar, podríamos concluir que lo que pretende la certificación de programas preventivos chilena, se limitaría a una acreditación de buen comportamiento corporativo previo y servir como prueba para una atenuación de la pena. Y, para los ordenamientos que buscan la culpabilidad de la empresa, para configurar una eximente *construida ex ante, una suerte de Bula papal*,¹⁷¹ y podría servir para garantizar a la persona jurídica que estará “ex ante exenta de la responsabilidad por la comisión de un delito en su provecho, por parte de un directivo o un subordinado”.¹⁷²

Me permito acotar que, indistintamente del ordenamiento jurídico, su tendencia o regulación posible, los avances en la actividad empresarial impiden, casi en su totalidad, configurar un programa de cumplimiento que proteja o prevea el cometimiento de delitos con absoluta eficacia, lo que alimenta aún más, el debate de atenuar o eximir las penas para las personas jurídicas y la importancia probatoria de dichos programas.

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ *Ibidem.* 151.

¹⁷² *Ibidem.*

Capítulo tercero

Lineamientos para la aplicación del *compliance* en Ecuador

A lo largo del análisis de nuestra temática, hemos rescatado importantes factores que justificarían la implementación de programas de control en los ordenamientos jurídicos de los estados y, no por menos, los problemas doctrinarios se han hecho presentes respecto de este tema, sobre todo, con relación a los efectos en la determinación de responsabilidad penal de la persona jurídica. Tales críticas no pierden sustento ni fundamentación y que, hasta la actualidad, siguen siendo debatidas en aras de reforzar las reformas normativas implementadas.

Latinoamérica no es la excepción, de hecho, toma relevancia puesto que son más evidentes los casos de corrupción que salen a la luz, por autoridades públicas inmersas en actividades comerciales de las empresas, vinculados a casos de soborno, lavado de activos, blanqueo de capitales, adjudicación de contratos, entre otros tantos.

Aterrizando en nuestro país, se ha ganado en conocimiento y publicidad de la figura *compliance*, a pesar de no crearse –hasta la fecha y a criterio del autor de este trabajo- una cultura desarrollada de prevención y control, pero que no aspiramos a menos aquellos que nos preocupamos por el desarrollo empresarial y los principios de buena conducta y ética, como principales elementos para asegurar confiabilidad, solidez y seriedad en las compañías, evitando a futuro, conductas delictivas.

Si nos fijamos a nivel sudamericano, encontramos países que sí se han encargado de legislar respecto de los programas de cumplimiento, tal es el caso de la legislación chilena y su sistema de certificaciones, Argentina, entre otros. Citando normas de carácter comunitario, tenemos la Convención Interamericana Contra la Corrupción, como un acercamiento a las intenciones de prevención y vigilancia, que promueve mecanismos necesarios para la prevención y erradicación de la corrupción en los Estados Partes, y la cooperación que entre éstos se deberá brindar para la prosecución de sus fines.

Esto no impide ni limita que los estados por sí solos se empeñen en crear normas de carácter interno, que consoliden la actividad empresarial a la par de la sanción por las conductas contrarias a las buenas costumbres corporativas y que, sin duda, refuerce el ordenamiento jurídico, que debe evolucionar de la mano de las nuevas formas de

comercio, empresa y producción consecuencia del desarrollo tecnológico y la globalización, y Ecuador no es la excepción.

1. Actualidad de la figura *compliance* en Ecuador

El Ecuador, como todos aquellos países que sufren por la corrupción constante, es víctima de aquellos comportamientos en contra de las buenas costumbres, no solo en el ámbito político, pues, evidentemente, sus repercusiones son mayores en el ámbito económico. Los perjuicios son incontables, tanto en el sector público como privado. Y la suerte empresarial no sale airosa de este fenómeno.

Dentro del sinnúmero de repercusiones que se generan por actos de corrupción, donde la figura empresarial se encuentra inmersa directa o indirectamente, encontramos que el estado se ve perjudicado dependiendo el ilícito o comportamiento contrario a la ley que se presente, pues, en su economía, puede verse afectado en su recaudación de impuestos por la falta de declaración tributaria, la pérdida de fondos por contratos con sobre precios, lavado de activos, entre otros.

Pero, adicional, debemos rescatar un aspecto no menos importante, y es el hecho del esfuerzo que se debe realizar para identificar a los responsables del delito, esto es “activar el aparataje estatal y sus colaboradores; es decir, el gasto público destinado a seguridad crece en correspondencia al alza de índices de inseguridad y delincuencia.”¹⁷³

Acotando, la participación de los funcionarios públicos y de figuras de la política nacional, genera desconfianza respecto del sistema y de las instituciones en general, creando a su vez, inseguridad jurídica y falta de interés por parte de los inversionistas extranjeros y nacionales, haciendo indispensable las normas de vigilancia y control, es decir, la implementación del *compliance program*.¹⁷⁴

En su afán de normar con relación a las tendencias modernas de regulación para las personas jurídicas, el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano publicado el 10 de febrero de 2014, al igual que el implementado con la ley reformativa de febrero de 2021, establecía que las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado, son penalmente responsables por los injustos cometidos para su

¹⁷³ José Miranda Cifuentes, “*Compliance* program como herramienta en la lucha contra la corrupción en Ecuador”, *RFJ*, n.º 4 (2018): 37-52, <https://www.redalyc.org/journal/6002/600263661002/>.

¹⁷⁴ *Ibíd.*

beneficio o de terceros como sus asociados, por los actos u omisiones de quienes ejercen su propiedad o su control, administradores, directivos, representantes, entre otros.

Este artículo se complementa con el siguiente en su orden, el cual pone de manifiesto que:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento.¹⁷⁵

Como vemos, el alcance de la norma es escueto, y se simplifica a enunciar las razones por las cuales no se puede extinguir o modificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es decir, se limita a manifestar que su determinación continúa para efectos del proceso penal.

Esta eventualidad, a criterio de Miranda Cifuentes, estaba incompleta, dado que no existían en nuestro sistema penal circunstancias modificatorias de la pena que favorezcan la situación penal de las personas jurídicas.¹⁷⁶ Con esto confirmábamos que la norma dejaba un gran vacío al respecto, y no incluía ninguna situación, con efectos procesales, en la cual intervenga o tenga alguna importancia los programas de cumplimiento; menos aún, la exigencia de una responsable implementación y sus efectos (eximentes o atenuantes) sobre la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica.

Dicha deficiencia se vio superada con la implementación del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción, de 17 de febrero de 2021, a través de la ampliación al artículo 49; en consecuencia, ¿por qué es importante que en el Ecuador y en su ordenamiento jurídico exista la obligatoriedad de implementar programas *compliance*?

Como respuesta, regular en este sentido permite que la situación jurídico-penal de la organización para su defensa en un proceso investigativo conserve equivalencia frente a la situación de la persona natural; dicho de otra manera, que los programas *compliance* sean el medio que permita a la persona jurídica liberar o, en su defecto, atenuar su responsabilidad penal.

¹⁷⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 50.

¹⁷⁶ Miranda Cifuentes, *Compliance program como herramienta en la lucha contra la corrupción en Ecuador*, 12.

A su vez, legislar en el sentido de que dichos programas cumplan con requisitos mínimos básicos y homogéneos para su implementación, sin perjuicio de los agregados a los cuales puedan ser sometidos dependiendo el área de aplicación o la naturaleza de la organización.

Es de recalcar que, una vez que se ha legislado en tal forma, sería prudente diferenciar la esfera sobre la cual aspira a defenderse la empresa, ya que de manera general se entendería responsable del hecho ilícito al igual que una persona física, sin tomarse en cuenta los elementos conductuales que lo diferencian en relación a las categorías dogmáticas del delito, puesto que su naturaleza reprochable corresponde a un defecto de organización (o en su defecto, a un tratamiento por sistema vicarial). Y, consecuentemente, valorar la importancia probatoria que debería tener la implementación, según su tiempo y eficacia, de los *compliance programs*.

El Servicio de Acreditación Ecuatoriano, en su plataforma informática, el 9 de febrero de 2018 realiza una publicación acerca del Sistema de Gestión *Compliance*, en el cual se destaca las ventajas corporativas de conseguir una certificación por norma UNE 19601, calificándola como el compromiso de una organización con los valores legales, éticos y sociales.

Lo que demuestra que, en nuestro país, se está propendiendo a regular las políticas de control y vigilancia que deben implementar las empresas y se ha tomado como documento de referencia la norma UNE 19601, dando por entendido que será esta dependencia estatal la encargada de certificar o acreditar tal condición.

Esta norma corresponde a una regulación emitida por la Normalización Española UNE, de mayo de 2017, con el nombre “Sistema de gestión de *compliance* penal – Requisitos con orientación para su uso”, que fue elaborada por el comité técnico CTN 307, Gestión de riesgos, cuya secretaría desempeña UNE. Esta destaca como objeto y campo de aplicación el establecimiento de los requisitos y guía de los parámetros para implementar, mantener y mejorar periódicamente políticas de *compliance* penal y los demás elementos de un sistema de gestión y protección *compliance* penal en las organizaciones.

De igual manera, una característica importante es su carácter extraterritorial, ya que esta norma puede ser aplicable en el campo de sistema de gestión y control sobre riesgos penales, siendo de gran utilidad para establecer sistemas de vigilancia y gestión para la prevención e identificación de delitos cometidos por las actividades propias empresariales, fuera de la circunscripción española.

Con esto, se presume que en el intento de regular los programas de cumplimiento, esta cartera de estado fomenta la acreditación de dichos programas basándose en el modelo español de la norma UNE, con sus directrices, requisitos y alcance de aplicación. Cabe destacar que, en el Ecuador existe regulación de cumplimiento respecto a la prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y financiamiento del delito, tema al que entraremos en mayor detalle en el acápite final de este capítulo.

2. Implementación de sistemas de *compliance* en la normativa interna de las empresas

Hasta el desarrollo de estas líneas, podemos asegurar que se encuentra justificada la necesidad de contar con programas de vigilancia y control en las organizaciones empresariales y hacer frente a sus potenciales riesgos, más aún por todo el ejercicio de derechos y obligaciones que estas adquieren, inherentes a su personalidad jurídica, que son el resultado de sus actividades y de su comportamiento acorde o no, al ordenamiento jurídico de cada país.

Con ello, hemos podido concluir que, en nuestro país, no existe norma sustantiva que imponga la obligación de adoptar sistemas de cumplimiento que intenten prevenir el cometimiento delictivo por parte de sus administradores, apoderados, empleados y demás personas implicadas en la actividad empresarial (con la salvedad en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento de delitos y lo establecido en la Ley reformativa al artículo 49 y 45, numeral 7, del Código Orgánico Integral Penal), sea voluntario o involuntario.

A su vez, las constantes reformas legislativas que contemplan cambios en el objeto social de las compañías, así como las drásticas sanciones (pecuniarias e incluso la extinción) a las personas jurídicas dan origen a la necesidad de crear estrategias de prevención internamente en las empresas, con el fin de mitigar los riesgos a los cuales se encuentran expuestas.

En nuestro medio jurídico, será importante para dar los primeros pasos hacia la regulación ampliada y profundizada del *compliance*, crear incentivos que motiven la implementación de estos programas, originando un efecto preventivo positivo en las compañías, lo que, a la vista de Asencio Montenegro y Cuvi Santacruz, es importante que, a la par de crear obligaciones para las empresas, se retribuya a través de incentivos para lograr una disminución importante de compañías infractoras sobre todo en el área

tributaria, suponiendo ventajas tanto para la administración como para las empresas, porque los delitos por defraudación o fiscales producen, evidentemente, perjuicios económicos para el estado.¹⁷⁷

Rescatando una propuesta de los autores destacamos:

Uno de los beneficios atractivos para los empresarios y las compañías son las exoneraciones y exenciones de impuestos. Se puede determinar que las empresas que cuenten con un sistema de cumplimiento de normativa en el cual se incluya la prevención de delitos fiscales y que dispongan de una certificación emitida por una compañía auditoria calificada obtengan cierto tipo de exenciones tributarias como retribución a sus buenas practicas. De esta forma, las compañías verían como un beneficio la implementación del sistema de *compliance* más que como una inversión.¹⁷⁸

Debemos tomar en consideración la realidad nacional, es decir, en el Ecuador no contamos, en su gran mayoría, con empresas transnacionales que contengan realmente todo un aparataje organizativo que abarque mercado nacional e internacional, sin negar por supuesto, que ello no implica que, en lo absoluto, no contemos con grandes y reconocidas empresas, incluso de origen ciento por ciento nacional, o en su defecto, mixtas.

Esto implica sin mayor debate que, el tamaño de la empresa no es un elemento a considerar al momento de decidir implementar programas de cumplimiento, puesto que, el delito mismo, puede ser cometido en una empresa grande o pequeña, ya que no depende de esta característica, sino del nivel ético y formativo de quien es dueño del hecho delictivo. La importancia radica en crear una cultura normativa de prevención a todo nivel y tamaño organizativo.

Recogiendo el aporte de los autores arriba citados, en el Ecuador cerca del 90.51% de las organizaciones son identificadas o agrupadas en la categoría de microempresas, contando con un máximo de nueve empleados, en este sentido, el programa de cumplimiento recaería sobre una sola persona, que sería el *compliance officer*,¹⁷⁹ el cual actuaría como órgano unipersonal, sin perjuicio de que este cargo recaiga sobre el mismo órgano de administración.

Empero, para efecto de nuestro estudio, tomaremos como modelo el aporte de Aguilar, Jiménez y Blas en cuanto a la implementación y puesta en marcha de un sistema *compliance* para la prevención de la responsabilidad penal de la persona jurídica

¹⁷⁷ Asencio Montenegro y Cuvi Santacruz, "Implementación de un Sistema Corporativo de Cumplimiento de Normativa, *Compliance*, en Ecuador: Beneficios y desafíos", párr. 10.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*, 12.

(tomando en consideración que existen programas *compliance* que se implementan para diferentes materias, y estándares propios que lo rigen, como pueden ser la UKBA (*United Kingdom Bribery Act*), la guía de OCDE de buenas prácticas y la ISO 19600 de *compliance*), a nivel empresarial en nuestro país, que lo desarrollan por fases y que se remite a lo siguiente.

Fase 1: Ámbito, materias incluidas y alcance del *compliance*

Se empieza delimitando el ámbito de aplicación sobre el que operaría el programa en la organización, así como las materias que serán tratadas, con el objetivo de asegurar la supervivencia y sostenibilidad, tomando con mucha consideración las políticas de responsabilidad social. Al referirnos a las materias, se considera aquellos campos de actividad propios en los cuales la compañía desarrolla sus funciones y sus áreas de negocio.

Si contamos con que, en algún momento en nuestro país se legislará a favor de las empresas con un programa de cumplimiento, podríamos apegarnos a lo establecido en el artículo 31 bis del Código Penal Español, que recoge los requisitos de los modelos de organización y gestión, que son:

- 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.
- 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.¹⁸⁰

A esto se acompaña como elemento esencial de los programas *compliance* la creación de un órgano que se encargue de la “supervisión, del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado, con poderes autónomos de iniciativa

¹⁸⁰ Aguilar Sáenz, Jiménez Rodríguez y Blas Herrero, *Compliance: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la mediación organizacional*, 232.

y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos”.¹⁸¹

Seguido, y como parte del ámbito de aplicación, se deberá realizar un estudio de la normativa aplicable a la organización (incluyendo normas sectoriales), y así, definir sus materias. Una vez definido esto, se deberá realizar un análisis del grado de cumplimiento de la organización frente a esta normativa, dando paso a un análisis de riesgos más apegado a la realidad,¹⁸² y la posible exposición a una responsabilidad penal.

Fase 2: Diagnóstico y mapa de riesgos

Iniciando, “La definición de los riesgos es imprescindible para poder priorizar y dimensionar las acciones a ejecutar, de forma que el programa resulte efectivo desde un punto de vista práctico y garantice que los recursos disponibles se utilizan de manera eficiente.”,¹⁸³ para ello, se puede basar en los conceptos y procesos de gestión de riesgos que se pueden encontrar en normas internas de un país o en normas de carácter internacional. Básicamente, es la valoración de la afectación a futuro de los objetivos empresariales y, tras un análisis de impacto y probabilidad se obtienen los resultados.¹⁸⁴

Las normas ISO 31000 acerca de la valoración de riesgos, establecen que su valoración permite identificar y clasificar los riesgos, conocer su origen, sus posibles consecuencias, jugar con probabilidades y evaluar la presencia de factores que puedan disminuir las consecuencias del riesgo¹⁸⁵ y, dependerá de este análisis su tratamiento.

La identificación de los riesgos se resume en el diagnóstico de las diferentes circunstancias que rodean a la actividad empresarial, con el objetivo de disminuir, trasladar o eliminar su injerencia afectando su normal desarrollo.

Fase 3: Plan de prevención, detección y reacción

Esto se remite al desarrollo de todos los mecanismos necesarios para la adopción y ejecución del programa *compliance*, en razón de cumplir con la obligación de rendir cuentas por parte de la organización o empresa y de librarle de aquellos actos que le

¹⁸¹ *Ibid.*, 234.

¹⁸² *Ibid.*, 237.

¹⁸³ *Ibid.*, 243.

¹⁸⁴ *Ibid.*, 244.

¹⁸⁵ *Ibid.*,

generen una responsabilidad. Incluso, fuera de la órbita penal, estos programas de cumplimiento dejan sentada una base normativa interna que deben seguir sus colaboradores y, en caso de incumplimiento, adoptar las medidas disciplinarias o laborales correspondientes.

Es menester citar: “Es por ello que adquiere una importancia fundamental la labor de *awareness* (conciencia) y la comunicación de dichos protocolos a las personas que se encuentran dentro de su alcance subjetivo”.¹⁸⁶

En esta fase se procura la implementación de un código de ética o de conducta, que refleje la identidad y valores de la empresa y que, según el Código Olivencia (en la actualidad, se puede tomar como referencia otras normas de conducta dependiendo la materia a la cual se va a aplicar, como por ejemplo, lo dispuesto en la Comisión de Aldama para mercados financieros), puede incorporar las siguientes sugerencias:

- La necesidad de separar gestión y propiedad de la empresa proponiendo la conveniencia de incorporar al Consejo de Administración una mayoría de consejeros independientes, es decir, no vinculados a la dirección de empresa o a los vínculos accionariales de control y que acceden al cargo por ser profesionales con experiencia y prestigio profesional.
- La misión de los consejeros se basa en defender los intereses de la sociedad fomentando la toma de decisiones que mejoren la gestión de la empresa, arbitrar mecanismos para fomentar la defensa de los intereses del pequeño y mediano inversor.
- Se contempla la creación de las llamadas comisiones delegadas de control, que deberán garantizar la función de supervisión del órgano de administración. Estas comisiones están compuestas por consejeros externos y serían básicamente: de auditoría, encargada de la verificación de la contabilidad de la sociedad, de nombramientos cuya misión es la selección de los consejeros y de retribuciones, que deberá supervisar la política de remuneración.
- Se recomienda un único mandato de cuatro o cinco años.
- También sugiere que ningún consejero forme parte de más de tres consejos de administración, y se recomienda el retiro de los consejeros a los 70 años, eliminando y declarando nulas las cláusulas de blindaje.¹⁸⁷

La creación de estos códigos deberá estar en concordancia con la detección de riesgos realizada en la fase anterior, así como el ámbito territorial, el tamaño de la empresa, el sector de actividad, la cultura empresarial, las obligaciones legales y, a su vez, plasmar las pautas de comportamiento intolerables, rescatando la independencia de la compañía frente a los actos fraudulentos que la exponen.¹⁸⁸

Finalmente, toda vez que se ha estructurado el programa *compliance* acorde a las necesidades de la organización, delimitando su alcance, previniendo riesgos y adaptando

¹⁸⁶ *Ibíd.*, 246.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, 246-7.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, 250.

su plan de prevención, se hace sumamente necesario dar a conocer a todos los implicados el contenido del programa que deberá ser de obligatorio cumplimiento, y a su vez, será necesaria la constancia o prueba de este proceso de socialización.

3. Aplicación en la prevención del lavado de activos

Nuestra legislación ecuatoriana sí contempla normas en cuanto a la prevención del delito de lavado de activos, que se encuentran en distintos cuerpos legales adecuándose a cada ámbito de aplicación. Estas normas contienen disposiciones en cuanto a programas de prevención, que en algo se asemejan a los *compliance programs* que hemos analizado a lo largo de este estudio. Empezaremos este apartado con un breve repaso de algunas normas de obligatorio cumplimiento y, realizaremos una interpretación analógica en cuanto a los *compliance program*.

3.1. Ley Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos

La finalidad de esta ley es prevenir, detectar y erradicar el lavado de activos y la financiación de delitos, en sus diferentes modalidades, tal cual lo manifiesta en su artículo primero, contemplando a las empresas u organizaciones que sean utilizadas para ese propósito y a todas las actividades económicas susceptibles de realizar esta actividad.

En consecuencia, de manera amplia podríamos empezar definiendo que le es aplicable a la mayoría de empresas en razón de realizar actividades económicas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5, donde se detallan, a más de las entidades del sistema financiero y de seguros, aquellas obligadas a informar las operaciones y transacciones económicas.

El lavado de activos, de manera general, se empieza a identificar cuando existen operaciones o transacciones económicas inusuales, injustificadas o sospechosas, que no sean compatibles o consecuentes con el perfil económico y financiero que identifica a la persona sea natural o jurídica, y que estas han conservado con la entidad reportante, que no puedan sustentarse y que generen una alerta evidente.¹⁸⁹

El ente rector en esta materia es la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, que tiene la capacidad, por Ley, de diseñar y aprobar políticas, normas y

¹⁸⁹ Ecuador *Ley Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*, Registro Oficial 802, Suplemento, 21 de julio 2016, art. 3.

planes de prevención y control del lavado de activos y financiamiento de delitos, acercándose a lo que podría entenderse como una actividad afín a los programas de cumplimiento y, designa a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UA FE), como la entidad técnica responsable de la recopilación de información, realización de reportes, ejecución de las políticas y estrategias nacionales de prevención y erradicación del lavado de activos y financiamiento de delitos.

Dentro de las funciones principales de esta Unidad, se destaca la de elaborar programas y ejecutar acciones para detectar las operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas. Estos programas deberán ser ejecutados por las entidades del sector público y privado de alcance de esta ley.

Dentro del artículo 4, en su literal d), explícitamente ya establece la existencia de un comité de cumplimiento y una función a desempeñar (reportar las operaciones inusuales), que aplica para las instituciones del sistema financiero y de seguros, como una obligación en un determinado tiempo.

Como podemos observar de lo resumido, esta ley no abarca disposiciones amplias y expresas, en su alcance, en cuanto a los planes de prevención, así como tampoco su influencia en un proceso penal por los delitos que pretende erradicar, pero prevé a los órganos facultados, la capacidad de crear políticas y planes de control.

Ricardo Vaca Andrade en su estudio “Comentarios a la Ley para reprimir el Lavado de Activos” realiza algunas observaciones en cuanto a la manera de conceptualizar ciertos alcances de la misma –por supuesto, esta norma ya ha sufrido varias modificaciones- iniciando por algunos cambios desarrollados en comparación al proyecto original.

El autor citado cuestiona lo que, a su parecer, abarca el delito del lavado de activos en la ley para reprimir este delito (promulgada y vigente a octubre de 2005) en lo relativo al espíritu inicial del proyecto presentado, ya que en este último se hacía constar que este tipo delictivo tendría la característica de imprescriptible y autónomo frente al delito determinante que lo presida; es decir, que no se necesitaría sentencia condenatoria previa.¹⁹⁰

Esto lo sustenta manifestando que, como se ha visto en otras ocasiones con los legisladores nacionales, corresponde a intereses particulares el hecho de haber eliminado

¹⁹⁰ Ricardo Vaca Andrade, “Comentarios a la Ley para reprimir el Lavado de Activos”, *Análisis jurídico en búsqueda de una justicia justa*, accedido 27 de marzo de 2021, párrs. 2-27, <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/comentarios-a-la-ley-para-reprimir-el-lavado-de-activos/>

estas características para esta conducta, ya que el objetivo principal es que el transcurso del tiempo permita que las actividades relacionadas al lavado de activos no puedan ser investigadas y castigadas.

Esta suerte no sucedió con la característica de la autonomía ya que esta si perduró en el proyecto de ley y en el documento final, algo que rescata el autor citado ya que permitiría la investigación del delito de lavado de activos de una manera independiente a las conductas que lo pudieron anteceder, es decir, las conductas determinantes no exigían sentencia condenatoria.

Es menester aclarar también, que la actual Ley de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, a diferencia del proyecto inicial de la Ley para reprimir el lavado de activos del 2005, ya no contempla la especificación de esta conducta o, mejor dicho, no contempla la tipificación de la infracción; ya que, considerándolo un acierto legislativo, esta función corresponde única y exclusivamente a la ley sustantiva de la materia, siendo este el Código Orgánico Integral Penal.

Otro importante comentario que realiza el autor con relación a las penas propuestas para este delito, es que no corresponden a la gravedad de la conducta y su injerencia, tachando de “sospechosa” la legislación favorable o, en su defecto, menos grave que se dio a este tipo delictivo, y que efectivamente los diputados de aquel entonces prefirieron aliviar las penas inicialmente propuestas.¹⁹¹

A su vez, resulta curioso para el autor citado que el congreso de aquel entonces no haya considerado otro grupo de delitos como tales, siendo éstos el Incremento Patrimonial o Gastos no Justificados, Destrucción, alteración u ocultamiento de evidencia, Responsabilidad por evasión o fuga, Intimidación o daños a autoridades o funcionarios, Intimidación o extorsión a particulares, Incumplimiento doloso, Obstrucción de la justicia, Violación de la Reserva, entre otros.¹⁹² Esto no descarta que en la actualidad se haya dado un tratamiento a estas conductas.

En lo que fuere la Ley para reprimir el lavado de activos del 2005, ya se contemplaban normas dirigidas a entidades del sector público y privado para ejecutar programas o acciones de prevención dictadas por la Unidad de Inteligencia Financiera (hoy Unidad de Análisis Financiero y Económico UAFFE) pero que no se expresan con gran detalle o prolijidad su aplicación; en razón de aquello, la crítica de Ricardo Vaca se ve reforzada en su “sospecha”, ya que existió en el proyecto inicial un apartado exclusivo

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² *Ibíd.*

dedicado a la sistematización de las normas de prevención que fue descartado por los legisladores de la época.

3.2. Reglamento General a la Ley Orgánica de Prevención, Detección y erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos

El artículo 5 de esta norma adjetiva, manifiesta que los sujetos obligados a reportar deben ejecutar un sistema de prevención y control de riesgos que permita detectar, a tiempo, casos potencialmente vinculados con el lavado de activos o el financiamiento de delitos en sus diferentes modalidades,¹⁹³ y si bien no lo denomina “programa de cumplimiento” propiamente, funge como un medio de prevención, aplicado tanto para clientes como para su propio ejercicio.

Concordante con el siguiente artículo en su orden, este Reglamento establece que los sujetos obligados a reportar tienen la obligación de aprobar e implementar un cuerpo normativo de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos (se podría entender a este como una primera norma de cumplimiento), el cual integre todas las disposiciones establecidas tanto en la norma sustantiva y aquellas que sean dictadas por los organismos de regulación y control correspondientes y, a su vez, deberá ser registrado en la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE).

En el capítulo II, en el cual se norma acerca del Oficial de Cumplimiento y del Comité de Cumplimiento, en su artículo 13, se habla específicamente del oficial de cumplimiento, enunciando que este deberá ser registrado en la UAFE, previo el cumplimiento de las condiciones prescritas en las normativas que para su elección haya emitido el ente de control, exceptuando de esta obligación, a las personas naturales obligadas a informar.

A fin de poder identificar y comparar el rol que cumple el Oficial de Cumplimiento en el marco de la detección del delito de lavado de activos y financiamiento de delitos, frente al *compliance officer* (en su forma analizada en este estudio) detallamos las funciones que se han establecido en su campo de acción. De conformidad al artículo 15 de este Reglamento se determina como funciones:

¹⁹³ Ecuador *Reglamento Ley de Lavado de Activos y del financiamiento de Delitos*, Registro Oficial 966, Suplemento, 20 de marzo de 2017, art. 5.

- a. Realizar los controles correspondientes sobre las operaciones y transacciones que igualen o superen el umbral legal. Estos controles constituyen uno de los insumos para la detección y reporte de operaciones inusuales e injustificadas;
- b. Remitir dentro del plazo legal fijado para el efecto, los reportes previstos en el artículo 4 de la Ley;
- c. Presentar sus reportes mediante el formulario fijado para el efecto, conforme a la estructura establecida en los manuales emitidos por la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE);
- d. Cooperar con la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), en la entrega oportuna de la información adicional que ésta solicite, de conformidad con el término establecido en la Ley. La negativa o retraso en la entrega de la información, dará lugar al inicio de las acciones administrativas y legales que correspondan;
- e. Comunicar en forma permanente al personal del sujeto obligado, acerca de la estricta reserva que deben mantener en relación a los requerimientos de información realizados por la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), de conformidad con lo previsto en la Ley;
- f. Informar dentro de los primeros treinta (30) días de cada año a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), sobre la capacitación recibida en el año anterior; y,
- g. Planificar y coordinar la capacitación para el personal del sujeto obligado, así como liderar la expedición de manuales, políticas y procedimientos internos en materia de prevención y detección de lavado de activos.¹⁹⁴

Si bien esta figura es específica para el campo de prevención del lavado de activos y financiación de delitos, podemos evidenciar que su función constante en literal g), es posiblemente la función que más se asemeja a las que desarrolla un *compliance officer* (tal cual lo hemos analizado en este estudio), por cuanto, es el llamado a liderar la creación de manuales, reglamentos, protocolos de carácter interno para la organización; sin dejar de lado la función del literal e), que aplicada a las empresas, consiste en mantener al personal pendiente del cumplimiento de las normas específicas en la prevención adaptadas para la misma.

Por su parte, es muy escueta la definición que se plantea en cuanto a la conformación del comité de cumplimiento para este sector, limitándose a establecer que, los sujetos obligados a informar deberán conformarlo de acuerdo con las disposiciones emitidas para el efecto por su respectivo organismo de control, sobre la base de las políticas que establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (artículo 18).

3.3. Normas Prevención Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo: Resolución de la Superintendencia de Compañías 20

¹⁹⁴ *Ibíd.*, art. 15.

Esta norma, la cual ha sido emitida por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, establece en su artículo primero, como ámbito de aplicación la regulación de todos los procedimientos y mecanismos para la prevención del lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otros delitos, que deberán cumplir y ejecutar los sujetos obligados a reportar o las sociedades reguladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros,¹⁹⁵ en relación con las actividades establecidas en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.

Encontramos en esta norma que ya se brinda una definición de oficial de cumplimiento, de manera textual la define: “es la persona responsable de velar por la observancia e implementación de las políticas, controles y procedimientos necesarios para la prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos, y de verificar la aplicación de la normativa existente sobre la materia.”¹⁹⁶

Esta figura es la que cumplirá el rol de control y vigilancia en las organizaciones frente a las conductas que infieran sospecha por el delito de lavado de activos, diferenciándose del *compliance officer* que hemos analizado, en el sentido de que este último cumple sus funciones de una manera más amplia, para evitar cualquier determinación de responsabilidad penal de las personas jurídicas no sólo por el delito de lavado de activos. Pero que, indudablemente, se asemejan por su rol de agentes de cumplimiento para la organización.

Dentro de las políticas y procedimientos de control que se deben implementar por los obligados, esta norma incluye, como generales de su contenido, las siguientes:

4.1 Establecer lineamientos que les permitan analizar, evaluar, monitorear y tratar con eficacia los riesgos que se hayan identificado.

4.2 Asegurar que los miembros de la compañía tengan el conocimiento de las normas legales y reglamentarias relacionadas con la prevención de lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y otros delitos y le den cumplimiento.

4.3 Minimizar el grado de exposición inherente al lavado de activos y al financiamiento del terrorismo y otros delitos.

4.4 Establecer las políticas y procedimientos para conocer al cliente, proveedor, empleado, socio/accionista, mercado y corresponsal, según el caso; y definir a los responsables de su implementación.

4.5 Garantizar la reserva y confidencialidad de la información reportada conforme lo previsto en la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, así como también de

¹⁹⁵ Ecuador *Normas Prevención Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo, Resolución de la Superintendencia de Compañías 20*, Registro Oficial 96, Suplemento, 9 de diciembre de 2019, art. 1.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, art. 2.

aquella información que se genera en cumplimiento de las políticas y procesos de prevención.

4.6 Establecer sanciones a los empleados, socios/accionistas que no cumplan con las políticas y procedimientos aprobados en la compañía.¹⁹⁷

Como vemos, tales parámetros son en parte aquellos que se pueden establecer dentro de los programas de cumplimiento que hemos analizado a lo largo de nuestro estudio. No es más que aplicar el *compliance* pero de manera exclusiva para el tipo delictivo de lavado de activos, financiamiento de terrorismo y otros delitos. Destacando que las denuncias a este tipo de regulaciones se las debe realizar al órgano de control, UAFE.

Adicional, como parámetros que debe incluir el Manual de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos para este sector, la norma de manera expresa establece que deberá contener:

- Políticas y procedimientos para vincular a clientes actuales y nuevos; empleados, socios/accionistas; proveedores y corresponsales; actualizar y verificar su información, incluida la aplicación de las políticas de debida diligencia.
- Políticas y procedimientos para conservar y custodiar los registros operativos; así como la información solicitada por las autoridades.
- Los canales de comunicación e instancias de reporte, entre el oficial de cumplimiento y demás áreas de la compañía.
- El proceso de los reportes periódicos, de acuerdo a la ley.
- El procedimiento para la revisión de las listas de información, nacionales e internacionales y procedimientos a seguir en caso de coincidencias.
- Los procedimientos para detectar señales de alerta, de acuerdo a la naturaleza de los productos y servicios que ofrece la compañía.
- La metodología de la herramienta que utiliza la compañía, para determinar el perfil del cliente y su riesgo.
- La identificación de los responsables en las áreas que intervienen en la aplicación de las diferentes políticas y procedimientos implementados por la compañía, relacionados con la prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos.
- Las sanciones a los empleados, socios/accionistas del sujeto obligado, por incumplimiento de las políticas y procedimientos adoptados.¹⁹⁸

Como vemos, son estándares dedicados al tipo penal que se intenta prever, lo que, analógicamente a los programas *compliance*, se aplica de conformidad al análisis de los riesgos propios a lo que posiblemente puede estar expuesta la compañía. La norma, a su vez, dispone que las empresas deben contar con su propio manual de prevención aun cuando se cuente con un mismo oficial de cumplimiento, siendo así que se ratifica en que los programas de cumplimiento deben ser elaborados acorde a la naturaleza de cada organización.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, art. 4.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, art. 8.

A su vez, esta norma establece que la junta general de accionistas o socios es la encargada de aprobar el Manual de Prevención y designar o remover al oficial de cumplimiento propuesto por el representante legal, quien deberá cumplir con un grupo de requisitos previos.

Cabe destacar que, las funciones que desempeñe el oficial de cumplimiento son acordes a los programas de prevención de lavado de activos y financiamiento de delitos que se encuentran en sus respectivos manuales.

Finalmente, tal cual lo manifiesta la Ley de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, las diferentes carteras de estado con funciones de control y supervisión, en el ámbito de sus competencias, están facultadas para dictar las normas necesarias a fin de prevenir estos tipos delictivos, incluso crear unidades complementarias antilavado, y que se encargarán de normar todos los procedimientos de prevención y cumplimiento.

Ejemplo de ello tenemos la Codificación Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo III, en su Capítulo III, acerca de las Normas para las Entidades de los Sectores Financieros Público y Privado sobre Prevención de lavado de Activos, y del Financiamiento de delitos como el Terrorismo, donde también se contempla las funciones de un oficial de cumplimiento, su rol dentro de la entidad, obligaciones y funciones del comité de cumplimiento, entre otras.¹⁹⁹

En concordancia con el Libro Primero, Tomo V, Capítulo V, que contiene la Norma de Control para la Calificación de Oficiales de Cumplimiento de las entidades controladas por la Superintendencia de Bancos, la cual, por su parte, contiene toda la normativa aplicable para la calificación de los oficiales, sus facultades, limitaciones, requisitos,²⁰⁰ etc.

Por su parte, la Codificación de la Junta Política Monetaria, en su libro Primero, Tomo VIII, Sección XI, contiene la norma para la Prevención, Detección y Erradicación del delito de lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos en las Entidades financieras de la Economía Popular y Solidaria, donde también se contempla varias disposiciones al ámbito de su aplicación, como son el papel que desempeña el oficial de

¹⁹⁹ Ecuador *Normas para las Entidades de los Sectores Financieros Público y Privado sobre Prevención de lavado de Activos, y del Financiamiento de delitos como el Terrorismo, Resolución de la Superintendencia de Bancos 810*, Registro Oficial 123, Edición Especial, 31 de octubre de 2017.

²⁰⁰ Ecuador *Norma de Control para la Calificación de Oficiales de Cumplimiento de las entidades controladas por la Superintendencia de Bancos, Resolución de la Superintendencia de Bancos 810*, Registro Oficial 123, Edición Especial, 31 de octubre de 2017.

cumplimiento, comité de cumplimiento, los elementos a considerarse para prevenir los tipos delictivos señalados, disposiciones referente al código de ética a implementarse, todas las políticas y procedimientos del manual de prevención a ser aplicado, actuaciones por debida diligencia,²⁰¹ entre otros.

Por último, la Codificación de la Junta Política y Monetaria, en su libro Tercero, Tomo XIII, capítulo III, contiene las Normas para las Instituciones del Sistema de Seguro Privado sobre Prevención de lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros delitos, destinada a regular el ámbito de las entidades que conforman el sistema de seguro privado, el cual abarca también los elementos de prevención del cometimiento de los delitos que se prevé, sus políticas, procedimiento, código de ética, aplicación del manual de prevención, comité de cumplimiento, oficial de cumplimiento y sus funciones, y demás, con el objetivo de contribuir a fortalecer una cultura de prevención.

²⁰¹ Ecuador *Codificación Res Junta Política Monetaria: Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera* 385, Registro Oficial 44, Edición Especial, 24 de julio de 2017.

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

Es inevitable que las distintas formas de organización de la criminalidad económica organizada corresponden al magno crecimiento y avance de la tecnología, los diversos métodos de comunicación y transporte, donde las empresas juegan un papel preponderante, tanto por ser el método de organización más común en los negocios como por ser los organismos vulnerables y propensos a ser utilizados para la corrupción y el cometimiento de los ilícitos; por tanto, es necesaria una regulación amplia tanto en su organización como funcionamiento, a fin de evitar que estas continúen siendo una herramienta útil para la delincuencia.

Uno de los principales pasos del derecho penal corresponde a la importancia que ha generado sobre los temas de responsabilidad de las personas jurídicas, despojándose de las doctrinas clásicas o, al menos, intentando ganar espacios de aceptación para este tratamiento, lo que significa que estamos frente a una realidad donde nuestras legislaciones deben caminar de la mano de la evolución del derecho, con el objetivo de regular la mayor cantidad de relaciones empresa-sociedad.

Las intenciones de formar un ordenamiento jurídico sólido para efectos de determinación penal de empresas u organizaciones, indudablemente deberá contener una antesala detallada de los cambios que se pretendan realizar, es decir, su enfoque deberá pretender normar en una posible equivalencia a la que se ha legislado para las personas naturales, donde también se amparen causales de exculpación de penas, e incluso, normar aspectos básicos de los programas *compliance* dando la posibilidad de que éstos puedan ajustarse dependiendo la materia o a la organización a la cual se apliquen, sin dejar de lado estos requisitos básicos que la norma deberá prever, puesto que, será a partir de allí que deberán calificarse los programas y su eficiencia.

Así también, la norma deberá encargarse de diferenciar aquellas sanciones que por su naturaleza puedan ser consideradas administrativas o penales, y en consecuencia, a su vez, diferenciar aquellas circunstancias que ameriten imponer el tipo de sanción, con la finalidad de evitar confusiones o una indebida aplicación, sujetándose al principio de seguridad jurídica con amplia claridad y previsibilidad a favor de las organizaciones.

Recomendaciones

Es necesario dentro del contexto empresarial y social, difundir el mensaje de la importancia del fomento de la cultura de empresa y sus valores, puesto que encamina sus acciones hacia una correcta autoorganización y, más importante aún, hacia el nacimiento de la conciencia de autorresponsabilidad de sus gestores en todos los niveles, conservando intenciones homogéneas de cuidado y direccionando sus pasos apegados a los principios éticos y a los planes de buen gobierno corporativo implementados.

Es sumamente importante trabajar en nuestro medio social y empresarial hacia la creación de normas que impongan la implementación de programas *compliance*, ya que esto permitiría prevenir las conductas ilícitas que se originan dentro las organizaciones y que permiten a la criminalidad económica organizada concretar sus intenciones, sin descartar que su efecto inmediato y más importante es el crecimiento de la ética corporativa y de conciencia social.

Una vez que ha operado una regulación efectiva en programas *compliance*, deberá tenerse principal atención también a los aspectos regulatorios procesales en las posibles determinaciones de responsabilidad, con la finalidad de que, respetando el principio de inocencia, no se llegue a crear afectaciones reputacionales en las empresas u organizaciones, ya que de suceder dicha eventualidad, las consecuencias podrían ser fatales, más aún en un posible caso de exculpación.

Será necesario también en todo el proceso de prevención delictiva organizada, reforzar la relación Estado-empresa, puesto que su participación deberá ser conjunta en todas las instancias, ya que al ser el Estado el ente regulador y creador de normas, deberá encargarse de su seguimiento y cumplimiento, sin dejar de lado que dicho control preventivo se ejecuta también a partir de la facultad de autorregulación de las empresas, generando el firme compromiso de participar en estas instancias preventivas.

Bibliografía

- Aguilar, Jesús, Francisco Jiménez Rodríguez, y Carolina Blas Herrero. *Compliance: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la mediación organizacional*. Madrid: Editorial Tebar, 2018.
- Araujo, María P. *Derecho penal económico: Los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Arroyo, Luis, y Adán Nieto Martín. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. 2013.
- Asencio, José, y Mario F. Cuvi Santacruz. “Implementación de un Sistema Corporativo de Cumplimiento de Normativa, *Compliance*, en Ecuador: Beneficios y Desafíos”. Ecuador. Accedido 28 de junio de 2020. <https://ecotec.edu.ec/content/uploads/mcientificas2018/7gestion-relaciones-juridicas/005.pdf>.
- Banacloche, Julio, Jesús Zarzalejos Nieto ,y Carlos Gómez-Jara Díez. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Ediciones La Ley, 2011.
- Barroso, Jorge. “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”. *Revista del Instituto de Ciencias Políticas de Puebla*, n.º 35 (2015): 95-122. <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n35/1870-2147-rius-9-35-00095.pdf>.
- Basabe, Santiago. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2003.
- Bedecarratz, Francisco. “La indeterminación del criminal *compliance* y el principio de legalidad”. *Política criminal* 13, n.º 25 (2018): 208-32. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000100208.
- Boehm, Frédéric, y Johann G. Lambsdorff. “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neoinstitucional”. *Revista de Economía Institucional* (2009). file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-CorrupcionYAnticorrupcion-3099415.pdf.
- Castro, Guillermo, y Juanita Ospina Perdomo. *Derecho penal societario*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2018.

- Cazorla, Luis. *A vueltas con el llamado compliance penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi. 2011.
- Conceptodefinicion.de, Redacción. “Concepto de cártel”. *Adrián Yirda*. Accedido 9 de octubre del 2018. <https://conceptodefinicion.de/cartel/>.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio Nro. 508-2010*. 2 de abril de 2013.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. “Resolución”. En *Juicio n.º 221-2009*. 31 de julio del 2001.
- Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. “Tipos de delitos: 2021”. *Servicio Nacional de Contratación Pública*. 2021. <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/tipos-de-delitos-2/>.
- Ecuador. *Codificación Res Junta Política Monetaria. Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 385*. Registro Oficial 44, Edición Especial, 24 de julio de 2017.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Ley Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*. Registro Oficial 802, Suplemento, 21 de julio 2016.
- Ecuador. *Norma de Control para la Calificación de Oficiales de Cumplimiento de las entidades controladas por la Superintendencia de Bancos. Codificación Superintendencia de Bancos*. Resolución de la Superintendencia de Bancos 810. Registro Oficial 123, Edición Especial, 31 de octubre de 2017.
- Ecuador. *Normas para las Entidades de los Sectores Financieros Público y Privado sobre Prevención de lavado de Activos, y del Financiamiento de delitos como el Terrorismo. Codificación Superintendencia de Bancos. Resolución de la Superintendencia de Bancos 810*. Registro Oficial 123, Edición Especial, 31 de octubre de 2017.
- Ecuador. *Normas Prevención Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo*. Resolución de la Superintendencia de Compañías 20. Registro Oficial 96, Suplemento, 9 de diciembre de 2019.
- Ecuador. *Reglamento Ley de Lavado de Activos y del financiamiento de Delitos*. Decreto Ejecutivo 1331. Registro Oficial 966, Suplemento, 20 de marzo de 2017.

- España EALDE Business School.. “*Compliance, Qué es el Chief Compliance Officer y cuáles son sus funciones*”. *EALDE Business School*. Accedido 14 de mayo de 2021. <https://www.ealde.es/cheif-compliance-officer/>.
- España Revista World Compliance Association. “*Acerca del Compliance*”. *World Compliance Association*. Accedido 27 de abril de 2021. <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>.
- García, Mercedes. *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 2005.
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamerica. “*Estándares Internacionales sobre la lucha contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo, y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva*”. 2020. <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/publicaciones-web/4013-recomendaciones-metodologia-actdic20-1/file>.
- Hernández, Héctor. “*La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*”. *Política criminal* 5, n.º 9 (2010): 207-36. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992010000100005>.
- Héroefiscal. “*Definición de acuerdo colusorio*”. *Heteoefiscal*. Accedido 14 de noviembre de 2019. <https://www.heroefiscal.com/que-es-un-pacto-colusorio-guia-practica-para-evitar-problemas/>.
- Herrero, César. *Los delitos económicos: Perspectiva jurídica y criminológica*. Madrid: Ministerio del Interior. 1992.
- Jara, Carlos. “*Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial*”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 08-05 (2006): 1-27.
- Linares, José. “*Responsabilidad Penal*”. *José Linares*. Accedido 3 de noviembre de 2020. <https://es.scribd.com/doc/57971547/Responsabilidad-Penal>.
- Lledó, Ignacio. *Corporate compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*. Madrid: España. 2018.
- Mazuelos, Julio. “*El derecho penal del Enemigo: Un modelo a desarmar (Las inconsistencias del desacoplamiento estructural entre política criminal y derecho penal)*”. *Julio Mazuelos*. Accedido 28 de agosto de 2020. <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-EIDerechoPenalDelEnemigo-7792675.pdf>.

- Miranda, José. “*Compliance* program como herramienta en la lucha contra la corrupción en Ecuador”. *Pontificia Universidad Católica del Ecuador*. Accedido 4 de julio de 2020. <https://www.redalyc.org/journal/6002/600263661002/>
- Pérez del Valle, Carlos. *Introducción al derecho penal económico: Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons. 2005.
- Pérez, Jacinto. *Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2010.
- Prato Ramírez, Luisa J. “La Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad En Colombia”. Tesis de maestría, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Sede Bogotá, 2016. <https://fdocuments.ec/reader/full/tesis-provacion-injusta-de-la-y-responsabilidad-del-estado-por-privacion>.
- Regueiro, Julio. “El ‘Cumplimiento?’”. En *Derecho comparado: España y Portugal. European Compliance & News*. Accedido 4 de julio de 2020. <https://lexgoapp.com/storage/files/84e97dfd72318f07061dfe9c5c9e6fdf.pdf>.
- Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Sandoval, Jaime, y Donald D. Del Villar Delgado. *Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia - Ley 906 de 2004*. Barranquilla: Grupo Editorial Ibañez, 2013.
- Silva, Jesús. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Edisofer-B, de F, 2013.
- Vaca, Ricardo. “Comentarios a la Ley para reprimir el Lavado de Activos”. *Análisis Jurídico: En búsqueda de una justicia justa*. Accedido 27 de marzo de 2021. <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/comentarios-a-la-ley-para-reprimir-el-lavado-de-activos/>.