



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO**

**FACULTAD DE DERECHO POLÍTICA Y DESARROLLO**

**CRIMINAL COMPLIANCE**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO  
PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y  
JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**

**AUTOR:**

**CRISTINA ANTONELLA ANDRETTA SCHUMACHER**

**TUTOR:**

**AB. DANIEL ANDRÉS KURI GARCÍA**

**SAMBORONDON, SEPTIEMBRE, 2014**



CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el siguiente trabajo fue realizado en su totalidad por **CRISTINA ANTONELLA ANDRETTA SCHUMACHER**, como requerimiento para la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

TUTOR:

**AB. DANIEL ANDRÉS KURI GARCÍA**

## CRIMINAL COMPLIANCE

*A mi papá, Antonio Andretta Arízaga.*

*Mi orgullo, siempre.*

## CRIMINAL COMPLIANCE

### Resumen

El presente trabajo se enfoca en analizar el origen, evolución y repercusiones de la práctica corporativa del *criminal compliance* en Ecuador y en el mundo. Para poder llegar a conocer este concepto, primero se identifica su desprendimiento del *compliance* empresarial en general. Esta tendencia de cumplimiento nace a raíz de una cronología judicial sancionadora, especialmente en Estados Unidos y Reino Unido, donde se evidencia como ha ido tomando fuerza la pena a compañías por delitos cometidos bajo su alcance; sumada a los escándalos mediáticos de los años noventa y dos mil.

Poder permear una cultura corporativa de cumplimiento normativo va más allá del simple acopio de permisos y regulaciones de operación, por ello se indaga sobre los elementos formales que permiten su aplicación mediante la estructura de un buen gobierno corporativo y la institucionalidad del *compliance officer*.

El riesgo permanente de una empresa a ser investigado por actos ilícitos cometidos por sus miembros, ha llevado a que el *compliance* se enfoque en el ámbito penal, incluyendo instrumentos administrativos e institucionales específicos para prevenir y/o detectar estas situaciones, y de esta manera reducir la exposición corporativa a una sanción. Es aquí donde se estudia las implicaciones del *criminal compliance*, sus principales normativas internacionales relacionadas como las *U.S. Federal Sentencing Guidelines* y el *U.K. Bribery Act*, y legislación ecuatoriana, recorriendo el contenido del Código Orgánico Integral Penal; la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos, más Resolución de la Superintendencia de Compañías correspondiente; y el Código Orgánico Monetario y Financiero.

Palabras clave: *compliance*, *criminal compliance*, gobierno corporativo, *compliance officer*, riesgo, cultura corporativa.

## CRIMINAL COMPLIANCE

### **Abstract**

This paper focuses on analyzing the origin, evolution and impact of corporate criminal compliance practice worldwide, especially in Ecuador. In order to understand this concept, we need to detach it from the corporate compliance definition. The compliance trend was born through a court sanctioning chronology, especially in the United States and United Kingdom, where case law evidences how corporate criminal liability has gained prominence, added to the media scandals from the ninety's and two thousand's. To permeate the corporate culture of compliance goes beyond just collecting permits and operating regulations, therefore we need to investigate the formal elements that allow its implementation. These include the structure of good corporate governance and the institution of the compliance officer.

The article discusses the concepts of both compliance and criminal compliance, its main components and structure as well as the main rules relating to its global application, and finally his emergence in the Ecuadorian legal system.

Key words: Compliance, criminal compliance, corporate governance, criminal liability, and compliance officer.

### I.- Introducción

Las compañías a nivel mundial están cada vez más preocupadas de mantener una buena reputación corporativa y de realizar sus actividades en armonía con los ordenamientos jurídicos de cada país. Los escándalos corporativos de la década de los noventa y dos mil pusieron a las grandes corporaciones en el ojo de la opinión pública, y consecuentemente de la autoridad, ahora pendiente cada vez más de la forma en que hacen negocios creando constantemente mayores y mejores formas de regulación, control y sanción. Frente a la inminente posibilidad de ser protagonista de nuevo escándalo público, y pagar multas millonarias, o sanciones catastróficas, el mundo empresarial ha tomado la posición de cumplir con la ley, “*to be in compliance with the law*” (Rotsch, pág. 2, 2012). El *compliance* de manera general comprende una estructura corporativa que provee una especie de autorregulación hacia el interior de la misma con el propósito de detectar y prevenir posibles incumplimientos normativos con consecuencias sancionadoras naturalmente negativas (Wellner, pág. 499 – 502, 2006). Siendo el área penal la rama normativa con mayor grado de severidad en la aplicación sancionadora, la evolución del *compliance* devenga en el especial interés por prevenir situaciones que comprenden el cometimiento de algún delito, desarrollando su estructura de cumplimiento enfocada en el *criminal compliance*.

Este artículo analizará los conceptos tanto de *compliance* como de *criminal compliance*, sus principales componentes y estructura, así como las principales normas relacionadas con su aplicación a nivel mundial, y finalmente su surgimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## II. Sobre el *Compliance*

### II.a. Origen

El *compliance*, en un primer acercamiento muy simple a su definición, podría definirse como aquel interés de la empresa de mantener un estado permanente de cumplimiento con la normativa legal de un país. El término proviene de la expresión anglosajona “*in compliance with the law*”, o “en cumplimiento con la ley” en su traducción al castellano (Cavero, *Criminal Compliance*, pág. 9, 2011). Todas las personas, tanto naturales como las jurídicas, tienen una serie de obligaciones normativas con las que deben cumplir, sean estas de prevención de riesgos o de mero control estatal. Estas regulaciones normativas, en caso incumplimiento puede producir consecuencias adversas para la compañía, tales como las sanciones –sean de índole administrativo o penal. “*Se trata en última instancia del evidente principio vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales según el cual las empresas y sus órganos deben operar armónicamente con el Derecho vigente.*” (Rotsch, pág. 2, 2012).

Siendo el principal fin de la empresa la generación de ingresos, las sanciones (en caso de incumplir con sus obligaciones) representan grandes obstáculos para su buen desempeño, resultando en un riesgo operacional permanente, constante y, en algunos casos, letal. “*Economic globalization creates challenges for political steering which exceed the capabilities of any single state. It has produced a growing need (and claim) to make use of the problem-solving potential of non-state actors in order to master these challenges more effectively*”<sup>1</sup> (Wolf, 2008, p. 255) (Andreas Georg Scherer, 2011). Es en este momento clave donde nace, a mi criterio, el primer acercamiento hacia la teoría

---

<sup>1</sup> “La globalización económica crea desafíos para la dirección política que exceden las capacidades de cualquier Estado individual. Se ha producido una creciente necesidad (y demanda) para hacer uso de la posibilidad de resolución de problemas de los actores no estatales con el fin de dominar estos desafíos con mayor eficacia.”.

## CRIMINAL COMPLIANCE

del *compliance*:

“En el famoso caso del *rogue trader Kweku Aoboli* en la filial londinense del banco suizo UBS en 2011, el CEO de la entidad tuvo que renunciar. Sólo un año antes, al asumir su cargo, había prometido mejorar el sistema de supervisión del banco que ahora había nuevamente fallado, mostrando la ineficiencia de los controles. En 2011, la farmacéutica *Pfizer* acordó con la *SEC*, la agencia reguladora bursátil de los EE.UU., un pago de USD 2.300.000.000 por no responder adecuadamente al Gobierno en una investigación por promoción ilegal de medicamentos y la falta de un programa de *compliance* adecuado.” (Kleinhempel, pág. 8, Gobierno Corporativo y Compliance , 2011).

Cuando los diferentes ordenamientos jurídicos, principalmente el norteamericano y el inglés, le atribuyen a las compañías la capacidad de cometer una infracción, estableciendo sanciones separadas y distintas de aquellas impuestas a la persona natural. “*Corporations, after all, can act only through agents and there was never any question but that the errant corporation’s agents, once found, could be tried and punished for their crime.*”<sup>2</sup> (Andrew Weissmann, Rethinking Criminal Corporate Liability, pág. 102, 2007) Las Cortes inglesas empiezan a atribuir responsabilidad a las personas jurídicas alrededor de los años 1800, seguido de las cortes norteamericanas actuando de manera similar. (Andrew Weissmann, Rethinking Criminal Corporate Liability, pág 256, 2007)

---

<sup>2</sup> “Las Corporaciones, después de todo, sólo pueden actuar a través de agentes, y nunca hubo ninguna duda de que una vez encontrados los agentes de la corporación responsables de la actuación errante, podrían ser juzgados y castigados por su crimen.”

## CRIMINAL COMPLIANCE

Estas fueron entonces las primeras decisiones e ideas que llevan luego a crear la cultura del *compliance*, luego fortalecidas por casos especialmente importantes como *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, *Dollar S.S. Co. V. United States* (Andrew Weissmann, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, pág. 257, 2007), incorporando consigo el razonamiento a nivel general, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, finalmente impulsando la creación de normas y organizaciones estatales como *U.S. Packard Commission (1986)*, *U.S. Sentencing Commission guidelines (1991)*, *Inter-American Convention Against Corruption (1996)*, *OECD Convention Combating Bribery (1997)*, *International Labour Organization Principles (1998)*, *UN Global Compact (1999)*.

De aquí la necesidad de estar en armonía con la autoridad: el *compliance* busca inculcar una cultura empresarial de buenas prácticas profesionales con la finalidad de reducir el riesgo sancionador al menor grado, y así continuar con los objetivos comerciales identificados. “... *To ensure that the corporation’s own internal structure deters future violations of the law... encouraging companies to foster a culture of compliance with the law, and deterring criminal conduct by employees.*”<sup>3</sup> (Wellner, pág. 512, 2006).

Es importante destacar que este sistema de cumplimiento y buenas prácticas empresariales, no inicia, lamentablemente, por la pura intención del mundo empresarial de manifestar su voluntad de cumplir con la norma. La historia del *compliance* nace como resultado de los esfuerzos de la comunidad internacional por poner un alto al gran número de escándalos corporativos de las décadas de los noventa y dos mil, que sacudieron tanto de manera reputacional como financiera, la estructura de grandes

---

<sup>3</sup> “Para asegurarse de que la propia estructura interna de la corporación disuada futuras violaciones de la ley ..., estimular a las empresas a fomentar una cultura de cumplimiento de la ley, y disuadir la conducta delictiva de los empleados.”

## CRIMINAL COMPLIANCE

empresas como ENRON, Tyco, WorldCom, y muchas otras, teniendo como resultado normativo inmediato a *U.S. Sarbanes – OxleySOx (2002)*, *MESICIC (2006)* y *U.K. BriberyAct and U.S. Dodd-Frank (2010)*.

Finalmente ambos componentes históricos, podemos decir que en la actualidad han comenzado a impregnar en la mente del empresario moderno la necesidad de protegerse y prevenir posibles contingentes. *“La responsabilidad sin culpa de las compañías, por la mera causación de un daño, se relaciona más con fines como la redistribución social de costes que con el fin preventivo.”* (Casas & Feijoo, pág. 30, 2011). Esta prevención de repercusiones inmediatas en sus resultados comerciales pone como prioridad dos ejes: la prevención de ejecución de infracciones normativas, y la localización de aquellas conductas y acciones que rompen con la cultura corporativa de cumplimiento establecida. *“Si bien es cierto que habrá que considerar insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, también habrá de evitar el excesivo formalismo, de modo que se valore en abstracto la aptitud de tales medidas para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el seno de la corporación.”* (Fiscalía General del Estado Español, pág. 105, 2011)

### II.b. Compliance y el buen gobierno corporativo

Una vez definido y explicado el surgimiento del *compliance*, resulta necesario entender su aplicación y práctica desde la empresa: ¿De qué manera se aplica una cultura en la que la armonía con la legislación prima dentro de una gran organización? Es necesario llevar de la mano el interés corporativo de cumplir con las normas junto con la estructura y herramientas que ofrece un buen gobierno corporativo. *“El “Buen” Gobierno Corporativo provee incentivos apropiados para el Directorio y el Management para que persigan objetivos que están en el interés de la compañía y*

## CRIMINAL COMPLIANCE

*sus accionistas y además facilita un monitoreo efectivo*". (Kleinhempel, Gobierno Corporativo y Compliance , 2011). La efectividad de una cultura corporativa de cumplimiento depende de la convicción de todos los miembros de una empresa: cada empleado, desde su puesto de trabajo y de alguna manera, puede ser vulnerable a una situación que comprometa el *compliance* de toda la organización.

“*Compliance* se encuentra normalmente bajo el título organizacional de Gobierno, Riesgo y *Compliance* (GRC), pero está moviéndose hacia GCL: Gobierno, Cultura y Liderazgo, uniendo un fuerte liderazgo a una efectiva y persuasiva cultura corporativa. Con este enfoque, *compliance* se aleja de ser un intento meramente legalista de balancear el comportamiento de la empresa y sus individuos sobre la cornisa entre lo todavía legalmente aceptable y el abismo de la ilegalidad, y se orienta hacia un enfoque de valores.” (Kleinhempel, Gobierno Corporativo y Compliance, 2011)

El propósito central del gobierno corporativo es proveer a las empresas con los instrumentos adecuados que faciliten una administración corporativa efectiva y prudente; capaz de proveer resultados beneficiosos a largo plazo. Es por esto que el buen gobierno corporativo parte desde el propio directorio de una compañía, para así irradiarse al resto de la misma.

“Los directores representan a los accionistas, votan temas de importancia para la compañía y nombran y monitorean al *management*, mientras que éste último realiza las actividades clave y reporta al Directorio. Esto vale tanto para compañías grandes como para medianas y chicas. Deben conocer la compañía y su operación para poder supervisar/monitorear las

## CRIMINAL COMPLIANCE

operaciones adecuadamente. No son ejecutores y no deben mezclar su actividad de director con la del ejecutivo. Frecuentemente la línea divisora entre ejecutivo y director es delgada, especialmente si se trata de directores internos de la compañía.” (Kleinhempel, Gobierno Corporativo y Compliance, pág. 14, 2011).

Ello mediante el establecimiento de una serie de reglas, procedimientos, valores, y políticas; distinguiéndose dentro de la organización como el órgano rector del mismo, involucrado en su totalidad con la actividad diaria y el giro del negocio.

“Monitorear requiere conocimiento y *expertise*. Y esto no se limita al entendimiento de los temas financieros, donde demasiado a menudo los directores concentran su atención. Incluye a los desarrollos tecnológicos, los productos, el entorno competitivo y la “salud” organizacional. La fuente de información más importante suele ser el CEO de la compañía. Por ende, el poder del directorio depende mucho de la relación con el CEO y otros top managers. Los directores pueden pedir a cualquiera cualquier tipo de información, pero sólo les sirve, si la saben interpretar.” (Kleinhempel, Gobierno Corporativo y Compliance, pág. 15, 2011).

Además es por medio de dicho órgano corporativo que encontramos el canal adecuado de comunicación con los accionistas, autoridades, clientes y posibles inversionistas. *“Así el Buen Gobierno Corporativo como competencia distintiva de la empresa se convierte en una importante ventaja competitiva. Otra consecuencia positiva es la cada vez más importante atraktividad para talentos y una mejor reputación que, en un mundo globalizado donde las ventajas competitivas de un producto o servicio se copian rápidamente, constituye una fuente de diferenciación.”*

## CRIMINAL COMPLIANCE

(Kleinhempel, Gobierno Corporativo y Compliance, pág. 15, 2011).

Las buenas prácticas empresariales, evidenciadas desde la óptica de una estructura de gobierno corporativo refleja la obligación corporativa de fidelidad al Derecho. *“El reconocimiento de una esfera de autonomía a la persona jurídica con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, el nacimiento del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho”* (Bajo Fernandez, Jose, & Gomez-Jara Diez, pág. 172, 2012). Todo esto producto de una paulatina descentralización de la función reguladora del Estado, hacia la gestión administrativa empresarial, dónde a su vez se hace una diferenciación de fondo al momento de establecer la culpabilidad de un delito, pudiendo por un lado ser atribuible a una persona física, como a una persona jurídica, o a ambas. No existe un acompañamiento obligatorio de ambas, *“son concretamente las medidas de prevención y detección de delitos las que recogen con mayor acierto la esencia de la culpabilidad de la persona jurídica”* (Bajo Fernandez, Jose, & Gomez-Jara Diez, pág. 174, 2012).

El reto de dirigir y establecer las reglas por las que se maneja primero un buen directorio, y luego una buena empresa, indudablemente comprende grandes esfuerzos y sacrificios por parte del órgano administrador; pero es en el momento en que una organización cuente con la estructura organizacional adecuada, procedimientos claros, y canales de comunicación efectivos, cuando estará constituida su herramienta principal para poder prevenir futuros delitos, y hasta, dependiendo de la legislación aplicable, lograr atenuar ciertas penas en caso de ser objeto de una sanción penal.

A mi criterio, existen unos cuantos de los principios básicos delimitados alrededor del mundo que se pueden seleccionar como indispensables, tales como: el liderazgo, la rendición de cuentas, la relación con los accionistas, y el arreglo de

## CRIMINAL COMPLIANCE

controversias. (UK Financial Reporting Council, pág. 7, 2012). Pero, ¿qué tiene que ver todo esto con el *compliance*? El buen gobierno corporativo amolda el terreno de una empresa para de manera correcta poder comunicarse a lo largo y ancho de ella. Le proporciona a sus directivos y administradores el canal por medio del cual se pueden precautelar desde los proyectos comerciales en ejecución, hasta un programa que busque el apropiado cumplimiento con la ley y prevención de infracciones. *“This measure is required to ensure that the corporation’s own internal structure deters future violations of the law.”*<sup>4</sup> (Wellner, pág, 531, 2006).

*“Yet, staying out of trouble is only part of the picture. Managers who view the law purely as a constraint, something to comply with and react to rather than to use proactively, will miss opportunities to use the law and the legal system to increase both the total value created and the share of that value captured by the firm.”*<sup>5</sup> (Bagley, pág. 52, 2010); cuando una empresa cuenta con un buen *governance*, aquel que trasciende el *checklist* de acciones, tiene en sus manos todos los elementos para detectar cualquier irregularidad. Sean estas irregularidades de carácter comercial -relacionada con el giro del negocio- o de naturaleza normativa -cometida por los empleados-, la capacidad que sean detectadas ayudará a producir algún tipo de señal en los niveles administrativos correspondientes a fin que ponga en alerta sobre cada situación puntual. (Criminal division of the U.S. Department of Justice and Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, pág. 492, 2012).

---

<sup>4</sup> “Esta medida es necesaria para asegurar que la propia estructura interna de la corporación disuade futuras violaciones de la ley.”

<sup>5</sup> “Sin embargo, no meterse en problemas es sólo una parte de la película. Los directivos que ven a la ley como un mero obstáculo, algo que cumplir, y únicamente reaccionan hacia ella, en lugar de usar de forma proactiva este conocimiento, se perderá la oportunidad de usar la ley y el sistema legal para aumentar tanto el valor total creado y el porcentaje de ese valor capturado por la firma.”

## CRIMINAL COMPLIANCE

Cuando una compañía ha manifestado su interés como organización de llevar a cabo e implementar buenas prácticas de gobierno corporativo, conjuntamente con un programa de *compliance*, pone en evidencia la buena fe de la misma en actuar acorde a la ley, así como de brindar los elementos indicados a sus trabajadores para que también lo hagan. “*Firms are noncompliant if they fail to adopt and fail to provide an explanation.*”<sup>6</sup>(Steven E. Salterio, pág. 13, 2013). En estos casos, en el supuesto que ocurran situaciones que rompan con el programa, sus valores o estándares, y se llegue a cometer un acto que acarree una sanción normativa gubernamental; habrán elementos para construir un argumento a favor de aislar esa acción hacia el autor material de la misma de la organización empresarial a la que pertenece, demostrando la falta de culpabilidad de la compañía –la cual cumplió con toda la normativa respectiva-. (Casas & Feijoo, pág. 33, 2011)

### *II.c. La figura del Compliance Officer*

Dentro de la estructura organizacional y de buen gobierno corporativo de una empresa, para adoptar la cultura de *compliance*, es necesario construir una posición de cargo gerencial, encargada de poner en marcha esta iniciativa, y una vez implementada, llevar su control. (Keinhempel, pág. 11, 2007). Este es el trabajo del *compliance officer*, u oficial de cumplimiento: un directivo corporativo encargado de supervisar y administrar los temas relativos al *compliance* dentro de la empresa, asegurando los objetivos trazados y requerimientos regulatorios delineados, en contraste con la totalidad de los miembros de la organización. (Cavero, Criminal Compliance, pág. 61, 2011)

El *compliance officer* debe tener una posición de rango jerárquico alto dentro de

---

<sup>6</sup> “Las empresas son –incumplidas- si fallan en adoptar herramientas, y también si fallan en proporcionar una justificación”.

## CRIMINAL COMPLIANCE

la empresa, con cierta autonomía en su área de administración, recursos y autoridad. Además, se convierte en la imagen del programa de cumplimiento dentro de una empresa, su rol debe abarcar un abanico de responsabilidades, empezando por ser reconocido como tal. (The Organisation for Economic Co-operation and Development OECD, pág. 26, 2010). Esta posición cumple un papel institucional esencial, le otorga a una persona la obligación de llevar control objetivo y medible, que al mismo tiempo logre derivar en resultados evidentes para los demás empleados.

Un cargo de estas características consecuentemente debe ser, por su naturaleza imperativa, de nivel gerencial y cumplir al menos con ciertas funciones, además de algunas otras que podrían variar según el giro de cada negocio. *“The Chief Executive Officer (or equivalent) is responsible for seeing that the Programme is implemented effectively, with clear lines of authority. Depending on the size of the enterprise, consideration should be given to making the day to day operation and breaches of the code the role of a senior officer of a company.”*<sup>7</sup> (OECD, UNODC, World Bank, pág. 11, 2013).

Para poder ejecutar su labor de manera eficiente, deberá de mantenerse en constante comunicación con las cabezas de la compañía; esto trasciende de simples conversaciones, implicando la obligación de proporcionar datos que aseguren la supervisión constante que hace al *compliance* en la misma (Keinhempel, 2007). Implica generar reportes aportando información relevante, sugerir recomendaciones para las distintas áreas de la empresa en relación con el cumplimiento y prevención de sanciones normativas; intervenir en los distintos comités que existan; diseñar una matriz de

---

<sup>7</sup> “El Director Ejecutivo (o su equivalente) es responsable de asegurarse de que el Programa se aplique con eficacia, con líneas claras de autoridad. Dependiendo del tamaño de la empresa, debe considerarse la posibilidad de hacer de la operación del día a día y las infracciones del código una función independiente de un alto directivo de una empresa.”

## CRIMINAL COMPLIANCE

riesgos que involucren vulneración de *compliance* en base a parámetros objetivos salidos de la realidad del negocio; implementar los procesos internos de control que considere necesarios, así como los procesos de denuncias y consultas, como base de su perfil corporativo. (Criminal division of the U.S. Department of Justice and Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, 2012).

De la mano del oficial de cumplimiento es necesario hacer referencia a la teoría de *tone from the top*, tratando del correcto tono al tope de una empresa.

*“Best practice standards and controls suggest that the tone and culture set by management has a trickle-down effect on employees. If top managers uphold ethics and integrity so will employees. But if upper management appears unconcerned with ethics and focuses solely on the bottom line, employees will be more prone to commit fraud and feel that ethical conduct isn't a priority. In short, employees will follow the examples of their bosses.”*<sup>8</sup> (Thomson Reuters Governance, Risk, and Compliance GRC business unit, pág. 73, 2012).

Ejemplificar desde los altos mandos de una compañía la manera en que se pretende todo el resto de los empleados actúe, aunque no representa alguna técnica complicada ni fórmula secreta al éxito, es una simple, lógica y efectiva manera de implementar los programas de *compliance*. Estándares de buenas prácticas y control al tope de la organización tiene un efecto dominó hacia el resto de colaboradores de rango inferior, si los niveles jerárquicos superiores se saltan los procedimientos y condiciones

---

<sup>8</sup> "Las normas y controles de buenas prácticas sugieren que el tono y la cultura establecida por la gestión tiene un efecto cascada sobre los empleados. Si los altos directivos defienden la ética y la integridad corporativa, también lo harán el resto de los empleados. Pero si la alta dirección parece indiferente a la ética y se centra exclusivamente en la línea de fondo, los empleados estarán más propensos a cometer fraudes y apreciar que la conducta ética no es una prioridad. En resumen, los empleados seguirán el ejemplo de sus jefes".

## CRIMINAL COMPLIANCE

implementadas a sus empleados, estos percibirán una falta de concordancia entre las disposiciones internas y su comportamiento, produciendo que ellos tampoco cumplan con las normas ni tengan buenas prácticas empresariales (Ministry of Justice, UK, pág. 20, 2011). Como los niños con sus padres, los empleados terminan comportándose como sus jefes.

Aunque suene aparentemente fácil, *tone from the top* no es algo sencillo de conseguir, pero es un reto que debe asumir el *compliance officer*. Ciertamente es que la institucionalidad del *compliance officer*, cuando está fuertemente sementada en la empresa, con las características descritas previamente, representa ya una herramienta clave para convertir al programa de cumplimiento en el arma más útil contra las infracciones y sanciones normativas. “*El CO debe tener una presencia visible y lograr que los líderes de su organización estén personalmente comprometidos con compliance y sean parte esencial del grupo que lidera la organización con suficiente seniority e independencia del management de línea.*” (Keinhempel, pág. 12, 2007). Pero teniendo entre sus prioridades lograr permear en la conducta de los altos mandos, necesariamente necesita de algún otro recurso institucional – administrativo, que lo ayude con esta tarea. Tal vez el más importante colaborador sería el comité de cumplimiento. (Thomson Reuters Governance, Risk, and Compliance GRC business unit, pág. 75, 2012).

La conformación de un comité de cumplimiento es esencial. Su composición debe incluir la mayor cantidad de directores que provean un análisis objetivo e imparcial del programa de *compliance* y sus implicaciones. Todos los miembros deben de estar familiarizados con las funciones del *compliance officer*, y entender la importancia de la cultura de *compliance* en la empresa en general, como parte de su estructura de gobierno corporativo. “*A separate compliance committee can anticipate*

## CRIMINAL COMPLIANCE

*risks not addressed by current regulatory regimes, which inevitably respond to past rather than future fraud, ethics or corruption hazards.*"<sup>9</sup>(Zachary W. Carter, pág. 45, 2009). El comité debe atender una agenda, levantada previamente por el oficial de cumplimiento en base a su criterio y los parámetros previamente definidos, de temas relacionados a situaciones puntuales sobre: manejo de riesgos, revisión y mejora continua del programa, y aquellas que se hayan establecido como relevantes de discusión. (Zachary W. Carter, pág. 46, 2009).

---

<sup>9</sup> "Un comité de cumplimiento independiente puede anticipar situaciones no detectadas por las demás herramientas de control, que responden inevitablemente a situaciones pasadas en lugar de fraudes futuros, la ética o riesgos de corrupción."

### III. *Criminal Compliance*

#### III.a. Su razón de ser

Dentro del universo de objetivos que tiene el *compliance* de manera general, existe una división dedicada únicamente al cumplimiento y apego a la normativa penal exclusivamente, llamado *criminal compliance*. Desde que las diferentes legislaciones internacionales empezaron a atribuirle responsabilidad penal a la persona jurídica, a la que tradicionalmente no se la podía condenar debido a su falta de voluntad propia, por lo que se sancionaba de manera individual al autor material del acto. (Cavero, Criminal Compliance, pág. 87).

Las empresas alrededor del mundo han buscado herramientas para poder diferenciar la voluntad de cometer una infracción por alguno de sus empleados, directores, y/o accionistas, de la sociedad con existencia legal independiente de la que forman parte. Si un empleado actúa en contra de la Ley dentro de los alcances de su rol o cargo de una empresa, y éste acto repercute en algún beneficio para la misma, entonces la compañía podría ser sancionada directa e independientemente por este hecho.

*“Corporations, lacking both mind and body, are moved by the sum of their agents' intentions and actions. Thus, when dealing with crimes requiring proof of intent, modern criminal law attributes to the corporation the actions and the states of mind of its agents. Accordingly, a corporation is responsible for the criminal acts of its agents so long as those agents were acting within the scope of their authority and with the*

## CRIMINAL COMPLIANCE

*intent to benefit the corporation.*"<sup>10</sup> (Charles J. Walsh, pág. 61, 1995).

Una empresa entonces se encuentra constantemente expuesta y vulnerable a incurrir en faltas que comprometan a toda la organización por el accionar de uno o unos cuantos. El *criminal compliance* intenta cumplir con una doble función: por un lado crear una estructura y procedimientos eficaces para prevenir que sus miembros cometan delitos, con mecanismos adecuados para poder detectar si estos llegan a ocurrir (Wellner, pág. 601, 2006); y por otro lado contar con elementos fuertes y contundentes en caso de que cuando ocurra un hecho punible penalmente, se pueda probar en derecho la posición de la compañía en rechazo a el mismo, separando la actuación individual únicamente al o los autores materiales. "*The presence of a comprehensive compliance program may sometimes act as a mitigating factor in a decision to prosecute a company, or in the ultimate sentence it receives.*" (Charles J. Walsh, pág. 70, 1995).

### III.b. Su función preventiva

La función preventiva del delito, intrínseca de los programas de *criminal compliance*, es a mi criterio la más importante. Si una empresa logra crear la organización necesaria para hacer llegar a sus miembros (tanto trabajadores, como administradores y accionistas) el conocimiento sobre la posición de la compañía frente a situaciones ilegales, junto con los procedimientos a seguir en los casos donde, por el desempeño de sus funciones, existan situaciones sensibles al cometimiento de delitos, entonces de manera casi automática se cumple también el segundo objetivo, la función probatoria, habrán consecuentemente elementos para defender la postura de la

---

<sup>10</sup> "Las empresas, que carecen de la mente y el cuerpo, se mueven por la suma de las intenciones y las acciones de sus agentes. Por lo tanto, cuando se trata de crímenes que requieren probar la intención, el derecho penal moderno atribuye a la sociedad las acciones y los estados de ánimo de sus agentes. En consecuencia, una corporación es responsable de los actos criminales de sus agentes siempre y cuando los agentes hayan actuado dentro del ámbito de sus competencias y con la intención de beneficiar a la sociedad".

## CRIMINAL COMPLIANCE

organización. *"In evaluating compliance programs, prosecutors may consider whether the corporation has established corporate governance mechanisms that can effectively detect and prevent misconduct."*<sup>11</sup> (Zachary W. Carter, pág. 55, 2009)

La cultura empresarial de cumplimiento normativo penal debe ponerse en práctica mediante un programa corporativo diseñado específicamente para las características y tamaño de cada empresa. *"A corporate compliance program that is not effectively internalized by corporate personnel and made a part of the corporate culture will not be deemed effective. A paper tiger will not suffice."*<sup>12</sup> (Andrew Weissmann, Rethinking Criminal Corporate Liability, pág, 260, 2007). Un programa de *criminal compliance* para llegar a ser efectivo debe operar de manera continua a lo largo y ancho de la organización. *"No matter what the disciplinary scheme or potential incentives a company decides to adopt, DOJ and SEC will consider whether they are fairly and consistently applied across the organization."*<sup>13</sup> (Criminal division of the U.S. Department of Justice and Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, pág. 150, 2012). Es decir, incluirá tanto políticas y principios amplios que involucren a sus miembros en general, como especificaciones únicas de las distintas áreas propias del negocio.

Este programa debe ser constantemente ajustado y mejorado a través del paso del tiempo y los cambios normativos y administrativos que vayan sucediendo. También deberá cumplir una estrategia de comunicación para llegar a la totalidad de empleados y

---

<sup>11</sup> "En la evaluación de los programas de cumplimiento, los fiscales pueden considerar si la corporación ha establecido mecanismos de gobierno corporativo que pueden detectar eficazmente y prevenir la mala conducta."

<sup>12</sup> "Un programa de cumplimiento corporativo que no se internaliza eficazmente por el personal de las empresas y que no forma parte de la cultura de la empresa, no se considerará efectiva. Un tigre de papel no bastará."

<sup>13</sup> "No importa cuál sea el régimen disciplinario o incentivos potenciales que una empresa decida adoptar, lo que el DOJ y la SEC considerarán es si están justa y consistentemente aplicados en toda la organización."

## CRIMINAL COMPLIANCE

accionistas, haciéndoles saber los estándares, procedimientos, logros y todo aquello que se considere relevante de comunicar.

*“The bribery risks that a commercial organisation faces may change over time, as may the nature and scale of its activities, so the procedures required to mitigate those risks are also likely to change. Commercial organisations will therefore wish to consider how to monitor and evaluate the effectiveness of their bribery prevention procedures and adapt them where necessary. In addition to regular monitoring, an organisation might want to review its processes in response to other stimuli, for example governmental changes in countries in which they operate, an incident of bribery or negative press reports.”*<sup>14</sup> (Ministry of Justice, UK, pág. 28, 2011)

De manera general, las personas saben qué es lo que está mal o prohibido, pero a sabiendas de igual manera cometen actos vetados. La clave de prevención del delito se encuentra en implementar reglas que dejen a discreción de los empleados el mínimo de situaciones posibles, y en al mismo tiempo intentar que este tipo de decisiones necesiten de más de una aprobación, supervisión, opinión o revisión, para tomar efecto, blindando a la compañía de que sus colaboradores puedan infringir o sacar provecho personal cuando se les presenta la oportunidad.

*“Establishing standards and procedures to prevent and detect crime:  
having managers who are knowledgeable about the program and who*

---

<sup>14</sup> "El riesgo de soborno que una organización enfrenta puede cambiar con el tiempo, al igual que la naturaleza y la escala de sus actividades, por lo que los procedimientos requeridos para mitigar esos riesgos son también cambiantes. Por lo tanto, las compañías deben definir la forma de supervisar y evaluar la eficacia de sus procedimientos de prevención de soborno, y adaptarlos cuando sea necesario. Además de la supervisión regular, una organización podría querer revisar sus procesos en respuesta a otros estímulos, por ejemplo, cambios gubernamentales en los países en los que operan, un incidente de soborno o informes de prensa negativos".

## CRIMINAL COMPLIANCE

*exercise reasonable oversight of the program; adequately staffing the day-to-day operation of the program with the direct reporting to senior personnel with oversight responsibility.”*<sup>15</sup> (Andrew Weissmann, Rethinking Criminal Corporate Liability, pág. 300, 2007).

### III.c. Criminal compliance en el mundo

Para poder tener una idea clara del impacto concreto que tienen los programas de *criminal compliance* a nivel mundial, es necesario analizarlo a través de las dos normas con mayor relevancia, y tal vez mas importantes, en la legislación mundial que regula el comportamiento de las empresas y su responsabilidad frente a terceros. En primer lugar tenemos a las *U.S. Federal Sentencing Guidelines*, vigentes desde noviembre de 1991, aplican para las corporaciones, sociedades, entidades sin fines de lucro y demás, con algún domicilio en territorio norteamericano, con el propósito de determinar el nivel de involucramiento de las organizaciones en delitos y al mismo tiempo brinda recomendaciones para detectar y prevenir estos delitos a niveles internos.

En segundo lugar tenemos al *U.K. Bribery Act*, con jurisdicción casi mundial, permitiendo el enjuiciamiento de personas o compañías con algún vinculo con el Reino Unido creado en 2010 y entró en vigencia en julio de 2011; aunque se dedica específicamente al delito de soborno, es una norma completa que pretende combatir, sancionar, prevenir y detectar, cualquier forma de influencia en una toma de decisión a cambio de cualquier tipo de beneficio fuera de lo permitido.

---

<sup>15</sup> "El establecimiento de normas y procedimientos para prevenir y detectar el delito: tener gerentes que conocen el programa y que ejercen una supervisión razonable del programa; adaptar adecuadamente la operación del día a día hacia el debido reporte directo a los altos directivos con responsabilidad de supervisión..”

## CRIMINAL COMPLIANCE

### *III.c.1. United States Federal Sentencing Guidelines*

En relación con los programas de *criminal compliance*, Las *U.S. Federal Sentencing Guidelines* dedican un capítulo entero específicamente para los criterios de un programa efectivo, buscando aliviar el peso y vulnerabilidad causadas por la normativa hacia las empresas; mediante la incorporación en el documento los aspectos preventivos y disuasivos de un programa empresarial de cumplimiento. *“The organizational guidelines focus on providing restitution and an appropriate fine range for the offender organization through far reaching probation provisions.”*<sup>16</sup> (Murphy, pág. 94, 2002). Puntualmente las *U.S. Federal Sentencing Guidelines* contemplan la posibilidad de reducir la pena a una empresa sentenciada en aquellos casos en que se logre demostrar la existencia de un programa de cumplimiento que cumpla los estándares publicados.

*“These guidelines offer incentives to organizations to reduce and ultimately eliminate criminal conduct by providing a structural foundation from which an organization may self-police its own conduct through an effective compliance and ethics program. The prevention and detection of criminal conduct, as facilitated by an effective compliance and ethics program, will assist an organization in encouraging ethical conduct and in complying fully with all applicable laws.”*<sup>17</sup> (United States Sentencing Commission, pág. 202, 2013).

---

<sup>16</sup> "Las directrices de organización se centran en proporcionar la restitución y un rango de multa apropiada para la organización sancionada a través de disposiciones de largo alcance sobre la prueba argumentativa."

<sup>17</sup> "Estas directrices ofrecen incentivos a las organizaciones para reducir y finalmente eliminar la conducta delictiva, mediante la proporción de una base estructural sobre la cual una organización puede supervisar su propia conducta, a través de un programa de cumplimiento y ética efectivo. La prevención y detección de conductas delictivas, facilitadas por un programa de cumplimiento y ética efectivo, ayudarán a una organización a fomentar la conducta ética y el cumplimiento de todas las leyes aplicables."

## CRIMINAL COMPLIANCE

Estos criterios y procedimientos que, de manera razonable, pueden incidir en la imposición de una pena por actividades penales son, por ejemplo: supervisión efectiva por personal altamente calificado; comunicación eficaz en todos los niveles de la organización; un plan – modelo – o programa para alcanzar constantemente un estado de *criminal compliance* que muestre sistemas de auditoría; monitoreo y reporte de actividades sospechosas, asegurando que no habrán represalias; son sólo unos pocos de los recursos publicados por la guía.

De esta manera, la autoridad brinda recomendaciones puntuales para un buen desarrollo de una empresa, que luego podrán servir como herramientas de defensa en el caso que se inicie un proceso de investigación. Los detalles específicos de su implementación y adaptación a cada empresa dependerán de la creatividad y nivel de compromiso de cada organización, buscando la estructura que mejor les sirva.

*“A large organization generally shall devote more formal operations and greater resources in meeting the requirements of this guideline than shall a small organization... The likelihood that certain criminal conduct may occur because of the nature of the organization’s business. If, because of the nature of an organization’s business, there is a substantial risk that certain types of criminal conduct may occur, the organization shall take reasonable steps to prevent and detect that type of criminal conduct.”<sup>18</sup>*

(United States Sentencing Commission, pág. 221, 2013).

---

<sup>18</sup> “Una organización grande generalmente dedicará operaciones más formales y más recursos en el cumplimiento de los requisitos de esta directriz, que los que deberá aplicar una pequeña organización ... La probabilidad de que cierta conducta criminal puede ocurrir debido a la naturaleza del negocio de la organización. Si, debido a la naturaleza del negocio de una organización, hay un riesgo sustancial de que pueden ocurrir ciertos tipos de conducta criminal, la organización debe tomar medidas razonables para prevenir y detectar ese tipo de conducta criminal.”

### *II.c.2. United Kingdom Bribery Act*

El *U.K. Bribery Act* es de naturaleza más estricta y severa que la norma norteamericana, yendo más allá que el mero castigo del soborno, cubriendo además todas aquellas formas de conducta que fallen prevenir un soborno, y condena como una ofensa adicional no solo el ofrecer un soborno sino también el recibirlo. (Ministry of Justice, UK, pág. 30, 2011). Luego de la creación del *U.K. Bribery Act* en 2010, pero antes de su publicación en 2011, el Ministerio de Justicia del Reino Unido publicó una guía de los procedimientos adecuados (*adequate procedures*) que debía ser seguido por las empresas.

La adopción de dicha normativa por parte de las empresas tiene el fin de que éstas puedan protegerse frente al soborno y corrupción, cubriendo seis principios esenciales: 1) procedimientos proporcionales, las formas de prevenir el soborno deben ser proporcionales al riesgo; 2) compromiso de alto nivel, la administración y directivos deben impartir una cultura de no tolerancia al soborno; 3) evaluación de riesgo, deberá de hacerse periódicamente; 4) debida diligencia, sobre todos aquellos actores relacionados con el negocio; 5) comunicación (incluyendo entrenamiento), entendimiento de las políticas y procedimientos; 6) monitoreo y revisión, evaluar la efectividad del programa de manera continua. *“These principles are not prescriptive. They are intended to be flexible and outcome focussed, allowing for the huge variety of circumstances that commercial organisations find themselves in.”*<sup>19</sup> (Ministry of Justice, UK, pág. 42, 2011).

*“The procedures put in place to implement an organisation’s bribery prevention*

---

<sup>19</sup> "Estos principios no son prescriptivos. Están diseñados para ser flexibles y están centrados en el resultado, lo que permite una enorme variedad de circunstancias que las organizaciones comerciales se encuentran inmersas."

## CRIMINAL COMPLIANCE

*policies should be designed to mitigate identified risks as well as to prevent deliberate unethical conduct on the part of associated persons.*"<sup>20</sup> (Ministry of Justice, UK, pág. 44, 2011). No se establece de manera específica como en la guía norteamericana que los modelos de *criminal compliance* constituirán atenuantes en la pena, pero indudablemente que si se aplican las recomendaciones y principios, habrán elementos a favor de la empresa en el caso de ser investigada. "*The commercial organisation's willingness to co-operate with an investigation under the Bribery Act and to make a full disclosure will also be taken into account in any decision as to whether it is appropriate to commence criminal proceedings.*"<sup>21</sup> (Ministry of Justice, UK, pág. 50, 2011).

### III.d. Criminal Compliance en Ecuador

En Ecuador la figura del sistema de cumplimiento normativo penal como tal actualmente carece de reconocimiento propio, producto de una falta de información o análisis profundo de las repercusiones corporativas sobre la promulgación y entrada en vigencia de nuevas normas del ordenamiento jurídico del país. Empezando por la reforma a la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos en el año 2012, luego con la reforma al sistema penal con el Código Orgánico Integral Penal (COIP) a inicios de 2014, y con la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero aprobado a mediados de 2014, se introduce una nueva forma de hacer negocios en Ecuador. En cada uno de estos articulados existen nuevas obligaciones a la hora de ejercer distintas actividades de comercio en el país, con la novedad del artículo 49 del COIP, el cual atribuye responsabilidad a la persona jurídica,

---

<sup>20</sup> "Los procedimientos puestos en marcha para poner en práctica políticas de prevención de la corrupción de la organización, deben ser diseñados exclusivamente para mitigar los riesgos identificados, así como para prevenir la conducta poco ética deliberada por parte de las personas asociadas."

<sup>21</sup> "La voluntad de la organización comercial a cooperar con una investigación bajo la Ley de Soborno (*UK Bribery Act*) y hacer una divulgación completa, también se tendrán en cuenta al momento de cualquier decisión en cuanto a si es conveniente iniciar un procedimiento penal."

## CRIMINAL COMPLIANCE

considerándola como un actor independiente de la persona natural que cometa algún delito.

“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.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

La capacidad de cometer delitos que varias Cortes alrededor del mundo han venido adoptando desde hace más de un siglo, y que en las últimas décadas ha sido plasmado en sus ordenamientos jurídicos, llega recientemente a Ecuador de manera

## CRIMINAL COMPLIANCE

explicita en varios de los artículos de la nueva norma penal vigente. Las compañías ahora pueden ser castigadas por los actos cometidos por sus empleados, administradores y/o accionistas, y recibir sanciones que van desde la imposición de multas reparatorias hasta la extinción de la misma, acarreando grandes daños a su desempeño comercial.

Previo al reconocimiento formal de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tenemos otras obligaciones producto de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos, en la que sin establecer puntualmente esta carga penal, empieza a limitar y condicionar ciertas actuaciones comerciales, destacando a las instituciones que son parte del sistema financiero, pero que se extienden en calidad de buenas prácticas al resto de empresas con transacciones o movimientos fuertes de dinero.

“Art. 1.- Esta Ley tiene por finalidad prevenir, detectar oportunamente, sancionar y erradicar el lavado de activos y el financiamiento de delitos, en sus diferentes modalidades.” (Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Del Financiamiento de Delitos., 2012). Así mismo desarrolla el delito de lavado de activos estableciendo las conductas consideradas relacionadas que consecuentemente acarrear implicaciones penales, así como contravenciones también investigadas y sancionadas...

... Art. 14.- Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta: a) Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito; b) Oculte,

## CRIMINAL COMPLIANCE

disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito; c) Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en esta Ley; d) Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de delitos tipificados en esta Ley; e) Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; y, f) Ingreso y egreso de dinero de procedencia ilícita por los distritos aduaneros del país.

Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de otros delitos cometidos dentro o fuera del país. Esto no exime a la Fiscalía General del Estado de su obligación de demostrar fehacientemente el origen ilícito de los activos supuestamente lavados.” (Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Del Financiamiento de Delitos., 2012).

Para poder cumplir con este objetivo de mayor control y sanción, crea una entidad dedicada específicamente para receptor toda clase de información y reportes relacionados con los delitos de lavado de activos y el financiamiento de delitos, llamada Unidad de Análisis Financiero (UAF). La UAF tiene la atribución de solicitar y recibir, bajo reserva, información sobre operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas para procesarla, analizarla y de ser el caso remitir reporte a la Fiscalía General del Estado. (Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Del Financiamiento de Delitos., 2012).

## CRIMINAL COMPLIANCE

En la misma línea de la normativa de lavado de activos, en abril de 2014, la Superintendencia de Compañías publicó mediante resolución las Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos.

“Art. 1. Ámbito.- La presente normativa regula las políticas, procedimientos y los mecanismos para prevenir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otros delitos, que deberán observar los sujetos obligados o compañías, reguladas por la Superintendencia de Compañías y Valores, que se dediquen a las actividades establecidas en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 3 de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.” (Superintendencia de Compañías , 2014)

Entre los documentos que se detallan en la resolución que deben tener las compañías obligadas tenemos los siguientes: Código de Ética, Manual de Prevención para prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo y otros delitos, Matriz de Riesgos, Políticas sobre la Debida Diligencia, Política Conozca a su cliente, Política Conozca a su colaborador, Política Conozca a su corresponsal, y Política Conozca a su proveedor. Además de introducir al Ecuador la figura del Oficial de Cumplimiento, detallando un cargo de gran importancia, dotado de obligaciones sensibles para el funcionamiento de la empresa.

“Art. 32.- En las compañías controladas que tengan la obligación de contar con auditor externo, dicha auditoría deberá verificar el cumplimiento de lo previsto en esta norma respecto a las políticas, procedimientos y mecanismos implementados por el sujeto obligado para

## CRIMINAL COMPLIANCE

la prevención del lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otros delitos, valorar su eficacia operativa y proponer, de ser el caso, eventuales rectificaciones o mejoras.

Art. 33.- El directorio o la junta general de accionistas y/o de socios de los sujetos obligados deberán designar un oficial de cumplimiento para coordinar las actividades de control, vigilancia, detección, prevención y reporte de operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas.

El oficial de cumplimiento deberá ser independiente de las otras áreas del sujeto obligado y estará dotado de facultades y recursos suficientes para cumplir adecuadamente sus funciones.

El sujeto obligado notificará a la Superintendencia de Compañías y Valores la designación del oficial de cumplimiento de la compañía, dentro de los cinco (5) días siguientes a que se haya efectuado.

La designación del oficial de cumplimiento no exime al sujeto obligado de la obligación de aplicar las medidas de prevención de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo y otros delitos, siendo el representante legal quien asumirá esta labor hasta la designación y calificación del oficial de cumplimiento.” (Superintendencia de Compañías , 2014).

No cualquier persona puede ser delegada oficial de cumplimiento. La Resolución además delimita las condiciones específicas con las que deberá cumplir la persona designa, así como las que bajo ninguna circunstancia pueden hacerlo. Y

## CRIMINAL COMPLIANCE

finalmente establece sanciones en caso de que no cumpla con las disposiciones inherentes de su función, a más de las administrativas internas que la empresa pueda imponer.

“Art. 42.- Los oficiales de cumplimiento podrán ser sancionados con: a) Suspensión temporal de sus funciones; b) Cancelación del cargo. La suspensión se producirá en los siguientes casos:

a.1) No verificar permanentemente el cumplimiento del Manual de Prevención;

a.2) No realizar oportunamente los descargos de observaciones realizados por la Superintendencia de Compañías y Valores;

a.3) No enviar, por dos ocasiones, la información mensual a la Unidad de Análisis Financiero. La cancelación del cargo se podrá dictar en estos casos:

b.1) Cuando no se haya superado las causas que motivaron la suspensión;

b.2) Cuando se comprobaren irregularidades auspiciadas o toleradas por él;

b.3) Cuando tenga alguna de las prohibiciones establecidas en esta norma para el ejercicio de la función.” (Superintendencia de Compañías, 2014).

Así mismo, el Código Orgánico Monetario y Financiero, aunque direccionado hacia el establecimiento de una regulación concreta tanto del sistema monetario y financiero del país, como de los regímenes de valores y seguros, mediante el establecimiento de un marco legal, basado en supervisión, control y rendición de

## CRIMINAL COMPLIANCE

cuentas, para el ejercicio de sus actividades; para cumplir con este objetivo principal, incluye una serie de situaciones cargadas de la posibilidad de incurrir en faltas penales individuales cometidas por personas naturales, así como también de manera específica en varios de sus artículos como por ejemplo el 277, situaciones en que se atribuye responsabilidad penal o civil a la persona jurídica.

“Artículo 277.- Sanción por divulgación de información: Las personas naturales o jurídicas que divulguen, en todo o en parte, información sometida a sigilo o reserva, serán sancionadas con una multa de diez (10) salarios básicos unificados o cincuenta (50) salarios básicos unificados, respectivamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

A partir de un marco jurídico como el descrito, y pudiendo anticipar una tendencia a que se implementen cada vez más normas con este tipo de contenido, evidenciando una tendencia a mayor control por parte de la autoridad hacia las relaciones y transacciones comerciales. El empresario ecuatoriano deberá entonces poner mayor atención a sobre en que posición se encuentra su negocio actualmente frente al *criminal compliance* emergente en el país, valorando la manera de cumplir con las disposiciones vigentes y prevenir futuros incumplimientos.

### IV. Conclusión

Atribuir consecuencias al incumplimiento normativo directamente hacia el ente ficticio que conforma una compañía como persona jurídica definitivamente marca una nueva forma de hacer negocios en el mundo. Impartir cultura de buenas prácticas empresariales, principalmente bajo la figura del *compliance* corporativo o empresarial, representa la forma en que las compañías han decidido protegerse. Aquel programa de cumplimiento que cuenta con un estructura sólida de buen gobierno corporativo, que incluya la figura institucional del *compliance officer*, con autoridad suficiente para permear a lo largo y ancho de la organización el programa de cumplimiento, y buen – constante – relacionamiento para con los directivos de la empresa. Todo esto con el objetivo de prevenir sanciones a la persona jurídica, por los actos ilícitos de sus miembros.

Enfocando el cumplimiento normativo hacia el área penal incorporando una cultura corporativa con apego al *criminal compliance*, representa la respuesta institucional de las empresas alrededor del mundo, que motivadas por evitar ser parte de un proceso de investigación penal el cual, en caso de trascender a una resolución punitiva, sancione directamente a la empresa; buscan prevenir cualquier situación que las comprometa. Tanto las *Federal Sentencing Guidelines* de Estados Unidos, como el *U.K. Bribery Act*, y las recomendaciones o guías publicadas que las acompañan, resaltan la importancia de adoptar la cultura de *criminal compliance* en las compañías, y las formas en que estas pueden ser sancionadas por las acciones de sus miembros. Definitivamente son el principal motivador para que las compañías implementen programas de autocontrol, causando al mismo tiempo un efecto disuasivo hacia el cometimiento de delitos por parte de los empleados. Además, contiene

## CRIMINAL COMPLIANCE

recomendaciones de cómo hacerlo, modificables según el tipo de empresa, su tamaño, y giro del negocio.

Ecuador está dando los primeros pasos hacia la cultura de *criminal compliance*, hemos analizado las disposiciones que conducen la responsabilidad penal de la persona jurídica por actos cometidos por personas naturales, en colaboración y/o con beneficio a la empresa. Por lo que se puede concluir que el país no está aislado de la tendencia mundial volcada hacia las buenas prácticas corporativas, esperando en un futuro cercano, un incremento en este tipo de disposiciones.

**V.- Bibliografía**

- Andreas Georg Scherer, G. P. (June de 2011). The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy. *Journal of Management Studies* .
- Andrew Weissmann, D. N. (2007). Rethinking Criminal Corporate Liability.
- Andrew Weissmann, D. N. (2007). Rethinking Criminal Corporate Liability. *Indiana Law Journal* , 82:411, 412-451.
- Bagley, C. E. (2010). What's Law Got to Do With It?: Integrating Law and Strategy. En A. o. Business, & M. A. Pagnattaro (Ed.), *American Business Law Journal* (Vol. 4, págs. 587, 639). USA: The Author.
- Casas, I. C., & Feijoo, M. A. (2011). Sirve de Algo un Programa de Compliance Penal? Y que forma le doy? (Responsabilidad Penal de la Persona Juridica en la Lo. 5/2010: Incertidumbres y Llamado por la Seguridad Juridica). *Actualidad Juridica Uria Menendez* .
- Cavero, P. G. (2011). *Criminal Compliance* (Vols. Universidad de Piura - Coleccion Juridica). Lima, Peru: Palestra Editores.
- Cavero, P. G. *Criminal Compliance* (Vols. Universidad de Piura - Coleccion Juridica). Lima, Peru: Palestra Editores.
- Charles J. Walsh, A. P. (1995). *HeinOnline*. Recuperado el 06 de Aug de 2014, de <http://heinonline.org>
- Código Orgánico Integral Penal. (10 de Febrero de 2014). Suplemento del Registro Oficial 180, 10-II-2014.
- Código Orgánico Monetario y Financiero. (2014). Resgistro Oficial - Suplemento no. 332 12-IX-2014.

## CRIMINAL COMPLIANCE

Criminal division of the U.S. Department of Justice and Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. (14 de Noviembre de 2012). A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. USA.

Darcy, K. T. (2013). *The Effective Practitioner, Ethics and Compliance. Business Compliance* .

Diskant, E. B. (2008). Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring The Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure. *The Yale Law Journal* .

Fiscalía General del Estado Español. (2011). *Circular 1/2011 Relativa a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuado por la Ley Orgánica 5/2010*. Fiscalía General del Estado Español. EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.

Keinhempel, M. (2007). *Compliance Officers - Entre la teoría y la realidad*. Buenos Aires, Argentina.

Kleinhempel, M. (2008). *Buenas prácticas en los negocios y remuneración variable: una contradicción?* Buenos Aires, Argentina.

Kleinhempel, M. (2009). *Ética en los negocios y programas de ética: una introducción práctica*. Buenos Aires, Argentina.

Kleinhempel, M. (2011). *Gobierno Corporativo y Compliance* . Buenos Aires, Argentina.

Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Del Financiamiento de Delitos. (2012). Registro Oficial no. 699 del 09-V-2012.

Martens, L. T. (2008). *The Ethics of Business. ETHIKOS* .

## CRIMINAL COMPLIANCE

- Ministry of Justice, UK. (2011). The Bribery Act 2010 Guidance . *Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing* . London, UK.
- Murphy, D. E. (2002). The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics. En *Iowa Law Review* (págs. 698-720). USA.
- OECD, UNODC, World Bank. (2013). Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business.
- Rotsch, T. (2012). Criminal Compliance. *InDret Revista para el analisis del derecho* .
- Steven E. Salterio, J. E. (2013). Canadian Evidence of Adherence to "Comply or Explain" Corporate Governance Codes: An International Comparison. En T. C. Association, *Accounting Perspectives / Perspectives Comptables* (Vol. 1, págs. 23, 51). Canada: Captus Press.
- Superintendencia de Compañías . (28 de Abril de 2014). Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos. . *Resolución no. SC.DSC.G.14.007* . Registro Oficial no. 234.
- The Organisation for Economic Co-operation and Development OECD. (18 de February de 2010). Good Practice guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance.
- Thomson Reuters Governance, Risk, and Compliance GRC business unit. (2012). Fundamentals of GRC: The Connected Roles of Internal Audit and Compliance.
- UK Financial Reporting Council. (2012). The UK Corporate Governance Code. London, UK.
- United States Sentencing Commission. (2013). Chapter Eight - Sentencing of Organizations. En *2013 USSC Guidelines Manual* (págs. 489 - 532).
- Wellner, P. A. (2006). EFFECTIVE COMPLIANCE PROGRAMS AND CORPORATE CRIMINAL PROSECUTIONS.

## CRIMINAL COMPLIANCE

Zachary W. Carter, E. S. (2009). Board of Directors' Oversight of Compliance: The Compliance Committee Option. En C. Basri (Ed.), *Corporate Compliance Practice Guide: The Next Generation of Compliance*. Matthew Bender & Company Inc.