

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Oficial de Cumplimiento: Análisis sobre su responsabilidad penal por omisión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

**Alejandra Elizabeth Ati Gómez**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del título de Abogada

Quito, 19 de noviembre de 2021

## © **DERECHOS DE AUTOR**

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Alejandra Elizabeth Ati Gómez

Código: 00200996

Cédula de identidad: 1752366037

Lugar y Fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017)

Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017)

Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**OFICIAL DE CUMPLIMIENTO: ANÁLISIS SOBRE SU RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO<sup>1</sup>**

***COMPLIANCE OFFICER: ANALYSIS OF ITS CRIMINAL LIABILITY FOR OMISSION IN THE ECUADORIAN LEGAL ORDER***

Alejandra Elizabeth Ati Gómez<sup>2</sup>  
alejandraati@hotmail.com

**RESUMEN**

El presente trabajo de investigación analizó los elementos que inciden en la responsabilidad penal por omisión impropia del Oficial de Cumplimiento, a la luz del Derecho Penal ecuatoriano. Con el objetivo de determinar si esta figura se encuentra en posición de garante dentro del ámbito empresarial, se estudiaron las funciones que le competen en virtud de los programas de cumplimiento y la delegación de funciones por parte del Órgano de Administración. De esta manera, a través de la normativa ecuatoriana y de la doctrina, se determinó que, para imputarle un hecho delictivo al Oficial de Cumplimiento por su omisión de deberes, es menester determinar si este tiene facultades correctivas y ejecutivas, o no, dentro de la organización. Asimismo, su conducta debe configurarse bajo la modalidad dolosa y el delito debe vulnerar los bienes jurídicos vida, salud, integridad personal o libertad, para establecer la comisión por omisión del Oficial de Cumplimiento.

**PALABRAS CLAVE**

Oficial de Cumplimiento, responsabilidad penal, *compliance*, comisión por omisión, posición de garante.

**ABSTRACT**

*This paper analyzed the elements that affect criminal liability due to default commissions of the Compliance Officer, in the light of the Ecuadorian criminal law. In order to determine if this figure is in a position of guarantee within the business environment, the functions that are their responsibility under the compliance programs and the delegation of functions by the Administrative Body were studied. In this sense, through Ecuadorian regulations and doctrine, it was determined that, in order to impute a criminal act to the Compliance Officer for their omission of duties, it is necessary to determine if he or she has corrective and executive powers, or not, within the organization. Also, their conduct must be configured under the intentional modality and the committed crime must violate the legal rights of life, health, personal integrity or freedom, to configure the default commission of the Compliance Officer.*

**KEY WORDS**

*Compliance Officer, criminal liability, compliance, default commission, guarantor position.*

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Francisco Pozo Torres.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD PENAL.- 5.1. COMPLIANCE Y LA RPPJ.- 5.2. COMPLIANCE Y FUNCIONES DEL CO.- 6. POSICIÓN DE GARANTÍA EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL.- 6.1. POSICIÓN DE GARANTE DEL ADMINISTRADOR.- 6.2. ¿CO EN POSICIÓN DE GARANTE?.- 7. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL CO.- 7.1. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN PENAL DEL CO.- 7.2. ELEMENTO SUBJETIVO DE LA CONDUCTA DEL CO.- 7.3. DELITOS IMPUTABLES AL CO.- 8. CONCLUSIONES

### 1. Introducción

“Integridad es el hábito de actuar con justicia, coherencia, buenos principios y recta motivación”<sup>3</sup>. En virtud de los múltiples –y muy sonados– casos de corrupción que han existido a lo largo de la historia, tales como Enron, Odebrecht, y otros, surge la necesidad de implementar mecanismos de gestión empresarial que fomenten la práctica de conductas éticas, íntegras y ligadas al cumplimiento legal; para, de esta manera, evitar la comisión de delitos en su seno<sup>4</sup>.

Además, a partir de la incorporación y la regulación normativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, RPPJ, nacen los *compliance programs* o, en español, los programas de cumplimiento. Estos tienen como objetivo principal garantizar la observancia legal para, finalmente, evitar la comisión de hechos delictivos a través del control de los procesos productivos dentro de la organización<sup>5</sup>. Bajo este contexto, emerge la figura del *compliance officer* u oficial de cumplimiento, CO, quien cuenta con un rol fundamental en el diseño e implementación de tales programas.

En Ecuador, los programas de cumplimiento y la figura del CO nacen, primordialmente, vinculados a la materia de prevención de lavado de activos; es, por tal motivo, que existe un mayor tratamiento al respecto en la normativa sectorial. Tan solo

---

<sup>3</sup> Magdalena Bosch, Rita Cavallotti, “¿Es posible una definición de integridad en el ámbito de la ética empresarial?”, *Revista empresa y humanismo* 19 (2016), 64. DOI: <https://doi.org/10.15581/015.XIX.e.51-68>.

<sup>4</sup> Guillermo Astudillo Meza, Sandra Jiménez Montes, “Programas de cumplimiento como mecanismo de lucha contra la corrupción: especial referencia a la autorregulación de las empresas”, *Derecho y sociedad* (2015), 64. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15225>, (último acceso 05/11/2021).

<sup>5</sup> Rafael Aguilera, “Compliance Penal; Régimen jurídico y fundamentación analítica de la Responsabilidad Penal de la persona jurídica y el Compliance Program” (tesis de doctorado: Universidad de Córdoba, 2018), 203. Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/16714>, (último acceso 06/11/2021).

en el mes de agosto del presente año, en virtud de las reformas al Código Orgánico Integral Penal, COIP, aparece en este cuerpo normativo la figura del *compliance* como atenuante de la RPPJ y, a partir de la manera en cómo está redactada la norma, se puede inferir la existencia del CO como una persona responsable de su buen funcionamiento<sup>6</sup>.

Como corolario de lo novedoso que resulta el tema, y su escaso tratamiento dentro de la doctrina, jurisprudencia y normativa ecuatoriana, aparece el inquietante problema acerca de la responsabilidad penal –por hechos ilícitos de terceros– que este sujeto puede tener en virtud de su omisión de funciones. De esta manera, emerge la interrogante ¿cuáles son los elementos que inciden en la responsabilidad penal del CO por omisión dentro de la normativa ecuatoriana?

En este sentido, y en aras de resolver el mentado problema jurídico, en los distintos apartados del concurrente trabajo de investigación se analizará, en primer término, al *compliance* penal y su relación tanto con la RPPJ como con la responsabilidad penal del CO, en virtud de las funciones que este debe cumplir dentro de la empresa.

Posteriormente, y con la finalidad de conocer si en Ecuador es punible la omisión de funciones del CO, se estudiará si este se encuentra en posición de garante frente a la vulneración de bienes jurídicos dentro del ámbito empresarial. Asimismo, se buscará determinar el título –autor o cómplice– al que se le imputaría la comisión de un ilícito por la omisión de sus funciones y, finalmente, se observará el elemento subjetivo –dolo o culpa– que debe mediar en su conducta para que esta sea penalmente reprochable. De esta manera, será posible identificar los delitos que le pudieran ser imputados.

Para el efecto, en el presente trabajo se hará un estudio de las principales valoraciones de los distintos especialistas en la materia. En otras palabras, se analizará lo que doctrinariamente se ha dicho respecto de la responsabilidad penal del CO, es decir, se aplicará el método dogmático, propio del Derecho en general, y el Derecho Penal en particular. De la misma manera, se implementará el método deductivo, puesto que a partir de la RPPJ y el *compliance* se determinarán las funciones que le corresponden al CO y, en virtud de su incumplimiento, se estudiará si tiene o no responsabilidad penal.

## 2. Estado del arte

---

<sup>6</sup> Artículo 45, numeral 7, literal d, Código Orgánico Integral Penal, [COIP], Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. Suplemento 526, 30 de agosto de 2021.

La RPPJ y los programas de cumplimiento normativo para las empresas, *compliance*, son temas que han tomado relevancia dentro de la discusión actual en el Derecho Penal. A partir de tales cuestiones, en la doctrina surge el interés en el estudio de una novedosa figura denominada Oficial de Cumplimiento o *Compliance Officer*, y el análisis sobre su responsabilidad penal, especialmente dentro del ámbito omisivo.

La doctrina penal afirma que el antecedente del *compliance*, como medio de prevención y castigo de los delitos empresariales, es el fenómeno de la autorregulación. En este sentido, Pazmiño y Pozo expresan que esta figura surgió como resultado de las deficiencias de la heterorregulación, es decir, de la Administración para regular, mediante normas penales y administrativas, las actuaciones de las entidades privadas<sup>7</sup>. De esta forma, el Estado cede parte de su poder regulatorio, lo que da lugar a la autorregulación y al *compliance* como mecanismo de esta.

En este orden de ideas, Montiel afirma que la implementación de un programa de cumplimiento sirve para gestionar, de manera privada, los riesgos jurídicos y, finalmente, identificar y precisar las funciones que cada órgano o funcionario debe cumplir dentro de la organización<sup>8</sup>.

De este modo, la delimitación de dichas competencias adquiere importancia de manera especial en la calificación de la posición de garante en la que se encuentra aquella persona a quien se le ha delegado atribuciones. Así, se intenta facilitar la determinación de la responsabilidad penal tanto de las personas físicas como de la persona jurídica.

Bajo esta perspectiva, Liñán Lafuente sostiene que los garantes primarios en el ámbito empresarial son los administradores, quienes tienen el deber de vigilancia, control y supervisión. Asimismo, afirma que tales funciones, en virtud de los programas de cumplimiento, son delegadas al CO<sup>9</sup>. Esto implica, según Lafuente, que se coloque al CO en posición de ‘garante complementario’ y, a su vez, se analice si dentro de sus funciones se encuentra la de impedir un acto delictivo empresarial, con la finalidad de determinar si cuenta o no con responsabilidad penal<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Juan Roberto Pazmiño Ruiz, Juan Francisco Pozo Torres, “Responsabilidad penal de la persona jurídica y *compliance*: caso Ecuador”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 4 (2019), 89-122. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n109.04>.

<sup>8</sup> Juan Pablo Montiel, “Cuestiones teóricas fundamentales del *criminal compliance*”, *En Letra* 4 (2017), 21-47. Disponible en: <https://enletra.files.wordpress.com/2017/04/2017-02-en-letra-7-montiel1.pdf>, (último acceso 20/09/2021).

<sup>9</sup> Liñán Lafuente, *La responsabilidad penal del compliance officer* (Australia: Thomson Reuters, 2019), 64-65.

<sup>10</sup> Liñán Lafuente, *La responsabilidad penal del compliance officer*.

### 3. Marco Teórico

La comisión de un hecho ilícito en el ámbito empresarial trae consigo problemas de imputación penal, específicamente debido a la dificultad de la determinación del grado de responsabilidad individual. En este sentido, Bernd Schünemann destaca que el bien jurídico protegido, en los delitos cometidos en la empresa, puede ser lesionado por una persona física que no necesariamente participó de manera activa en la comisión del delito<sup>11</sup>. Por tal motivo, surge el interés en el estudio de la responsabilidad por la comisión de un delito de manera omisiva.

En primer lugar, es menester afirmar que el Derecho Penal reprocha aquellas conductas que incumplen un deber de ejecutar una acción en específico, o de evitar la comisión de un acto que le resulte perjudicial al bien jurídico protegido<sup>12</sup>. A partir de ahí, surge la clasificación doctrinariamente aceptada de la omisión propia e impropia<sup>13</sup>.

La omisión propia, sencillamente, “[...] castiga la no realización de la conducta mandada”<sup>14</sup> por la ley penal. Sin embargo, en cuanto a la omisión impropia, es necesario realizar mayor análisis, puesto que de esta deriva el problema central del presente trabajo. A diferencia de la omisión propia, la comisión por omisión precisa la existencia previa de un deber que comprometa al sujeto a proteger el bien jurídico<sup>15</sup>. En este sentido, Silva Sánchez asegura que “[e]l sujeto a quien se imputa la comisión por omisión de un delito responde por este como si lo hubiera realizado activamente”<sup>16</sup>.

De esta manera, surge la iniciativa del estudio de la responsabilidad penal de quien se encuentre en posición de garante. Así, Günter Jakobs afirma que “[...] cuando el omitente –junto con otros requisitos acumulativos– es garante de la evitación del

---

<sup>11</sup> Bernd Schünemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de la política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales* (1988), 531. Disponible en: <file:///D:/Documents/Downloads/Dialnet-CuestionesBasicasDeDogmaticaJuridicopenalYDePoliti-46331.pdf>, (último acceso 26/09/2021)

<sup>12</sup> Esteban García Navarro, “Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el Código Penal Español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 14 (2015), 31. Disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2015-14-5000/Garcia\\_Navarro.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2015-14-5000/Garcia_Navarro.pdf), (último acceso 28/09/2021)

<sup>13</sup> Francisco Muñoz, Mercedes García, *Derecho Penal. Parte General*, Octava edición (2010), 240

<sup>14</sup> Manuel Aráuz Ulloa, “La omisión, comisión por omisión y posición de garante”, *Revista Encuentro* Año XXXII 34, (2000), N/A. DOI: <https://doi.org/10.5377/encuentro.v0i54.3919>.

<sup>15</sup> Jesús María Silva Sánchez, *Estudio sobre los delitos de omisión* (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2014), 23

<sup>16</sup> Jesús María Silva Sánchez, *Estudio sobre los delitos de omisión*, 18

resultado, debe responder por ello”<sup>17</sup>. En primer lugar, se requiere que el sujeto, para ostentar esta calidad, tenga el deber de impedir la lesión de un bien jurídico o, a su vez, su puesta en peligro. Asimismo, es necesario que exista un mandato que le delegue las funciones de vigilancia o de supervisión dentro de determinado ámbito<sup>18</sup>.

Según Eugenio Zaffaroni, la doctrina argentina concuerda en que las fuentes que derivan la figura de la posición de garante son, precisamente, “[...] la ley, el contrato y la conducta anterior o precedente del sujeto [...]”<sup>19</sup>. Al respecto, es menester afirmar que se genera la posición de garante, siempre y cuando surja de ella el deber de cuidado, vigilancia o protección del bien jurídico protegido<sup>20</sup>.

De esta manera, es posible extrapolar la noción de la posición de garante al ámbito empresarial y atribuirlo a determinada persona física como consecuencia de su deber de vigilancia en el ejercicio de sus funciones. En este contexto, Dopico Gómez afirma que los deberes de garantía le corresponden, de manera originaria, al empresario o administrador en virtud de la correlación entre la libertad de organización con que cuenta y su respectivo deber de cuidado para que la actividad empresarial no vulnere bienes jurídicos de terceros<sup>21</sup>.

Así, por distintos motivos derivados de la practicidad, el empresario delega parte de sus funciones. Sin embargo, Demetrio aclara que tal delegación no necesariamente implica la cancelación de los deberes de control por parte del administrador, sino, más bien, depende del objeto de la delegación. A partir de ahí, surge la idea de que, si se delegan las funciones de control y vigilancia, se transfiere, por completo, la posición de garante; pero, por el contrario, si se delega meramente la ejecución de actos concretos, no<sup>22</sup>.

Jacobo Dopico Gómez, por su parte, analiza el elemento subjetivo de la conducta y concluye que el CO, en este contexto, puede participar tanto de manera dolosa como imprudente en la comisión de un delito; sin embargo, expone que en los casos en donde

---

<sup>17</sup> Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. José Luis Serrano (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1995), 259

<sup>18</sup> Armin Kaufman, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano (Madrid: Marcial Pons, 2006), 289-290.

<sup>19</sup> Eugenio Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte general*, segunda edición (Argentina: Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, 2002), 577.

<sup>20</sup> Eugenio Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte general*, 578.

<sup>21</sup> Jacobo Dopico Gómez, “Posición de garante del *compliance officer* por infracción de control: una aproximación tópica”, *El Derecho Penal Económico en la era compliance* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2013), 169.

<sup>22</sup> Eduardo Demetrio, *Responsabilidad penal por omisión del empresario* (Madrid: Closas-Orcoyen, S.L., 2009), 108.

no existe dolo en la omisión, no cabría reproche penal, debido a que la mayoría de los delitos empresariales consideran solamente la modalidad dolosa del tipo<sup>23</sup>. En otras palabras, los delitos que resultan de la omisión imprudente, en el ámbito empresarial, son penalmente impunes.

En Ecuador, al ser esta figura escasamente estudiada dentro de la doctrina y poco regulada en el ordenamiento normativo, especialmente en el ámbito penal, surge el problema jurídico del presente trabajo. Es decir, se estudiará si el CO, en ejecución de sus funciones delegadas por el Administrador, se encuentra en posición de garante y si la omisión de sus funciones le conlleva a tener responsabilidad penal de los delitos cometidos –por un tercero– dentro de la persona jurídica.

#### **4. Marco Normativo**

En Ecuador, al regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con base en los artículos 45.7.d<sup>24</sup> y 49<sup>25</sup> del COIP, ya se hace la primera referencia a la integración de programas de cumplimiento como atenuante de dicha imputación delictual. En este contexto, nace la figura de un departamento u órgano autónomo o, a su vez, de una ‘persona responsable’, encargada de la implementación y vigilancia del buen funcionamiento de tales sistemas. En tales términos, se infiere la aparición de la figura del CO como dicha ‘persona responsable’.

A partir del mismo artículo 49 del COIP, segundo inciso, se puede extraer que la RPPJ goza de independencia frente a la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan cometido un ilícito en el ámbito empresarial<sup>26</sup>. En este sentido, y como resultado de lo mencionado, se abre la posibilidad de analizar la responsabilidad penal del CO en ejercicio de sus funciones dentro de la organización.

Ahora bien, de los artículos 22<sup>27</sup> y 23<sup>28</sup> del COIP se desprende que las conductas que ponen en riesgo o generan consecuencias lesivas son penalmente relevantes, y estas pueden encontrar dos modalidades en concreto: la acción y la omisión. En cuanto a los

---

<sup>23</sup> Jacobo Dopico, “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del “compliance officer” tras la reforma penal de 2015” *En Actualidad Compliance*, ed. Juan Antonio Frago Amada (Madrid: Editorial Aranzadi, 2015), 227. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/263617705>, (último acceso: 21/10/2021).

<sup>24</sup> Artículo 45, numeral 7, literal d, COIP.

<sup>25</sup> Artículo 49, COIP.

<sup>26</sup> Artículo 49, segundo inciso, COIP.

<sup>27</sup> Artículo 22, COIP.

<sup>28</sup> Artículo 23, COIP.

delitos de acción no hay mayor comentario que realizar, pues el CO tiene responsabilidad penal, siempre y cuando haya cometido –en calidad de autor o partícipe– la infracción prohibida por la norma.

Por el otro lado, la omisión sí merece mayor análisis. Tal modalidad de conducta penalmente relevante puede ser de tipo propia o pura, e impropia o comisión por omisión<sup>29</sup>. Como ejemplo de la primera categoría, acorde al ámbito de estudio que le compete al presente trabajo, se puede mencionar al delito de omisión de control de lavado de activos, tipificado en el artículo 319 del COIP<sup>30</sup>.

En el mismo orden de ideas, en el artículo 28 del COIP se encuentra regulada la omisión dolosa, mediante la cual el sujeto es penalmente responsable si, de forma ‘dolosa’, no evita el resultado que pudiere ocurrir y, además, se encuentra en posición de garante<sup>31</sup>. A partir de ahí, surge la necesidad de conocer si el CO, en la ejecución de sus funciones, cuenta con el deber jurídico de garantía de los bienes jurídicos de la empresa y, por lo tanto, si su incumplimiento o cumplimiento defectuoso de atribuciones le acarrearían, o no, responsabilidad penal.

Sin embargo, esta figura es la que ocasiona el mayor grado de complejidad en el análisis de la responsabilidad penal del CO, debido a que, en primera instancia, se deja impune la conducta omisiva culposa y, en segundo lugar, se hace referencia a aquella obligación –legal, contractual o de conducta precedente– de cuidado o custodia de determinados bienes jurídicos, específicamente “[...] la vida, la salud, la libertad y la integridad personal [...]”<sup>32</sup>, y no se incluyen bienes jurídicos relevantes dentro del ámbito empresarial, como el patrimonio, el orden económico, y otros.

Por otro lado, con la finalidad de analizar si el CO se encuentra o no en posición de garante, y puede cometer un delito de omisión impropia, es necesario que se analicen sus funciones. En virtud de la escasa regulación hacia esta figura dentro del COIP, se hará uso de normativa sectorial, entre ellas el Reglamento Ley de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos; la Norma para la Prevención del Delito de Lavado de Activos; y las Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

## **5. Compliance y responsabilidad penal**

---

<sup>29</sup> Distinción definida dentro del marco teórico del presente trabajo.

<sup>30</sup> *Ver*, artículo 319, COIP.

<sup>31</sup> Artículo 28, COIP.

<sup>32</sup> Artículo 28, COIP.

En virtud del fenómeno de la autorregulación empresarial, las organizaciones se han visto en la necesidad de implementar medidas de control interno que faciliten el cumplimiento de la normativa estatal. En este sentido, la obediencia a los estándares delimitados por el *compliance* trae consigo, como consecuencia necesaria, la prevención –o al menos la atenuación– de un castigo penal para la persona jurídica que cumple a cabalidad con lo dispuesto por la normativa.

De esta manera, y en virtud del carácter de *ultima ratio*<sup>33</sup> del Derecho Penal, es posible afirmar que el cumplimiento normativo por parte de la empresa y sus subordinados debe ser observado de manera previa al tipo penal<sup>34</sup>. En este sentido, es factible concluir que, si una organización cumple, por ejemplo, con lo dispuesto en la normativa referente a la prevención de lavado de activos, estaría previniendo la comisión de tal delito y, por ende, podría evitar ser castigada penalmente o reducir su pena, según lo determine la legislación correspondiente.

En resumen, el *compliance* hace referencia a aquellas medidas o políticas implementadas por las empresas, cuya finalidad es, además de incentivar el cumplimiento de la ley por quienes conforman la organización, detectar posibles riesgos, delimitar funciones, establecer sanciones disciplinarias y evitar la comisión de delitos<sup>35</sup>. De esta forma, surge la importancia de examinar la relación que el *compliance* tiene con la RPPJ y la responsabilidad penal del CO, en virtud de las funciones que le son atribuidas.

### **5.1. Compliance y la RPPJ**

La persona jurídica, como resultado de la globalización y los avances científicos y tecnológicos en la sociedad postindustrial, es considerada como el centro de la actividad económica mundial, lo cual ha ocasionado que se convierta en un vehículo para la comisión de delitos. A partir de ahí, y con la finalidad de prevenir la criminalidad dentro de una empresa, surgen criterios de carácter político-criminal que han ocasionado que internacionalmente sea reconocida y regulada normativamente la RPPJ<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Ver, Raúl Carnevali, “Derecho Penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, *Revista Ius et Praxi* 14 (2008), 13-48. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>.

<sup>34</sup> Adán Nieto Martín, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, *Compliance y Teoría del Derecho Penal* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: 2013), 28. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2013\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf), (último acceso 02/10/2021).

<sup>35</sup> José Feijoo Sánchez, *El delito corporativo en el código penal español* (Madrid: Editorial Civitas, E2017), 72.

<sup>36</sup> Juan Roberto Pazmiño Ruiz, Juan Francisco Pozo, “Responsabilidad penal de la persona jurídica y *compliance*: caso Ecuador”, 93.

De esta manera, se entiende que la persona jurídica debe ser penada por determinados delitos, a pesar de que estos sean resultado de la toma de decisiones de personas físicas que, obviamente, debieran encontrarse en la posición de hacerlo. La razón de ser de esta afirmación es que la empresa, debido a su falta de observancia legal, y al no implementar las medidas necesarias para un correcto desarrollo organizacional, pone en peligro al orden económico de la sociedad<sup>37</sup>.

Sin embargo, a pesar de lo mencionado, a lo largo del tiempo se ha generado gran debate dentro de la doctrina respecto de la posición de abandonar o no el principio *societas delinquere non potest*<sup>38</sup> y regular la imputación de un delito a una ficción legal que actúa a través de interpuestas personas. En Ecuador, se da fin a tal discusión a partir del año 2014, cuando entra en vigencia el COIP, y se reconoce la RPPJ<sup>39</sup>. En virtud de ello, el ordenamiento jurídico ecuatoriano determina las circunstancias en las que se podría imputar la comisión de un ilícito a una empresa.

De esta manera, de conformidad con el artículo 49 del COIP se desprende que, en primer lugar, bajo la luz del Derecho Penal ecuatoriano, no todos los delitos pueden acarrear responsabilidad penal a la persona jurídica, sino solo aquellos que estén previstos dentro de determinados artículos, secciones o capítulos de tal cuerpo normativo, es decir, tiene una suerte de *numerus clausus*<sup>40</sup>.

En este respecto y, tras analizar detenidamente los tipos penales bajo los cuales la persona jurídica tiene responsabilidad penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se puede concluir que la mayor parte de los delitos empresariales son penados únicamente bajo la modalidad dolosa. Ejemplos de esto son la trata de personas, desatención del servicio de salud, defraudación tributaria, entre otros.

De igual forma, es posible extraer que los bienes jurídicos protegidos en tales delitos son variados y no se hace referencia únicamente a la vida, la integridad personal, la salud y la libertad; sino también a la propiedad, como en el caso de la estafa o la insolvencia fraudulenta; la eficiencia de la Administración Pública en el cohecho; el orden económico en el lavado de activos; y otros.

---

<sup>37</sup> Alfonso Bautista, “La responsabilidad penal de la persona jurídica y la aplicación de la figura del compliance en las compañías ecuatorianas”, *Revista científica Ecociencia*. 6 (2019), 9. DOI: <https://doi.org/10.21855/ecociencia.60.253>.

<sup>38</sup> Término latino cuyo significado es “una sociedad no puede delinquir”.

<sup>39</sup> Artículo 49, inciso primero, COIP.

<sup>40</sup> Artículo 49 inciso primero, COIP.

Ahora bien, continuando con el análisis de la manera en cómo se regula la RPPJ en Ecuador, es menester identificar el sujeto activo de la conducta. Acorde al artículo 49 del COIP, para que una persona jurídica –nacional o extranjera– sea penalmente responsable deberá, en primer lugar, ser de derecho privado; es decir, se excluye a la persona jurídica de derecho público. Asimismo, la norma determina que el ilícito debe ser cometido en beneficio propio, o de los asociados, por un catálogo amplio de sujetos que, contractualmente o no, ejercen actividades en la empresa<sup>41</sup>.

Entonces, a partir de tales términos surge la figura del *compliance* y entra a discusión la determinación de cuáles son los efectos que la implementación eficaz de este mecanismo de control y vigilancia debe tener en la RPPJ. De esta manera, surgen dos corrientes: los programas de cumplimiento como eximente o atenuante de la RPPJ.

Por un lado, si en la persona jurídica se implementó de manera adecuada y eficaz –según los criterios requeridos por cada ordenamiento jurídico– el programa de cumplimiento, esta queda exenta de responsabilidad penal. Por otra parte, y posiblemente en el peor de los escenarios para la empresa, esta resulte condenada, pero con una sustancial disminución en su pena<sup>42</sup>.

En Ecuador, esta discusión fue zanjada en razón de las reformas al COIP que entraron en vigencia en agosto del presente año<sup>43</sup>. Por su parte, la normativa penal incluye la aplicación de programas de cumplimiento como circunstancia atenuante de la RPPJ, siempre y cuando se los haya implementado de manera previa a la comisión del ilícito penal<sup>44</sup> y en estricto arreglo con los requisitos expuestos en el artículo 45, inciso final, del COIP.

Finalmente, queda concluir que el *compliance* tiene una estrecha relación con la RPPJ en virtud de que la implementación eficaz de medidas que eviten la comisión de delitos por parte de sus subordinados, además, su implementación adecuada y previa, atenúa la pena que pudiera corresponderle al determinar la comisión de un ilícito en su seno y atribuirle responsabilidad.

## **5.2. Compliance y funciones del CO**

---

<sup>41</sup> Artículo 49 inciso primero, COIP.

<sup>42</sup> Ana María Neira, “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal”, *Política criminal* 11, (2016), 468. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>.

<sup>43</sup> Artículo 3, Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción, Registro Oficial Segundo Suplemento 392, 17 de febrero de 2021.

<sup>44</sup> Artículo 45, numeral 7, COIP.

La individualización de la responsabilidad penal en el cometimiento de un delito dentro de la persona jurídica es uno de los problemas más complicados y comentados en el Derecho Penal moderno. A través de la implementación de la normativa interna en una empresa se busca dar una solución a tal conflicto mediante la delimitación de las funciones que cada miembro debe cumplir dentro de la organización.

Así, la implementación de programas de cumplimiento normativo tiene, como una de sus finalidades básicas, la de establecer y delimitar las competencias y funciones mínimas que el CO debe cumplir en su posición. En este sentido, se puede afirmar que es posible conocer a la figura del CO como tal e identificar sus funciones básicas a través del *compliance* y las normas administrativas señaladas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, es de suma importancia aclarar que las funciones del CO no solo son determinadas a través de la normativa, sino que sus atribuciones, deberes y responsabilidades pueden concretarse, más detalladamente, a través de la vía contractual, mediante la figura de la delegación<sup>45</sup>, lo cual se analizará de manera detallada en el apartado 6.2 del presente trabajo.

Ahora bien, en primer lugar, a partir del artículo 45, numeral 7, literal d, del COIP se puede identificar la existencia de la figura del CO; y se lo determina como aquella persona encargada de implementar, de manera previa a la comisión del delito, “[...] sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión [...]”<sup>46</sup>.

Lo cierto es que la figura del CO no tiene mayor tratamiento dentro del COIP, por lo cual es menester acudir a la normativa sectorial para tener más detalle al respecto. En este sentido, el CO, en Ecuador, se encuentra sujeto a las disposiciones provenientes de su organismo estatal de control –en caso de tenerlo– y a lo que la Unidad de Análisis Financiero y Económico, UAFE<sup>47</sup>, en materia de lavado de activos, determina.

En resumidas cuentas, son funciones del CO la ejecución de controles vinculados a las operaciones y transacciones que superen los diez mil dólares de los Estados Unidos de América; remitir de forma oportuna los reportes RESU; diseñar e implementar un

---

<sup>45</sup> Mateo Bermejo, Omar Palermo, *La intervención delictiva del compliance officer*, (Madrid: Marcial Pons, 2013), N/A

<sup>46</sup> Artículo 57, COIP.

<sup>47</sup> *Vé*; Artículo 11, Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. R.O. Segundo Suplemento 802 de 21 de julio de 2016.

Manual de Prevención con las respectivas políticas y procedimientos; monitorear de manera regular los perfiles de quienes se relacionen con la empresa e informar al sujeto obligado los hallazgos que encuentre en la ejecución de sus funciones<sup>48</sup>.

De la misma manera, el CO tiene la obligación de diseñar e implementar mecanismos de control que manejen de forma idónea y bien estructurada la información necesaria, cumplir lo dispuesto en la normativa señalada por su ente de control e identificar los riesgos que pueden presentarse dentro de la empresa<sup>49</sup>.

Igualmente, es menester avizorar que el CO, en virtud de lo que disponen las normas anteriormente señaladas, debe cargar con la responsabilidad administrativa que le corresponde en caso de incumplir las funciones que le competen. En este sentido, las normativas referentes al lavado de activos prevén las sanciones que se le impondrían al CO al no cumplir a cabalidad con sus deberes.

De esta manera, tanto el Reglamento Ley de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos como las Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, utilizan a la suspensión temporal de funciones y a la cancelación del cargo como mecanismos de sanción. Bajo este contexto, se suspende al CO de su cargo cuando no vele por el cumplimiento del Manual de Prevención, no realice descargos de las observaciones que su órgano de control haya realizado, o no haya reportado, por dos ocasiones, a la UAFE<sup>50</sup>.

Por el otro lado, la cancelación del cargo del CO ocurre cuando no haya superado las causales que fundamentaron su suspensión, un tercero esté realizando sus funciones, se halle bajo una de las prohibiciones para el ejercicio de su cargo o, finalmente, cuando el CO auspiciare o tolerare irregularidades dentro de la organización<sup>51</sup>. De esta manera, surge la interrogante ¿sería adecuado vulnerar el principio de mínima intervención penal para castigar una mala o imprudente gestión cuando ya se prevén sanciones administrativas específicas para el efecto?

---

<sup>48</sup> Artículo 15, Reglamento Ley de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, R.O. Suplemento 966, 20 de marzo de 2017; artículo 41 Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, R.O. Suplemento 441, 28 de abril de 2021; artículo 14 y 20 de la Norma para la Prevención del Delito de Lavado de Activos, R.O. Suplemento 441, 16 de marzo de 2021.

<sup>49</sup> Artículo 15, Reglamento Ley de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo; artículo 41 Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo; artículo 14 y 20 de la Norma para la Prevención del Delito de Lavado de Activos.

<sup>50</sup> Artículo 44, Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, R.O. Segundo Suplemento 411 de 16 de marzo de 2021; Artículo 16, Reglamento Ley de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. R.O. Suplemento 966 de 20 de marzo de 2017.

<sup>51</sup> Artículo 44, Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo; Artículo 16, Reglamento Ley de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.

Con la finalidad de encontrar respuesta a la interrogante planteada, es necesario analizar si el CO, como resultado de las funciones previstas en la normativa y por su organismo de control, tiene o no un deber de vigilancia. De tal forma, será posible establecer si, en virtud de aquello, se encuentra en la obligación de evitar la comisión de delitos dentro de la empresa, lo que conllevaría a suponer su posición de garante. A partir de ahí, será posible dilucidar si puede ser penalmente responsable por la omisión de sus deberes o si, por el contrario, solo le corresponden sanciones administrativas.

## **6. Posición de garantía en el ámbito empresarial**

Como se ha determinado en apartados anteriores, para que un individuo sea penalmente responsable por el incumplimiento de las actuaciones que le corresponden y sea imputado a él en calidad de comisión por omisión, deben concurrir determinados requisitos. En principio, al igual que la omisión propia, la impropia demanda de tres elementos: “a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada; c) capacidad de realizarla”<sup>52</sup>.

Sin embargo, para que haya una imputación objetiva de la conducta del individuo en comisión por omisión, adicionalmente, debe ostentar la posición de garante y encontrarse en la posibilidad de, mediante sus actuaciones, evitar la producción de un resultado dañoso<sup>53</sup>. En otras palabras, para que un individuo sea penalmente responsable por un delito en comisión por omisión, necesita tener un deber de garantía e incumplir el mandato que le imponga ejecutar determinados actos que protejan el bien jurídico.

En este sentido, en el ámbito empresarial, en primer término, es importante que se analice al Órgano de Administración o al Administrador en posición de garante frente a la empresa. Es, a partir de lo mencionado, que se pueden determinar los deberes que este sujeto tiene dentro de la organización y si se encuentra en la facultad de transferirlos al CO a través de la delegación. En este orden de ideas, se busca responder si, finalmente, el CO es el responsable de evitar los delitos que pudieran cometerse en la organización.

Dentro de los presupuestos de responsabilidad penal en la actividad empresarial se halla un problema trascendental, y es la dificultad en la atribución de responsabilidad penal a los individuos que forman parte de la organización. Así, y en aras de determinar

---

<sup>52</sup> Santiago Mir Puig, “Lección 12”, en *Derecho Penal Parte General*, ed. 8 (Barcelona: Editorial Reppertor, 2006), 318.

<sup>53</sup> Santiago Mir Puig, “Lección 12”.

si el CO es responsable en comisión por omisión frente a los delitos cometidos por terceros dentro de la organización, es menester analizar si este se encuentra en posición de garante.

### **6.1. Posición de garante del Administrador**

En virtud de la división de trabajo y la jerarquización de responsabilidades en el ámbito empresarial, se ha determinado que el Órgano de Administración, en calidad de jerárquico superior tiene el deber jurídico de evitar la realización de delitos por parte de sus subordinados<sup>54</sup>. De esta manera, surge la necesidad de conocer si el Administrador se encuentra en posición de garante y si, por lo tanto, podría cometer delitos en comisión por omisión.

En este sentido, el artículo 28 del COIP establece la comisión por omisión. A través de lo cual se desprende que el sujeto, para ser penalmente responsable bajo esta modalidad, debe ostentar una determinada posición, lo que le conlleva a cumplir con el deber de garantía de los bienes jurídicos determinados por la misma norma, siendo estos la salud, la libertad, la integridad personal y la vida<sup>55</sup>.

Acorde al mismo precepto normativo, para que el individuo sea calificado como garante de uno de los bienes anteriormente mencionados, deberá ser constituido como tal en virtud de fuentes formales y materiales, siendo las primeras, la Ley, el contrato o una conducta precedente; y las segundas, el deber de cuidado o custodia de los bienes jurídicos protegidos<sup>56</sup>.

Respecto de los criterios materiales que fundamentan los deberes que el individuo tiene frente al bien jurídico protegido, es necesario acudir a la dogmática propuesta por Kauffman. De esta manera, se determina que la posición de garante puede ser clasificada, como resultado del contenido de la función que le corresponde, en garantía de protección de los ataques que el bien jurídico pueda sufrir y la supervisión o vigilancia de las fuentes de peligro<sup>57</sup>.

En este orden de ideas, es menester analizar si el Administrador cuenta con deberes de garantía en la organización acorde al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para esto debe partirse de la idea de que en el Derecho Penal de la empresa se le ha asignado

---

<sup>54</sup> Jacobo Dopico Gómez, “Posición de garante del *compliance officer* por infracción de control: una aproximación tópica”, 165-189.

<sup>55</sup> Artículo 28, COIP.

<sup>56</sup> Artículo 28, COIP.

<sup>57</sup> Armin Kaufman, *Dogmática de los delitos de omisión*, 289-290

al Órgano de Administración los deberes de garante primario, puesto que es en virtud de su actividad dentro del mercado que se encuentra en la obligación de proteger los bienes jurídicos de terceros, a través de la vigilancia y el control sobre las fuentes de peligro que de la actividad empresarial puedan surgir<sup>58</sup>.

De esta manera, la Administración tiene el deber de evitar riesgos *ad intra*, es decir, con respecto al patrimonio de la empresa y sus empleados, y *ad extra*,—lo que compete al presente trabajo— lo referente a los peligros resultantes de las actuaciones de los miembros de la empresa que puedan vulnerar a los sujetos que se encuentran fuera de la organización; sin embargo, en este sentido es importante señalar que el Administrador no es responsable de todos los delitos que sus empleados cometan, sino solo de aquellos que comprendan relación con la actividad empresarial<sup>59</sup>.

En el mismo orden de ideas, se exige del Órgano de Administración una organización adecuada que permita vigilar a los subordinados, con la finalidad de evitar que se efectúen los riesgos empresariales que puedan acarrear responsabilidad penal. Esto, básicamente, “[...] implica una correcta organización de los procesos internos [...] y la implementación de sistemas de vigilancia y control referidos a las tareas propias de la actividad empresarial”<sup>60</sup>.

Entonces, a partir de lo esbozado anteriormente, es posible afirmar que el Órgano de Administración se encuentra en posición de garante primario, y tiene la responsabilidad de incorporar las medidas necesarias que impidan a su subordinado la comisión de un delito dentro de la organización. Sin embargo, al analizar la normativa ecuatoriana, se advierte una complejidad más: el legislador, dentro de los bienes jurídicos protegidos determinados por la norma, olvidó prever otros distintos que también acarrear la RPPJ.

Así, por ejemplo, en delitos económicos, como en el caso del delito de lavado de activos, el Administrador no podría tener responsabilidad penal en comisión por omisión, esto en virtud de que el bien jurídico protegido es el orden económico de la sociedad, no así la vida, la integridad personal, la libertad y la salud, como lo señala el artículo 28 del COIP.

---

<sup>58</sup> Liñan Lafuente, *La responsabilidad penal del compliance officer*, 47

<sup>59</sup> Juan Francisco Pozo, “Compliance y posición de garante: imputación de hechos delictivos al compliance officer”, *Foro: Nueva época* 23, núm. 1, 135-136. DOI: <https://doi.org/10.5209/foro.74000>.

<sup>60</sup> Ricardo Robles Planas, “El Responsable de Cumplimiento (<<Compliance Officer >>) ante el Derecho Penal”: *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. (Barcelona: Atelier, 2013), 323. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/664845>, (último acceso 23/10/2021).

## 6.2. ¿CO en posición de garante?

En virtud de la distribución de las actividades dentro del ámbito empresarial, el Órgano de Administración tiene la facultad de delegar ciertas funciones que le corresponden. En pocas palabras, la delegación es una técnica mediante la cual el delegado tiene la aptitud de ejecutar lo que se le ha encomendado, puesto que se le dota de la autoridad precisa para ello<sup>61</sup>.

En este orden de ideas, la delegación, además del reparto de labores dentro de la organización, implica, en cierto sentido, la “[...] generación de deberes de garantía [...]”<sup>62</sup> y, por ende, la transferencia de la responsabilidad penal hacia el delegado. Al respecto, Demetrio Crespo afirma que “[...] cuando el objeto de la delegación consiste específicamente en funciones de control o vigilancia, la posición de garante se delega por completo [...]”<sup>63</sup>.

Sin embargo, lo mencionado no implica que el miembro del Órgano de Administración cese en sus funciones de garante, puesto que mantiene el deber de observar y corroborar que el delegado, es decir, el CO, se encuentre en fiel cumplimiento del mandato otorgado<sup>64</sup>. Empero, en este respecto interviene el *compliance*, puesto que es allí en donde se deben delimitar las funciones que cada uno tiene la obligación de cumplir, para determinar si su omisión le acarrea o no responsabilidad penal<sup>65</sup>.

Ahora bien, con tales ideas base, es menester analizarlo desde la perspectiva del Derecho Penal ecuatoriano. En este sentido, la normativa sectorial determina que el representante legal de la persona jurídica es quien tiene la obligación de implementar medidas que prevengan la comisión del ilícito penal y, además, que este es responsable de tal función hasta que se genere una designación de su parte<sup>66</sup>.

En otras palabras, es el Órgano de Administración quien tiene el deber de designar a un CO la ejecución de ciertas actividades, en específico las de “prevención,

---

<sup>61</sup> Juan Antonio Lascurain. “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. (Madrid: Editorial Dykinson, 2018), 6. Disponible en: [https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/edicion\\_1/articulos/Lascurain-Responsabilidad\\_individual\\_en\\_delitos\\_de\\_empresa.pdf](https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/edicion_1/articulos/Lascurain-Responsabilidad_individual_en_delitos_de_empresa.pdf), (último acceso 23/10/2021).

<sup>62</sup> Juan Antonio Lascurain, “Salvar al Oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del Oficial de Cumplimiento)”, *Responsabilidad de la empresa y compliance* (2014), 4. Disponible en: [https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/edicion\\_1/articulos/Lascurain-Salvar\\_al\\_Oficial\\_Ryan.pdf](https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/edicion_1/articulos/Lascurain-Salvar_al_Oficial_Ryan.pdf), (último acceso 17/11/2021).

<sup>63</sup> Eduardo Demetrio, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 100

<sup>64</sup> *Ibid*, 108.

<sup>65</sup> Mateo Bermejo, Omar Palermo, *La intervención delictiva del compliance officer*, N/A

<sup>66</sup> Artículo 35, Normas de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

control, reportes y envío de información al sujeto obligado”<sup>67</sup>. Para tal efecto, se otorga al CO independencia de las demás áreas y, adicionalmente, se presume su capacidad para cumplir de manera adecuada sus funciones.

A partir de tal afirmación, es posible determinar que el individuo, al ser calificado como CO de una empresa, adquiere el deber de vigilancia conferido por el Órgano de Administración, quien le atribuye los recursos y potestades necesarias para llevar a cabo sus funciones<sup>68</sup>. De esta manera, el CO se encuentra en la obligación de realizar las actividades necesarias para controlar y prevenir el cometimiento de ilícitos dentro de la organización<sup>69</sup>. Al respecto, cabe analizar dos escenarios en virtud de su posición dentro de la empresa y las funciones que le competen.

Dentro del primer escenario, el CO no cuenta con las facultades de corrección necesarias para evitar –de forma activa– la comisión de delitos en la empresa. Así, por ejemplo, el CO tiene la responsabilidad de “[...] vigilar la adecuada implementación y funcionamiento del Sistema de Prevención de Riesgos [...]”<sup>70</sup>, pero, en caso de observar alguna actividad inusual, se encuentra en la obligación de comunicarla al Administrador, quien, finalmente, tiene el poder de tomar decisiones ejecutivas.

En otras palabras, bajo estas circunstancias, el CO es una especie de garante complementario, cuya responsabilidad tiene como fundamento la supervisión y el control de riesgos, mas, necesita de un garante primario –Órgano de Administración– con la capacidad de ejecutar acciones que impidan, de forma efectiva, las actuaciones contrarias a la ley. En este sentido, el CO tiene la obligación de mantener informado al Órgano de Administración, para que este pueda cumplir con su deber de corrección<sup>71</sup>.

De esta forma, por ejemplo, si el CO es el encargado de realizar las debidas diligencias a colaboradores, clientes y proveedores, previo a la contratación de estos con la empresa, estará en la obligación de informarle las observaciones al Órgano de Administración correspondiente. Es, en virtud de las recomendaciones que el CO haga respecto del sujeto analizado, que el Administrador procederá o no con las negociaciones.

A partir de ahí, es posible evidenciar que el CO es responsable de haber implementado el protocolo adecuado para obtener tales hallazgos, sin embargo, quien

---

<sup>67</sup> Artículo 35, Normas de prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos, R.O. Segundo Suplemento 96 de 09 de diciembre de 2019.

<sup>68</sup> Artículo 35, Normas de prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos.

<sup>69</sup> Artículo 35, Normas de prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos.

<sup>70</sup> Artículo 13, Reglamento ley de lavado de activos y del financiamiento de delitos.

<sup>71</sup> Ver, Liñán Lafuente, *La responsabilidad penal del compliance officer*, 66

tiene el poder de decisión es el mismo Órgano de Administración. Por lo tanto, si el CO recomendó, por ejemplo, calificar al cliente como uno de alto riesgo y, aun así, el administrador decide proceder con la contratación, en caso de un incidente, quien deberá responder es este último.

Por el contrario, en el segundo escenario propuesto, el CO es un individuo que sí cuenta con atribuciones correctivas y ejecutivas para evitar la comisión de delitos dentro de la organización. Por ejemplo, si el departamento de ventas de la empresa XYZ, con la finalidad de adjudicar un contrato de obra pública, invita a determinado funcionario a una comida sumamente costosa, el CO tiene la facultad de impedir que el área de contabilidad desembolse el pago que cubra dichos gastos.

Lo cierto es que el segundo modelo propuesto es poco utilizado dentro del ámbito empresarial, esto en virtud de que es mayormente aceptado que el CO no cuenta con la facultad de modificar la organización ni la estructura de la empresa<sup>72</sup>. Sin embargo, sus funciones no dejan de tener alta relevancia dentro de la organización, puesto que, si el CO no informa los riesgos al Administrador, este no podrá efectuar las correcciones necesarias para impedir la comisión del ilícito.

## **7. Presupuestos de responsabilidad penal del CO**

Como se ha señalado anteriormente, el CO, en su posición dentro de la organización, puede llegar a omitir determinadas actuaciones que eviten la comisión de delitos dentro de la organización. En este sentido, es necesario que se analice de manera detallada si los hechos delictivos cometidos en el seno empresarial, como resultado de su omisión de deberes, serían imputados a él en calidad de autor o cómplice.

De la misma manera, con la finalidad de determinar si su conducta es punible o no, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se requiere evaluar el elemento subjetivo que medió en su actuación, es decir, si no cumplió con los deberes que le corresponden de manera dolosa o imprudente.

### **7.1. Títulos de imputación penal del CO**

Al analizar la responsabilidad penal del CO surge también la necesidad de determinar el título al que se le debe imputar el delito cometido dentro de la persona

---

<sup>72</sup> Raquel Montaner, “El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, *Estudios Penales y Criminólogos* (Barcelona: 2015), 757. Disponible en <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2704>, (último acceso 25/10/2021).

jurídica. En este sentido, Ecuador, a través del artículo 41 del COIP, determina que las personas pueden participar de un ilícito de dos maneras en específico: en calidad de autor o de partícipe<sup>73</sup>.

Como se pudo desprender del apartado 6.2 del presente trabajo, el CO podría ser responsable penalmente por su omisión, siempre y cuando un tercero cometa hechos delictivos mientras el CO ostente una posición de garante del bien jurídico protegido y haya incumplido las funciones que se le han encomendado. Partiendo de la premisa de que “[...] el garante solo responde según la forma en que quebranta su posición [...]”<sup>74</sup>, es importante determinar aquellos elementos que le constituirían en autor o cómplice en comisión por omisión de la actuación ilícita.

Antes que nada, es necesario reconocer que no existe un consenso en la doctrina respecto de la determinación de complicidad y autoría en los delitos de omisión. Sin embargo, sí se ha concluido que “[...] el que omite de manera contraria al deber precisamente no domina, junto a un autor que actúa de forma activa, el acontecer”<sup>75</sup>; a partir esto, surgen distintas teorías que buscan resolver la cuestión.

Por una parte, la doctrina, con base en la teoría formulada por Roxin, asegura que los delitos de omisión son aquellos que infringen un deber de actuación; en otras palabras, el individuo que vulnera el deber que le corresponde debe ser considerado solamente como autor<sup>76</sup>. Por otro lado, en cambio, en virtud de la teoría del dominio del hecho, se afirma que el sujeto que se encuentra en posición de garantía y omite su deber de evitación de la comisión de un delito, tan solo puede ser considerado partícipe<sup>77</sup>.

Ahora bien, aunque no existe consenso doctrinario respecto de la respuesta a esta cuestión, es importante que se lo analice desde la perspectiva de la normativa ecuatoriana. Al respecto, en virtud del artículo 42 del COIP, se determina la autoría en tres modalidades distintas: directa, mediata y coautoría. Sin embargo, en el presente trabajo se hará énfasis específicamente en la modalidad omisiva en la autoría directa. Además, se estudiará si el CO encaja en la modalidad de cómplice, dispuesta en el artículo 43 del COIP.

---

<sup>73</sup> Artículo 41, COIP.

<sup>74</sup> Mateo Bermejo, Omar Palermo, *La intervención delictiva del compliance officer*, N/A.

<sup>75</sup> Harro Otto, “Complicidad por omisión”, *En Letra: Derecho penal* 5 (2017), 191. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10272/12222>, (último acceso 23/10/2021).

<sup>76</sup> Harro Otto, “Complicidad por omisión”, 193.

<sup>77</sup> Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal* (Granada: Editorial Comares, 2002), 749.

En primera instancia, se ha determinado doctrinariamente que ostenta la calidad de autor en comisión por omisión quien, dentro de sus competencias, tiene el deber de evitar –de manera directa– la comisión del hecho ilícito<sup>78</sup>. En otras palabras, es autor quien tiene la capacidad activa de evitar que un subordinado cometa un delito dentro del ámbito empresarial.

Lo mencionado concuerda con lo dispuesto por la legislación ecuatoriana: es autor quien, teniendo el deber jurídico de hacerlo, no impide o no intenta impedir la comisión de un delito<sup>79</sup>. En este sentido, y como se ha visto en apartados anteriores, es el Órgano de Administración quien tiene tal facultad. Empero, cabe recalcar que el CO tendría este tipo de responsabilidad si a su vez es el representante legal de la compañía o contractualmente se le han proporcionado las potestades necesarias para actuar contra las conductas criminales en la empresa.

Por el otro lado, la normativa ecuatoriana determina que es cómplice el sujeto que, de manera dolosa, coadyuve o favorezca, mediante actos secundarios, de forma anterior o simultánea, el cometimiento de un ilícito penal; asimismo, el COIP dispone que es cómplice quien coopere en la realización de la infracción a través de un acto menos grave que aquel incurrido por el autor o la autora<sup>80</sup>.

En ese orden de ideas, es partícipe en comisión por omisión aquel jerárquico superior que, de manera mediata, tiene la facultad de exhortar la evitación del cometimiento del delito<sup>81</sup>. Dicho de otra manera, no se puede considerar autor a quien, entre sus competencias, no se le confiere el deber de salvamento; en este sentido, el CO solo puede ser autor si el resultado de la comisión del delito pudiere ser evitado por su exclusiva actuación<sup>82</sup>.

De esta forma, se presupone que quien es cómplice en los delitos de omisión debe tener la aptitud para dificultar al autor la ejecución del delito; en este orden de ideas, si el cómplice no impide el peligro que corre el bien jurídico protegido, estaría incrementando la probabilidad de que el sujeto activo de la conducta realice el tipo penal<sup>83</sup>.

Por todo lo expuesto anteriormente, en el presente trabajo se concluye y se toma la postura de que el CO debiera ser penalmente responsable como autor siempre y cuando

---

<sup>78</sup> Eduardo Demetrio, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 110

<sup>79</sup> Artículo 42, COIP.

<sup>80</sup> Artículo 43, COIP.

<sup>81</sup> Eduardo Demetrio, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 110.

<sup>82</sup> Mateo Bermejo, Omar Palermo, *La intervención delictiva del compliance officer*, N/A

<sup>83</sup> Harro Otto, “Complicidad por omisión”, 205.

tenga el deber y la capacidad de ejecutar acciones que eviten la comisión de delitos dentro de la organización, hecho que ocurre, por ejemplo, si ostenta la calidad de representante legal o, a su vez, si se le ha delegado –contractualmente– tales atribuciones. Caso contrario, debería ser juzgado como cómplice.

## **7.2. Elemento subjetivo de la conducta del CO**

Con la finalidad de determinar la responsabilidad penal del CO, es necesario, además, analizar el elemento subjetivo –dolo o culpa– que ha mediado en su actuación omisiva, especialmente cuando su intervención es catalogada dentro de la modalidad de participación. De esta manera, será posible determinar si en la práctica, finalmente, la conducta del CO queda en la impunidad o debería ser castigada.

En este sentido, es de extrema importancia acudir a la legislación ecuatoriana para delimitar el tema y resolver el dilema. En primera instancia, el dolo es aquella modalidad en la que el sujeto actúa, de manera voluntaria, con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal<sup>84</sup>. La culpa, en cambio, hace referencia a aquella actuación, por parte del sujeto, que ocasiona un daño en virtud de la infracción del deber objetivo de cuidado que le corresponde<sup>85</sup>.

Respecto de la primera modalidad, la doctrina determina que, en principio, si el CO infringe el deber que tiene de velar por el cumplimiento de la normativa interna de la organización y decide, arbitrariamente, no comunicar al Órgano de Administración el riesgo del cometimiento de un ilícito, estaría participando por omisión de manera dolosa en la comisión del delito<sup>86</sup>.

Ahora bien, respecto del segundo elemento subjetivo mencionado, es menester resaltar tres particularidades en específico: en primer lugar, la modalidad culposa del tipo penal, para ser punible, debe estar expresamente señalada en el COIP<sup>87</sup>, empero, la mayor parte de delitos que pueden ser cometidos dentro del ámbito empresarial son tipos penales que no admiten la imprudencia como elemento subjetivo en su comisión<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Artículo 26, COIP.

<sup>85</sup> Artículo 27, COIP.

<sup>86</sup> Jacobo Dopico, “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del “compliance officer” tras la reforma penal de 2015.” *En Actualidad Compliance*, (2018) 224. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/263617705\\_Presupuestos\\_basicos\\_de\\_la\\_responsabilidad\\_penal\\_del\\_Compliance\\_Officer\\_y\\_otros\\_garantes\\_en\\_la\\_empresa](https://www.researchgate.net/publication/263617705_Presupuestos_basicos_de_la_responsabilidad_penal_del_Compliance_Officer_y_otros_garantes_en_la_empresa), (último acceso 25/10/2021).

<sup>87</sup> Artículo 26, COIP.

<sup>88</sup> Los incendios forestales y de vegetación son los únicos delitos que acarrearán RPPJ y admiten modalidad culposa en el COIP, en esta materia. Artículo 246, COIP.

En cuanto a la segunda particularidad se destaca el hecho de que a partir de la redacción del artículo 28 del COIP, es posible inferir que en la omisión impropia o la comisión por omisión solo cabe la modalidad dolosa de la conducta<sup>89</sup>. En otras palabras, el legislador deja en la impunidad a la omisión impropia imprudente o culposa. En este sentido, por ejemplo, si el CO prevé el acaecimiento de un ilícito, mas no lo comunica puesto que tiene la confianza en que no se ejecutará, bajo las reglas previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no podría ser penado.

La tercera particularidad, en cambio, hace referencia a lo concluido en el apartado anterior. Es decir, si se busca condenar al CO en calidad de cómplice en comisión por omisión, este podría ser juzgado solamente si su conducta es calificada como dolosa, puesto que el artículo 43 del COIP determina, claramente, que “no cabe complicidad en las infracciones culposas”<sup>90</sup>.

Ahora bien, tras todo lo expuesto anteriormente, queda concluir que, en Ecuador, el CO no debiera ser penalmente responsable si la omisión de los deberes de garantía que se le imponen, a través de los programas de cumplimiento, son calificados bajo la modalidad culposa del tipo penal por tres razones distintas: a) la mayor parte de delitos en el ámbito empresarial son dolosos; b) no se prevé la modalidad culposa en los delitos de comisión impropia; y, c) si el CO es tratado como cómplice, solamente cabe la modalidad dolosa.

### **7.3. Delitos imputables al CO**

En virtud de las obligaciones que le son atribuidas al CO en el ámbito empresarial, se requiere detallar cuáles son los supuestos bajo los cuales podría considerarse su responsabilidad penal por omisión impropia. En este sentido, se tomarán en consideración al diseño e implementación, y control de *compliance programs*, como momentos en los que el CO interviene en la prevención de un delito dentro de la organización.

En primer lugar, y como se ha mencionado en apartados anteriores, una de las principales funciones que tiene el CO en la empresa consiste en el diseño o elaboración e implementación de programas de cumplimiento que identifiquen riesgos y permitan adaptar las medidas necesarias para prevenir la comisión de ilícitos. En este contexto, surge la inquietud respecto de las consecuencias de su deficiente o defectuoso trabajo.

---

<sup>89</sup> Artículo 28, COIP.

<sup>90</sup> Artículo 43, COIP.

Así pues, en el supuesto de la comisión de un delito doloso, el CO sería responsable penalmente tan solo si tuviera conocimiento de que su omisión está – efectivamente– facilitando la ejecución de la infracción, puesto que no sería suficiente solamente la no identificación de un riesgo<sup>91</sup>. Por ejemplo, si el CO conoce que parte de los fondos de la empresa están siendo destinados al soborno de funcionarios y, aun así, decide no identificar dichas actuaciones como un riesgo para la persona jurídica, su actuación podría ser penalmente reprochable.

Igualmente, el CO tiene la función de implementar un programa de cumplimiento que cuente con las medidas necesarias para prevenir riesgos penales y, en caso de no hacerlo, esto podría acarrearle una eventual responsabilidad penal. Lo mencionado podría verse replicado en el ejemplo de un CO que labora en una fábrica que produce acetona – producto inflamable– y, de manera imprudente, no acoge las medidas necesarias para evitar un incendio de la vegetación que se encuentra cercana a las instalaciones.

Adicionalmente, y como se ha determinado anteriormente, el CO se encuentra en el deber de controlar o gestionar de manera adecuada los riesgos frente a los cuales la persona jurídica puede tener responsabilidad penal. En este sentido, por ejemplo, el CO tiene la obligación de activar las señales de alerta correspondientes, mediante reportes al organismo competente, en caso de conocer operaciones o transacciones económicas inusuales y que el cliente, proveedor o colaborador no pueda justificar<sup>92</sup>.

En este respecto, cabe señalar que el legislador ecuatoriano, a través del artículo 319 del COIP, ha tipificado la omisión de control de riesgos bajo el supuesto de lavado de activos y le ha impuesto una pena privativa de seis meses a un año<sup>93</sup>. Sin embargo, esta se trata de una omisión propia y no se prevén otros delitos bajo los cuales la persona jurídica tiene responsabilidad penal.

A pesar de todos los argumentos expuestos en el presente apartado, en los ejemplos que se proponen para brindar más claridad al lector, difícilmente se podría determinar la responsabilidad penal en comisión por omisión del CO en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, puesto que ninguno de ellos tiene como bien jurídico protegido la salud, la vida, la libertad y la integridad personal.

---

<sup>91</sup> Jacobo Dopico, “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del “compliance officer” tras la reforma penal de 2015”, 226.

<sup>92</sup> Artículo 4, literal d, Ley de prevención de lavado de activos y del financiamiento de delitos.

<sup>93</sup> Artículo 319, COIP.

Entonces, ¿cómo podría determinarse cuáles son los delitos que sí le pueden ser imputados al CO en comisión por omisión? Básicamente, debe ser un delito doloso que acarree RPPJ y afecte a los bienes jurídicos determinados por la norma para configurarse la posición de garante del CO. En este respecto, ejemplos de ello serían la trata de personas; la comercialización, distribución, importación, almacenamiento y dispensación de medicamentos, dispositivos médicos y productos de uso y consumo humano caducados; desatención del servicio de salud; entre otros.

## **8. Conclusiones**

A partir de lo analizado a lo largo del presente trabajo, se determinó que, en virtud de la regulación de la RPPJ y la implementación de programas de cumplimiento como mecanismo atenuante de tal, surgió en el Derecho Penal la discusión sobre la responsabilidad penal en comisión por omisión de la novedosa y contemporánea figura del CO en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De esta manera, se concluyó que el CO, al ser el encargado del diseño, implementación y control de la normativa interna de la organización, se encuentra en posición de garante de los bienes jurídicos determinados en la norma: vida, salud, integridad personal y libertad.

Adicionalmente, se estableció que el CO, a través de la vía contractual y la delegación de funciones por parte del Órgano de Administración, puede tener facultades ejecutivas para evitar la comisión de delitos dentro de la organización. Sin embargo, lo más usual es que no las tenga y, por lo tanto, sea una especie de garante complementario, cuya obligación es informar los riesgos penales al Administrador para que cumpla con su deber de corrección. Asimismo, se halló que la conducta omisiva del CO, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, solo es penalmente reprochable en modalidad dolosa.

De esta manera, es posible afirmar que se ha logrado responder la pregunta jurídica planteada en el presente trabajo. Los elementos que pueden determinar la responsabilidad penal del CO en comisión por omisión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son los siguientes: a) facultades del CO dentro de la organización; b) modalidad dolosa de su conducta; c) deber de garantía frente a los bienes jurídicos determinados en la normativa ecuatoriana; d) no realización de la conducta debida.

En virtud del carácter *nova data* de la figura del CO en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se pudo identificar un escaso desarrollo normativo, jurisprudencial y

doctrinario de los presupuestos que pueden acarrear su eventual responsabilidad penal. Es, por tal motivo, que se sugiere –para un próximo estudio– realizar un análisis usando el método comparativo, con la finalidad de conocer cómo se regula la responsabilidad penal del CO en legislaciones que han realizado mayor estudio al respecto, como, por ejemplo, la alemana, la española, y la argentina.

Finalmente, y como se pudo someramente advertir en el desarrollo del presente trabajo, los bienes jurídicos que se encuentran bajo la custodia de quien está en posición de garante, son limitados. Por tal motivo, si no se incorporan a bienes jurídicos que vulneran los delitos imputables a la persona jurídica, tales como el patrimonio, el orden económico, la eficiencia en la Administración Pública, y otros, resulta complejo imputar determinados delitos –como el lavado de activos, el cohecho, la insolvencia fraudulenta– al CO por su omisión impropia de funciones en modalidad dolosa.