

La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento

The criminal liability of the compliance officer

Iván Navas Mondaca

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad San Sebastián, Santiago de Chile

ivan.navas@uss.cl

<https://orcid.org/0000-0003-4016-4088>

Fecha de recepción: 23/11/2020.

Fecha de aceptación: 22/04/2021.

Resumen

Este trabajo analiza la posibilidad de atribuir responsabilidad penal al compliance officer u oficial de cumplimiento en el marco de la aplicación de los programas de cumplimiento normativo. Con este objetivo se investiga en primer lugar la función que desempeña el oficial de cumplimiento en las empresas como encargado de prevención. En segundo lugar, se analiza su anclaje en la dogmática penal con especial énfasis en la institución de la posición de garantía. El objetivo del trabajo se centra en determinar si es posible imputarle la realización de un delito por la no evitación del hecho que comete la persona física que integra la empresa. Luego de un análisis de fuentes jurídicas de países como los Estados Unidos, Alemania y España se concluye que si bien el oficial de cumplimiento no es garante de evitación de delitos, sí puede responder en virtud de la estructura de imputación denominada autoría mediata por omisión.

Palabras claves: oficial de cumplimiento, responsabilidad penal, programa de cumplimiento.

Abstract

This article analyzes the possibility of attributing criminal responsibility to the compliance officer within the framework of the application of regulatory *compliance* programs. To achieve this goal, this article explore the compliance officer's role in companies as a prevention Secondly, its anchorage in criminal dogmatics is analyzed with special emphasis on the institution of the guarantee position. The objective of the work is focused on determining whether it is possible to charge him with the performance of an omission crime for the non-avoidance of the act committed by the natural person who is part of the company. After an analysis of legal sources from countries such as the US, Germany, and Spain, it is concluded that although the compliance officer is not a guarantor of crime avoidance, it can respond by virtue of the so-called mediated authorship by omission.

Keywords: compliance officer, Liability, compliance program.

Introducción

La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en diversos ordenamientos jurídicos de países de tradición del *civil law* ha significado también la incorporación nuevos conceptos al lenguaje del Derecho penal económico, como son los de *compliance*, cumplimiento normativo, *criminal compliance* y modelos de prevención de delitos. Si bien en el ámbito anglosajón el concepto de *compliance* es empleado desde hace años, se hacía referencia para áreas específicas de la empresa como la libre competencia¹ o tratamiento de productos tóxicos y por cierto que tales menciones se realizaban no de manera global y sistemática como observaba detalladamente Kowal.²

Una breve búsqueda sobre el origen del concepto de *compliance* nos lleva a encontrar dicho concepto en el sector de la empresa privada donde desde en principio se buscaba mantener un “riesgo sustentable” (el riesgo cero no es posible) a través de la instalación idónea en la estructura de la empresa de procesos y sistemas que sirvan para orientar el comportamiento de las personas hacia el cumplimiento de la ley y hacia los valores de la empresa³. No se conoce un concepto legal de *compliance* y en general el concepto que se encuentra en la literatura es bastante amplio cuando se mira al mundo anglosajón que ha desarrollado con profundidad esta materia. Pese a un origen lejano del Derecho Penal europeo continental, en los últimos años ha existido un importante desarrollo del concepto y aspectos que conforman el *compliance* en el ámbito hispanohablante impulsado por el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hoy en día puede definirse en términos generales al *compliance* como aquellas pautas de organización empresarial y de regulación de procedimientos que adopta una empresa para asegurar en toda su estructura interna que las actividades que lleva a cabo no vulneren la legislación aplicable.⁴

Si bien el término *compliance* es un concepto de origen empresarial, hay consenso en que su sentido es el establecimiento de controles internos y evaluación general de riesgos para una corporación. Todo ello, con los objetivos de fortalecer la cultura corporativa hacia el cumplimiento y respeto de las leyes, reforzar los aspectos éticos de la empresa, controlar los recursos humanos y de prevenir aspectos jurídico-penales como el fraude y la corrupción⁵. En todo caso, en relación con este último aspecto ya se puede observar una expansión del *compliance* hacia riesgos jurídico-penales de toda índole.

Parece bastante fuera de dudas que en general el *compliance* hoy en día implica todo un sistema de políticas y controles que las personas jurídicas adoptan para disuadir las infracciones a la legislación y para asegurar a las autoridades externas que están tomando medidas para evitar la violación de las leyes por parte de sus integrantes.⁶ Así visto parece claro que *compliance* involucra la gestión del riesgo jurídico para la empresa por la infracción de las disposiciones legales de empleados de la persona jurídica. No obstante, la dinámica de la sociedad y el valor social y económico que está tomando actualmente la ética y el prestigio

¹ JAGLOM (1985), p. 59.

² KOWAL (1998), p. 518.

³ ZIMMERMAN (2014), p. 19

⁴ MONTANER (2020), p. 99; ARTAZA VARELA (2014), p. 237.

⁵ PUYOL MONTERO (2015), p. 90.

⁶ BAER (2009), p. 1220.

de una empresa suman también un aspecto que, si bien puede no ser un riesgo estrictamente legal, sí tiene repercusiones económicas importantes para una empresa. Me refiero al riesgo ético o reputacional que coexiste con el riesgo legal.

Definitivamente, desde un punto de vista amplio y empresarial, el concepto de *compliance* debe ser entendido como un instrumento de gestión empresarial que adopta una empresa conformado por un conjunto procedimientos y regulaciones internas cuyo objetivo principal es generar una cultura corporativa de respeto a la ética y a la legalidad vigente a fin de reducir los riesgos a los cuales está expuesta por la naturaleza de su propia actividad. Ahora bien, desde una visión procesal el *compliance* debe ser entendido como un medio de prueba a favor de la persona jurídica.

En este sentido, el *compliance*, concretado en el modelo de prevención, debe ser de tal naturaleza y características que impida la imputación a la persona jurídica, pues dicho modelo de prevención organizaba a la empresa que no parecía posible la comisión de delitos por parte de personas físicas que la integran. ¿Qué pasa si incluso con un modelo de *compliance* sólido, consistente e interiorizado en la empresa se comete igualmente el delito que transfiera responsabilidad penal para la empresa? En tales casos habrá que concluir que se trata de espacios de riesgo permitido en las actuaciones de la empresa frente a los cuales no cabe atribuirle responsabilidad penal por no ser objetivamente imputable. El fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica es su defecto de organización, por ello, la persona jurídica no se organiza defectuosamente por el simple hecho que alguno de sus integrantes cometa un delito, sino que lo hace en la medida que haya infringido sus deberes de dirección y supervisión. Solo en caso que se demuestre el defecto de organización es posible imputar objetivamente la responsabilidad a la persona jurídica. Así, la comisión de un delito por parte de los representantes o personas físicas que hagan responsable a la corporación, es más bien un indicio del defecto de organización.

La incorporación de riesgos legales no necesita mayor explicación, pues supone que la realización de ilícitos trae como resultado una sanción para la empresa. A pesar de ello es necesario considerar en el *compliance* y en los modelos de prevención los riesgos éticos o reputacionales. Esta necesidad se fundamenta debido a que la afectación del prestigio de una empresa implica en la mayoría de los casos una consecuencia económica y legal directa en el valor reputacional una empresa. La relación de una empresa con un posible caso de soborno, colusión, abuso u otra situación legal es en sí misma un riesgo que le afecta directamente a pesar de que ni siquiera se inicie un proceso judicial. La dinámica actual en las sociedades en este sentido hace que en ocasiones el juicio social se más duro y pernicioso que un proceso judicial.

Ahora bien, si buscamos el encaje del *compliance* en el Derecho Penal surge el término *criminal compliance*, que equivale por una parte al conjunto de medidas que incorpora una persona jurídica para prevenir y detectar riesgos que impliquen la comisión de delitos por parte de personas físicas relacionadas con la empresa o por parte de la propia empresa como ente penalmente responsable.⁷

⁷ NAVAS y BALMACEDA (2019), pp. 11 y ss.

Actualmente, los modelos de prevención de delitos sirven para demostrar que la entidad ha cumplido con sus deberes de control y vigilancia respecto a las personas físicas que la integran a fin de prevenir sanciones penales a las empresas. La ventaja de un modelo de prevención de delitos es que en algunos casos operan como eximentes y en otros como atenuantes de la persona jurídica. A decir verdad la existencia de estos modelos de prevención y en general de la exigencia de un sistema de prevención y cumplimiento del derecho para las empresas es una buena noticia para una realidad que exige cada vez más un compromiso y acciones concretas de parte de las empresas para cumplir el derecho y evitar que se vuelvan entidades que favorecen la delincuencia económica. Ahora bien, como consecuencia de la implementación de los modelos de prevención de delito surge la figura del *compliance officer* u oficial de cumplimiento en castellano (en adelante “OC”). El surgimiento de esta función al interior de las empresas no es solo producto de la necesidad de contar con un responsable de correcto funcionamiento del modelo de prevención, sino que también en algunos casos lo es por expreso mandato legal.⁸

A consecuencia de la creación de la figura del OC surge la discusión sobre la responsabilidad civil como penal por las consecuencias de un mal desempeño de su función o incumplimiento de sus deberes que puedan afectar penalmente a la propia empresa. En efecto, si *a priori* uno de los deberes del OC es evitar la comisión de ilícitos que afecten a la empresa entonces se podría afirmar que en el caso de ilícitos penales podría responder en comisión por omisión ya sea porque omitió a sabiendas o, habiendo podido advertir la existencia de hechos ilícitos, no hizo nada por evitarlos. En este trabajo solo abordaremos la posible responsabilidad penal, aunque no deja de ser interesante abordar la responsabilidad civil por los perjuicios que le ocasione a la empresa su desempeño defectuoso.⁹ Pues bien, en el caso de la pregunta sobre la responsabilidad penal, su respuesta tal y cómo se verá en las próximas páginas depende de diversos aspectos que son necesarios de disipar antes de entregar una conclusión.¹⁰ Solo entonces, mediante una aproximación analítica distintos grupos de casos se podrá concluir si existe alguna hipótesis de responsabilidad penal para el OC.

En este contexto, el objetivo de este trabajo es reflexionar y determinar si es posible imputar responsabilidad penal al OC por la no evitación de delitos que pudiera haber advertido debido a su función de encargado de prevención. Para ello, el trabajo se divide en dos partes. En la primera parte se define el rol del oficial de cumplimiento. Con ello se busca determinar qué es aquello de lo cual está encargado el OC, en otras palabras, qué es lo que asume, pues solo entonces se podrá delimitar la responsabilidad por la organización de lo que asume. Para esto se analizan entre otros aspectos los objetivos y funciones de los programas de cumplimiento en la empresa. En la segunda parte se discute sobre los presupuestos de la responsabilidad penal omisiva, en concreto, se analiza la posible existencia de una posición de garantía a la luz de las funciones y deberes que asume de acuerdo con lo que se concluye en la primera parte. Por último, se propone la posibilidad de imputar responsabilidad penal en los casos de instrumentalización del empresario por parte del OC.

⁸ El Código Penal chileno y el español exigen la existencia de un encargado de prevención de en el modelo de prevención de delitos aunque hay que advertir que dicha función puede ejercerla un órgano o una persona individual. Véase los artículos 31 bis y 4 número dos de los códigos penales de España y Chile respectivamente.

⁹ Pueden pensarse casos como infracciones administrativas o responsabilidad civil por productos defectuosos entre otras que implican infracción de la legislación aplicable.

¹⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ (2014), p. 302.

1. La función de los programas de cumplimiento en el ámbito de las empresas

Los programas de cumplimiento se han masificado en los últimos años principalmente por los escándalos financieros de los años 90 y por la dificultad de identificar al responsable individual en el marco de la actuación de las empresas. Una de las consecuencias de ello ha sido la exigencia obligatoria de mayores instrumentos de control y cumplimiento con la legalidad vigente. El incumplimiento normativo cada vez tiene mayores consecuencias para las empresas y la aparición del Derecho Penal de las personas jurídicas ha dado prueba de ello en el último tiempo.¹¹ La masificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas junto con el imparable aumento de delitos atribuibles a ellas, ha precipitado la adopción de programas de prevención, especialmente cuando se observa una lenta pero imparable aplicación de sanciones penales a las empresas en nuestra jurisprudencia¹². De acuerdo con un reciente estudio del 2019, el 88% de las 125 empresas más grandes de Chile tienen a una persona que ejerce la función de oficial de cumplimiento. De este grupo, el 95 % tiene un oficial de cumplimiento al interior de la empresa¹³.

Resulta que en la práctica se designa a un responsable de dirigir el programa de cumplimiento de una empresa cuyas funciones son amplias y van en general desde la mejora de los aspectos éticos hasta la prevención de riesgos penales de la empresa. Pues bien, antes de analizar una posible responsabilidad penal del oficial de cumplimiento es necesario hacerse cargo de dos aspectos: el primero dice relación con determinar cuál es la función de los programas de cumplimiento en el marco de las empresas. No se debe olvidar que es justo en el marco de estos que surge la figura del OC. El segundo aspecto es intentar delimitar la función que asume en concreto el oficial de cumplimiento en el sistema del programa de prevención. En relación con este último punto, se debe resaltar su importancia en la medida que cualquier sujeto solo puede responder por aquellos que ha efectivamente asumido y que, por lo demás, esté en estricta relación de simetría con las facultades ejecutivas que posee para llevar a cabo su cometido.

En relación con la función de los programas de cumplimiento es importante señalar que el antecedente de ellos se encuentra en los códigos de conducta que voluntariamente adoptaban las empresas décadas hace algunas décadas. Su principal objetivo era mejorar la reputación e imagen corporativa de las empresas.¹⁴ En cuanto a su contenido, estos códigos de conducta incorporaban desde protocolos de actuación hasta declaraciones éticas de la empresa.

Con el desarrollo de la industria y también debido a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en diversos países, las exigencias a las empresas de medidas para evitar la infracción legal han evolucionado pasando de los códigos de conducta voluntarios a todo un sistema de prevención dando lugar a lo que ahora se conoce como programa de cumplimiento o *compliance program*. En todo caso el objetivo tanto de los códigos de conducta y los programas de cumplimiento es bastante similar, pues en ambos

¹¹ HAUGH (2017), p. 1218.

¹² NAVAS MONDACA y JAAR LABARCA (2018), pp. 1032 y ss.

¹³ Universidad del Desarrollo. Facultad de Derecho. Centro de Derecho Regulatorio y Empresa (2019): "Compliance en las empresas chilenas". Disponible en: <https://tinyurl.com/ydwm9rr8> [visitado el 10/11/2021].

¹⁴ NAVAS MONDACA (2013), p. 112.

busca facilitar y favorecer el cumplimiento de las normas legales y éticas por parte de los empleados de una empresa.¹⁵

Pues bien, como se ha señalado al principio de este trabajo, actualmente el objetivo los programas de cumplimiento es también proteger a la empresa y a su reputación de posibles consecuencias legales por infringir alguna norma jurídica¹⁶. De acuerdo con lo señalado, los programas de cumplimiento tienen como objetivo general determinar si las operaciones cotidianas de una empresa cumplen con los requisitos legales y reglamentarios para que, en el caso necesario, informar al órgano directivo de posibles riesgos para la empresa.¹⁷ En esencia, un programa de cumplimiento deberá ayudar a fomentar una cultura corporativa de cumplimiento con la ley.¹⁸

Ahora bien, hay un aspecto fundamental para el éxito de todo programa de cumplimiento en una empresa que dice relación tanto con su efectividad como con el fin de conseguir una verdadera cultura corporativa de cumplimiento del Derecho y de la ética. Este aspecto es la efectiva asunción por parte del órgano directivo en relación con los objetivos del programa de prevención. Claramente resulta esencial que para el cumplimiento de los objetivos del programa de cumplimiento no solo se proceda con un nombramiento formal de un encargado de prevención o de un órgano de prevención, pues para la real eficacia del programa se requiere la participación del máximo órgano directivo de la empresa¹⁹. Si el órgano directivo de la empresa no se involucra en el funcionamiento y desarrollo de una cultura de cumplimiento no habrá políticas de cumplimiento o modelo de prevención que cumpla completamente su función.

En la práctica esta situación ya se puede observar en algunos pronunciamientos de los órganos encargado de la persecución como también de los propios Tribunales en casos de responsabilidad penal de empresas. La opinión de la propia Fiscalía General del Estado español al respecto es que la prueba de que un programa de prevención es adecuado es un análisis *ex post* en el cual se debe ponderar si el modelo evidencia un compromiso corporativo de respeto al Derecho, esto es, si promueve realmente una cultura ética empresarial²⁰. Pues ello solo será posible si es el órgano directivo quien hace del cumplimiento una prioridad en todos los niveles.

En relación con la jurisprudencia, ha sido la sentencia del denominado caso “Corpesca” la que ha marcado en Chile (y en la región) un profundo cambio de paradigma sobre la importancia del cumplimiento ético por parte del directorio. En concreto, ha sido esta sentencia la que ha valorado la actitud ética del directorio como un elemento de prueba para afirmar si realmente existía una verdadera cultura corporativa de cumplimiento ético y legal. La reciente sentencia condenatoria en el llamado caso “Corpesca”²¹ dictada por el da cuenta

¹⁵ GRUNER (1995), pp. 6-45.

¹⁶ MARTIN (2015), p. 184

¹⁷ DEMOTT (2013), p. 64.

¹⁸ KOWAL (1998), p. 520.

¹⁹ DEMOTT (2013), pp. 63-64.

²⁰ Circular 1/2016. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001> [visitado el 10/11/2021].

²¹ Tercer Tribunal Oral en lo Penal, Ruc 1410025253-9, 16 de abril 2021.

de la importancia que tiene para la prevención de delitos que el mismo directorio de la empresa se involucre no solo en términos nominales, sino que para instaurar una auténtica cultura ética de cumplimiento manifestada en cada acción que se realiza. En este caso, el primero donde se condena penalmente en un juicio oral a una persona jurídica en Chile, se determinó que los delitos de cohecho cometidos por su gerente general fueron consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la empresa por no haber establecido al momento de los hechos un sistema de prevención de delitos para evitar la comisión de hechos como los que llevó a cabo el gerente general.

En concreto, el Tribunal Oral en lo Penal que sostuvo que no resulta adecuado para el logro de una cultura corporativa de cumplimiento que el directorio de la empresa “lamente el alejamiento del gerente general”, quien estaba siendo investigado por hechos constitutivos de delitos. Destaca literalmente el Tribunal que

“no resultaba prudente mientras no existiera una investigación de los hechos que revestían carácter de ilícitos penales –como finalmente se acreditó- lamentar su pérdida y agradecerle la gestión durante esos años; ya que más allá de la situación humana atendible en particular por sus miembros, el órgano jurídico está obligado a actuar conforme a su propio Modelo de Prevención de Delitos y promover los valores y conductas de su Código de Ética”.

Como se observa, la asunción efectiva en todo nivel y actividad de la empresa de una cultura de cumplimiento cobra tal trascendencia que en el mismo caso Corpesca queda de manifiesto la importancia de hacer propia la cultura de cumplimiento por parte del directorio. En este caso, se puede observar que el Tribunal concluye que el envío de una carta a todos los ejecutivos y trabajadores de la empresa en la cual se dice “lamentar la pérdida y agradecer por la labor realizada [...]” respecto de quien estaba siendo investigado por hechos constitutivos de delitos, da a entender —en palabras del propio Tribunal— “que el modelo de prevención de delito posee solo un rol cosmético o formal”.

A decir verdad, me parece que el compromiso del directorio resulta fundamental en la valoración de si la empresa ha contribuido a generar o no una verdadera cultura corporativa de cumplimiento. Es importante destacar que las empresas deben hacer valer en todo momento los principios éticos y de cumplimiento no solo con el objetivo de crear una cultura ética, sino también para probar en el proceso penal que no ha existido un incumplimiento de los defectos de dirección y supervisión evitando así la responsabilidad penal de la persona jurídica. Definitivamente la actuación del directorio en este marco debe reflejarse tanto para prevenir conductas como también para manifestar claramente el compromiso en todo nivel con su modelo de prevención ante casos puedan estar siendo investigados internamente o ante hechos que pudiesen revestir características de delitos. Así las cosas, parece correcto calificar como un déficit de la cultura organizacional de la empresa que el directorio de una empresa califique como “errores de administración” las conductas realizadas por una persona física que están siendo investigadas y resultan finalmente calificadas como hechos constitutivos de delitos por parte del Ministerio Público. Así lo sostuvo expresamente el Tribunal en la sentencia del caso Corpesca.²²

²² Tercer Tribunal Oral en lo Penal Ruc 1410025253-9, 16 de abril 2021.

Este “hacerse parte” que le corresponde al órgano directivo de la empresa para el desafío de la cultura de cumplimiento tiene especial interés en el sentido de delimitar las funciones y responsabilidades que asume el oficial de cumplimiento. Al respecto, cabe tener presente que el oficial de cumplimiento no es un órgano autónomo dentro del organigrama de la empresa. Por el contrario, sus facultades ejecutivas están delimitadas por las competencias que posee de acuerdo con la organización interna de la empresa y en relación con los otros miembros de ella.

Dada la naturaleza de los programas de cumplimiento, el OC asume por una parte la función de diseñar e instalar el programa de prevención y, por otra, la de controlar aquellos aspectos necesarios para su buen funcionamiento. Con todo, y a fin de que las funciones señaladas sean operativas, asume sin ninguna duda la función específica de informar al órgano directivo sobre la idoneidad del programa de cumplimiento.²³ No se debe olvidar que en buena parte de los casos el encargado de prevención es un empleado interno de la empresa. En el caso que sea un externo, seguirá siendo alguien a quien se le solicita un servicio con cargo al órgano directivo o a los principales responsables de la corporación.

En la búsqueda de las fuentes que permitan construir el rol del OC se encuentra sin duda las *U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations* de los Estados Unidos. Específicamente la sección B 2.1 de este documento federal señala que la empresa “Deberá delegar a determinado o determinados individuos dentro de la organización la responsabilidad por la ejecución del programa ético y de cumplimiento efectivo. Los sujetos responsables de la ejecución del programa deben reportar diariamente a la alta dirección de la empresa acerca de la efectividad de dicho programa”.²⁴ Como se observa, parece necesario destacar que aparece la existencia de un deber intenso de información sobre el desarrollo y ejecución del programa de cumplimiento por parte del OC.

Esta idea también aparece de manera bastante clara en las orientaciones plasmadas en las *Sentencing Guidelines* de los Estados Unidos, cuando señala que es el órgano directivo superior de la empresa el que mantiene la posición de garantía, pues a él se le exige, según señala expresamente § 8 B2.1.b.2 “un permanente conocimiento del programa de cumplimiento y de su funcionamiento cotidiano”. Incluso se indica a continuación que “El *compliance officer* tiene dentro de su mandato, el deber de comunicar frecuentemente al órgano directivo el efectivo funcionamiento del modelo”. Estamos ante un deber de información cuyo objetivo apunta a que el órgano directivo pueda tomar aquellas decisiones que sean adecuadas para el cumplimiento de los fines del programa de cumplimiento.

En el mismo sentido apunta el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas en España publicado el 2015 que en su recomendación número 46 a propósito de la función de control y riesgos propias del oficial de cumplimiento las delimitan a las siguientes tareas:

²³ KRENITSKY (2017), p. 303.

²⁴ United States sentencing commission guidelines manual 2021. Disponible en: <https://tinyurl.com/yjvtc4y> [visitado el 10/11/2021].

- a) “Asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de control y gestión de riesgos y, en particular, que se identifican, gestionan, y cuantifican adecuadamente todos los riesgos importantes que afecten a la sociedad”.
- b) “Participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones importantes sobre su gestión”.
- c) “Velar por que los sistemas de control y gestión de riesgos mitiguen los riesgos adecuadamente en el marco de la política definida por el consejo de administración”.²⁵

Como se observa, el ámbito de competencia del encargado de cumplimiento es el de la gestión del sistema de identificación y control de riesgos de la empresa.

En caso chileno, la Ley N° 20.393 que consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha establecido también este deber de información de manera expresa. De hecho, su artículo 4 numeral 2 b) que regula los medios y facultades del encargado de prevención señala que este tendrá:

“Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente”.

Adicionalmente el artículo 4°.3) letras a); b) y c) apuntan en la misma dirección. La primera norma citada establece que el encargado de prevención debe identificar las actividades o procesos de la entidad, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de delitos señalados en el artículo 1°. De manera bastante clara la función es detectar riesgos para la empresa, no realizar acciones de evitación de delitos. En alcance de esta norma llega hasta la función de detección y por supuesto de información de ellos al directorio la empresa.²⁶

Por último, la letra c) del artículo 4 numeral 3 concreta otra función del oficial de cumplimiento que es identificar los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros “que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados”. En este punto, la norma reenvía a la entidad la función de prevenir los delitos señalando de manera expresa que tal función es de la empresa y su órgano superior y no del oficial de cumplimiento. Para este último, solo aparece el regulado expresamente deber de identificar los procedimientos que pudiese representar un riesgo, no un deber de evitación de acciones delictivas.

Conforme a los antecedentes analizados, parece ya posible comprender la función de los programas de cumplimiento y especialmente los contornos normativos de la figura del oficial de cumplimiento a propósito del desempeño de sus funciones. Observada la regulación de

²⁵ Disponible en: https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf [visitado el 10/11/2021].

²⁶ Se utiliza el término directorio de la empresa para referirse al máximo organismo de la empresa. En algunos países se usa el de junta directiva (Chile), órgano directivo o consejo de administración (España) o *Aufsichtsrat* (Alemania).

los ordenamientos jurídicos analizados en los párrafos anteriores y conforme a la función material que juega actualmente el OC en las empresas, me parece correcto señalar que la función de esta figura es, en términos amplios, la de administración del sistema de cumplimiento y no una función que involucre la realización de acciones directas de evitación de delitos. Este enfoque de gestión del OC respecto a los programas de prevención puede verse también en algunos autores que destacan los múltiples aspectos a administrar por parte del OC tales como la supervisión de los canales de denuncia, capacitaciones a empleados sobre ética hasta la realización y aplicación de protocolos de actuación entre varias otras funciones.²⁷ Con base lo que se acaba de señalar, sí me parece posible advertir claramente un deber especial por parte del OC relativo a velar por el correcto funcionamiento del modelo de prevención que alcanza hasta la necesidad de informar al órgano directivo superior de la empresa del estado y funcionamiento de él.

2. Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento

El OC es un profesional que se inserta en el marco de una empresa, quien asume determinadas funciones y deberes contractuales y legales. Como tal ejerce un rol privado en una entidad privada, por lo cual lo primero que debería resolverse es determinar si la empresa (quien le delega una función) es garante de algo. De acuerdo con los presupuestos que se siguen en este trabajo, la respuesta es afirmativa.²⁸ A decir verdad, en un Estado de libertades resulta adecuado atribuir la responsabilidad por las consecuencias del ejercicio de esa libertad a quienes actúan como titulares de ella. Resulta que la sociedad moderna, caracterizada como una sociedad del riesgo, posee la particularidad que las actividades que mayor peligro implican para las personas y la sociedad son realizadas por personas jurídicas (energía nuclear, avances farmacéuticos, riesgos financieros, medioambientales, riesgos de la construcción, etc.). En este sentido, en la actualidad se puede advertir que el aumento de las actividades de riesgo —desde la propia revolución industrial hasta ahora— ha sido un aumento tanto cualitativo como cuantitativo desarrollado principalmente por empresas, no por personas naturales individualmente consideradas.

Frente a dicho contexto, resulta previsible que se recurra al Derecho Penal para obligar a prevenir los riesgos jurídicos a quienes representan la mayor fuente de esos riesgos para tercero, haciéndoles por tanto responder penalmente en caso de que no lo hiciesen o lo hiciesen de forma inadecuada²⁹. Por otro lado, si bien es cierto que la sociedad ha cambiado en la dirección señalada, también las propias empresas han tenido importante desarrollo organizacional a cómo eran, por ejemplo, en el origen de la revolución industrial. En la actualidad una buena parte de las empresas poseen una complejidad en su organización de tal magnitud que permite entender la existencia de una autorreferencialidad y autoconducción de manera casi equivalente que la persona humana. En otras palabras, es posible reconocer a la propia empresa una capacidad autoorganizativa propia.³⁰

²⁷ HAUGH (2017), p. 1245.

²⁸ Véase al respecto HEINE (2006), p. 32 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ (2013), p. 21 y ss.; SCHÜNEMANN (1988), p. 533. En contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre nosotros, VAN WEEZEL, (2010).

²⁹ GALÁN MUÑOZ (2017), p. 21

³⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ (2005), p. 236.

A partir de la configuración moderna de esta realidad se puede afirmar que la persona jurídica posee una posición de garante sobre su propio ámbito de organización.³¹ En particular, la empresa puede ser comprendida como un garante de supervisión de la creación de riesgos que emanen de su ámbito de organización ya sea porque ella es en sí misma deficitaria o, no siéndolo, existan déficits en su propia organización.³² Por cierto que la responsabilidad como garante de la empresa tendrá también límites, pues vendrá dada solo por aquellos riesgos que sean parte de las actividades propias de la persona jurídica. Así, una empresa será garante de los productos que pone en el mercado, de la seguridad de sus trabajadores y en general de aquellos riesgos inherentes a su actividad. No debe entenderse que es garante de delitos que no tengan que ver con su propia actividad. Por ejemplo, no sería garante del hurto que se lleva a cabo al interior de la empresa de un empleado a otro.³³

En la actualidad, con la introducción de la responsabilidad penal de las empresas se tiene como punto de partida el presupuesto que ellas son titulares de la responsabilidad tanto propia como por el hecho de favorecer el delito de personas físicas que la integran. En este último caso a través de una cultura de incumplimiento o en virtud del defecto de organización empresarial que ha facilitado la comisión del delito por la persona física que pertenece a su organización.³⁴ La empresa, al igual que todo sujeto individual que ejerce su libertad realiza una serie de actividades que dan lugar a diversos riesgos jurídicos (construcción, manejo de productos químicos, financieros, entre otros). Estos riesgos jurídicos pueden dar lugar a su vez a la configuración de hechos típicos imputable a la empresa como persona jurídica.

De acuerdo con lo señalado, al hacer uso de su libertad de organización, la empresa y el propio empresario son portadores del deber negativo y por tanto deben responder de las consecuencias de su libertad de organización cuando su utilización sea deficitaria con consecuencias jurídico-penales para terceros. Como dice el principio general del derecho aplicado al Derecho Penal: libertad de organización versus responsabilidad por sus consecuencias³⁵.

Ahora bien, para organizarse la empresa delega en personas individuales diversas funciones para la obtención de sus propios objetivos. Opera una división tanto vertical como horizontal del trabajo aunque siempre en el marco de la empresa. En el ámbito de la empresa la institución de la delegación posee un importante efecto en relación con la determinación de las competencias y responsabilidad que se asumen. Con la delegación se produce un traspaso y asunción de funciones de tal forma que ésta convierte al sujeto que asume (delegatario) en destinatario de las funciones del delegante o responsable originario.

Sin embargo, tanto la delegación de funciones originarias de la empresa como la contención de riesgos jurídicos no pueden suponer una delegación o transferencia automática y completa de la posición de garantía de la propia empresa. Así entendido, no se debe entender una delegación como estrategia de “pantalla” a fin de que la delegación de las labores de

³¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ (2013), p. 508.

³² En este sentido HEINE (2006), p. 37.

³³ En este sentido LASCURAÍN SÁNCHEZ (2018), p. 105.

³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ (2012), p. 52.

³⁵ NAVAS MONDACA (2018), pp. 18 y ss.

prevención de delitos termine operando como una exoneración de la responsabilidad por su incumplimiento a quien ocupe el cargo o función de oficial de cumplimiento³⁶. Más aún, la delegación no puede operar como una estrategia para liberarse de los deberes propios de la empresa o del empresario. En particular, se debe entender que con la delegación no se extingue el núcleo esencial del deber negativo primario y originario de la empresa que consiste en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar, en la medida de lo posible y exigible, que del círculo de organización de la empresa se deriven daños para terceros³⁷. La posición de garantía de evitación de delitos no recae en el oficial de cumplimiento, sino que en la dirección de la empresa.³⁸

Entender lo contrario, esto es, que con una delegación se libera a la empresa de responsabilidad, implicaría entregar la posibilidad de eludir fraudulentamente la responsabilidad penal a través del mecanismo de la delegación. Si bien es cierto que la posición jurídica que ocupa el oficial de cumplimiento implica estar expuesto a sufrir una serie de consecuencias por no haber actuado diligentemente, parece apresurado concluir *a priori* que ello dará lugar a una responsabilidad penal.

En el ámbito del Derecho penal económico se ha señalado que la delegación tiene un efecto inmediato que consiste en modificar las situaciones de competencias de partida: la delegación crea una nueva “posición de garantía”.³⁹ En todo caso, para que ello tenga dicho efecto es necesario que puedan observarse algunos elementos o requisitos tales como la dotación de medios económicos y materiales para que el delegado cumpla con su función y así la delegación tenga el efecto de modificar la atribución de responsabilidad penal⁴⁰. Bajo este presupuesto, si no se delegan medios o *competencias* para la realización de acciones ejecutivas e idóneas de evitación de realización del riesgo parece que no puede hablarse de una delegación en términos tales que modifique las posiciones jurídicas originarias.

Vistos así las cosas, la delegación de una función como la de gestionar riesgos no implica una forma de exonerar de responsabilidad al delegante, sino que se trata de una *forma* distinta de cumplir con el deber originario. Como se ha señalado, el delegante mantiene el deber de controlar el cumplimiento, pero ahora por parte de otro.⁴¹ De hecho hay situaciones que son sencillamente indelegables, como la supervisión misma del desempeño del OC.⁴²

Por otra parte, existen casos en que, por su importancia, el empresario que delega en otro “no extingue su posición de garantía, sino que simplemente la modifica”,⁴³ En cambio, en algunos casos ocurre lo contrario, esto es, que se delegan únicamente funciones que le permitan cumplir con una función indelegable por cuanto por más que exista una delegación está no implica ni la extinción ni la modificación de una determinada posición de garantía. Esta última situación ocurre, en mi opinión, en el caso de la delegación de funciones al OC por

³⁶ ZIMMERMANN (2014), p. 2014, p. 276.

³⁷ PEÑARANDA RAMOS, (2006), p. 421.

³⁸ BERMEJO y PALERMO, (2013), p. 178.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, (1997), p. 15.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, (1997), p. 17.

⁴¹ DEMETRIO CRESPO (2009), pp. 107 y ss.

⁴² BLANC (2017), p. 421.

⁴³ DOPICO (2014), p. 344.

parte de la empresa. Por cierto, en el marco de la distinción entre delegación y asunción de funciones en la empresa, no se debe confundir la delegación de funciones con el encargo de una específica función dentro de la empresa.

Así, el OC asume la función de gestión del programa de cumplimiento y, como delegado de vigilancia, le corresponde la gestión de medios de control establecidos para la obtención de aquella información relevante que pudiera reflejar la existencia de riesgos para la empresa. Esto con el fin de informar a los superiores, a fin de que se corrijan las conductas defectuosas o los estados de cosas peligrosos.⁴⁴ Lo que sí debe estar claro es que en el encargo de una tarea determinada no se traspa al encargado la competencia, sino solo la realización de esa función. En tal caso, las esferas de responsabilidad del delegado y delegante se mantienen intactas.⁴⁵

Una mirada a la práctica a propósito de los pocos pronunciamientos de la jurisprudencia nos entrega actualmente un panorama poco alentador para encontrar soluciones. De todos modos parece necesario a fin de configurar marco de juego jurídico penal en la determinación normativa del rol del OC. En el orden civil y administrativo en Estados Unidos las sanciones civiles son abundantes a causa de la infracción de deberes de cuidado del responsable del sistema de cumplimiento.⁴⁶

Así, por ejemplo en un caso reciente del año 2017, el OC de la empresa estadounidense Moneygram llegó a un acuerdo con el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos y reconoció su responsabilidad —con la correspondiente sanción económica y prohibición de ejercer como oficial de cumplimiento por 3 años—, por no haber tomado las medidas adecuadas para evitar la comisión de diversos ilícitos que se produjeron en el marco de actividades de la empresa. Entre las conductas que le reprocharon estuvo no haber terminado con prácticas de ventas fraudulentas a consumidores y no corregir los defectos en el programa de cumplimiento que evitaran el lavado de dinero.⁴⁷

Hasta donde alcanzo a ver, han sido los Tribunales alemanes y estadounidenses que se han pronunciado en alguna medida sobre esta misma materia aunque con el contenido de sus respectivos fallos no han hecho más que abrir el debate respectivo, pues no han entrado al fondo del asunto. La destacada sentencia del Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*) del 17 de julio de 2009 hace responsable penalmente al responsable del departamento legal y auditoría por omisión señalando que a él “le incumbe por regla general un deber de garantía jurídica penal en el sentido del artículo 13 del StGB en el contexto de la actividad de impedir delitos que surjan de la empresa por parte de sus miembros”.

La sentencia del tribunal alemán expresa en otro de sus considerandos que “los oficiales de cumplimiento [...] tienen un área de responsabilidad que es la prevención de la comisión de delitos penales que se cometan fuera de la empresa [...]. Dichos agentes [los oficiales de cumplimiento] a quienes se les confía el cumplimiento corporativo tendrán regularmente una

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ (2013), p. 104.

⁴⁵ BOLEA BARDON, (2016), p. 62.

⁴⁶ PACELLA (2019), pp. 24 y ss.

⁴⁷ Disponible en: <https://tinyurl.com/yf4qax6d> [visitado el 10/11/2021].

responsabilidad penal en virtud del Derecho Penal en el sentido del § 13 Abs.1 del Código Penal (en adelante CP)⁴⁸ para prevenir los delitos cometidos por los miembros de la empresa en relación con la actividad de la empresa. Este es el inconveniente necesario de su obligación con la administración para evitar violaciones de la ley y, en particular, delitos penales”.⁴⁹

Pues bien, en concreto y a propósito de esta responsabilidad especial que tendría el oficial de cumplimiento llega a señalar que “el área de competencia del compliance officer incluye impedir infracciones legales, especialmente delitos punibles, que se cometan desde de la empresa y que puedan causarle graves daños por el riesgo de incurrir en responsabilidad [...]”.⁵⁰

En sentido contrario al tribunal alemán, vale la pena destacar la sentencia de acuerdo que dictó un Tribunal de Delaware en los EEUU a propósito de una demanda de los accionistas de la empresa Caremark Inc., contra sus propios directivos por no haber supervisado adecuadamente la conducta de sus empleados de nivel inferior exponiendo a la empresa a diversas multas y sanciones. Producto de una investigación que surgió a propósito de las acciones judiciales que emprendieron de los socios de la corporación, la empresa fue objeto de una investigación de Departamento de Justicia quien terminó acusando a Caremark Inc., de múltiples delitos.

En este caso se analizó la responsabilidad del oficial de cumplimiento de la empresa por el Tribunal quien finalmente señaló que dicha figura tiene el deber de asegurar “que existen sistemas de información e informes en la organización que están razonablemente definidos para proporcionar a la alta dirección y al propio consejo información oportuna y suficiente para permitir que la gerencia y el directorio, cada uno dentro de su alcance, realicen juicios informados sobre el cumplimiento de la corporación con la ley y su rendimiento empresarial”.⁵¹

Otro caso relevante de los EE.UU. es el ocurrido el año 2010 que se hizo conocido como caso SEC contra Theodore W. Urban quien había sido oficial de cumplimiento de la empresa FBW. En este caso la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos (en adelante “SEC”) le buscaba responsabilizar junto al abogado director de la empresa, vicepresidente ejecutivo, a presidente y a miembros del órgano directivo de la empresa Ferris Baker Watts, Inc. (en adelante “FBW”) en virtud de las infracciones de las disposiciones contra el fraude de la legislación de valores realizadas por el empleado de la empresa Stephen Glantz quien era supervisado por Theodore Urban.⁵² Sin embargo, el Juez del Tribunal Administrativo de ese país desestimó la responsabilidad de Urban al señalar que un OC no se convierte en un supervisor por su título de trabajo, sino que para ser catalogado como tal debe considerarse el “grado de responsabilidad requerido, capacidad o autoridad para afectar la conducta del

⁴⁸ El parágrafo 13 del Código Penal alemán regula los requisitos de los delitos de comisión por omisión.

⁴⁹ BGH 5 StR 394/ 08.

⁵⁰ BGH 5 StR 394/ 08 -Urteil vom 17.

⁵¹ KOWAL (1998), p. 522.

⁵² SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, Rel. No. 66259 / January 26, 2012. Disponible en: <https://tinyurl.com/yzaplo8x> [visitado el 10/11/2021]. Para los casos similares véase el listado de la SEC en: <https://tinyurl.com/ygdjxtzb> [visitado el 10/11/2021].

empleado cuyo comportamiento está en cuestión”.⁵³ En este caso el juez determinó que el OC Theodor W. Urban cumplió su deber de supervisar al subordinado de manera razonable. En el caso señalado, si bien el oficial de cumplimiento era el responsable del sistema de prevención, no era el superior directo del empleado de la empresa que realizó conductas ilícitas, pues el empleado desempeñaba funciones en otra sucursal de la misma empresa.⁵⁴

Por último, un caso reciente es el llamado *Dieselgate* que afectó a la empresa alemana Volkswagen. Según la investigación del FBI, la empresa germana adulteró fraudulentamente las pruebas de emisiones de gases de sus vehículos ocultando los verdaderos indicadores. Resulta que las normas de contaminación en el 2006 eran más estrictas en los EE.UU. que en Europa. La empresa automovilística lanzó un proyecto de motorización para sus vehículos con el objetivo que cumplieran la normativa en el país norteamericano. Sin embargo, las pruebas no dieron los resultados positivos por lo que empleados de la compañía alemana desarrollan un dispositivo para cumplir fraudulentamente con la normativa. En el año 2015, la autoridad norteamericana, en concreto, la Agencia Estadounidense del Medioambiente acusa a Volkswagen de haber infringido la regulación de manera fraudulenta a través de un dispositivo que engañaba los controles encargados de determinar las emisiones. En septiembre de ese año la empresa alemana admite que había equipado al menos 11 millones de sus vehículos con un dispositivo para defraudar los controles de emisiones.

A raíz de lo anterior, se abre entonces una investigación judicial por la posible configuración de ilícitos a la empresa y a sus directivos. En la investigación llevada a cabo en los EEUU, la empresa alemana Volkswagen se declara culpable de fraude y obstrucción a la justicia resultando condenados penalmente diversos directivos. Entre ellos, Olivert Schmidt, encargado de cumplimiento entre 2014 y 2015 de la empresa Volkswagen quien es condenado a siete años de prisión por un tribunal de los Estados Unidos.⁵⁵ A pesar que el OC de la empresa alemana fue condenado penalmente, su caso no contribuye al tema que se discuten en este trabajo, pues la acusación contra él en los tribunales norteamericanos fue por los cargos de conspiración y contaminación ambiental regulada en la *Clean Air Act*.

En cuanto a la discusión en la literatura penal, la doctrina ha sido cauta en el debate aportando diversas situaciones que sí darían lugar a una responsabilidad penal del OC. Algunos autores han sostenido que dada la función de prevención que tiene la empresa, la delegación que se le hace al OC implica una posición de garantía por asunción.⁵⁶ Otro sector, matiza tal postura y entiende que en determinados casos el OC responde penalmente si su omisión determina que se tolere, posibilite o favorezca la comisión presente o futura de un delito.⁵⁷ Algunos autores han planteado dos supuestos de la responsabilidad del OC: uno primero donde según si se denuncia que se va a cometer el delito (o se está cometiendo) y el OC no hace nada sería entonces responsable omisivamente. Un segundo caso es el de la continuidad delictiva, esto es, cuando concurre la posibilidad que el delito se siga cometiendo.⁵⁸ En estas dos situaciones

⁵³ MARTIN (2015), p. 190.

⁵⁴ DEBORA (2013), pp. 76 y ss.

⁵⁵ Puede verse la cronología del caso en: <https://tinyurl.com/yhajsdkm> [visitado el 10/11/2021].

⁵⁶ BERMEJO y PALERMO (2013), p. 197.

⁵⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER (2014), p. 352.

⁵⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER (2014), pp. 351 y 352.

el OC podría responder penalmente si tiene la posibilidad de impedir el delito. En un sentido similar, Lascuraín Sánchez sostiene que existe responsabilidad penal omisiva cuando decide no investigar un delito que se está cometiendo o que se va a cometer y del que tiene conocimiento a través de una denuncia, de una investigación interna rutinaria o de su percepción personal.⁵⁹

A propósito de esto, recientemente se han sumado a la discusión un sector importante de la doctrina penal española a propósito de la regulación del artículo 31 bis del CP de este país. En dicho artículo se establecen dos vías de responsabilidad penal para la persona jurídica. La primera por vía de la letra a) del artículo 31 bis 1.

Art. 31 bis 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) “De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

De acuerdo con la Fiscalía General del Estado español⁶⁰ las omisiones del OC, en relación con el control de la prevención de los delitos dentro de la empresa, implicarían una responsabilidad de este y también de la persona jurídica. El razonamiento de la Fiscalía General española proviene, en primer lugar, al entender que el oficial de cumplimiento posee “facultades de organización y control” dentro de la empresa a propósito de lo señalado en la última frase de la letra a) del artículo 31 bis 1 relativo a quienes “ostenten facultades de organización y control”.

A propósito de esta expresión, en la página 9 de la circular que emite la Fiscalía General del Estado Español se señala lo siguiente: “la expresión engloba a un potencialmente alto número de cargos y mandos intermedios que tengan atribuidas tales facultades, entre ellas las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos. Esta nueva redacción amplía y define mejor la posición de garante en la empresa, utiliza un lenguaje más adecuado a las categorías de imputación y establece con mayor precisión el hecho de conexión que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica lo que permite, como consecuencia más relevante, incluir en la letra a) del art. 31 bis.1 al propio oficial de cumplimiento (compliance officer)”. En segundo lugar, de acuerdo con la Fiscalía General española la responsabilidad

⁵⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ (2014), p. 331.

⁶⁰ Circular FG1/2016, publicada en el BOE de 22 de enero de 2016.

del oficial de cumplimiento tiene encaje en la letra b) del mismo artículo a través del “incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control”.

La interpretación de la Fiscalía General del Estado español ha encontrado una fuerte oposición en la doctrina. Particularmente, Montaner Fernández ha negado que alguno de los dos supuestos permita atribuir responsabilidad penal al oficial por los delitos cometidos por empleados de la empresa dado que el OC no cabe en la definición de representantes legales ni está autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica. Esto por cuanto no ostenta facultades de organización y control en el marco de la empresa. En concreto esta autora sostiene que dicha expresión dice relación con funciones propias del devenir de la empresa⁶¹. Ciertamente tales funciones no suelen ser parte de aquellas labores que asume y se espera de un OC, pues estas están abocadas exclusivamente al cumplimiento normativo (con los diversos aspectos de gestión que implica) pero no a las funciones que digan relación con las decisiones de la marcha ordinaria de una empresa.

Pese a lo anterior, Montaner Fernández señala que OC solo podría estimarse incluido en la letra a) número 1 del artículo 31 bis en la medida que el modelo de control de toda la organización incluya también al oficial de cumplimiento.⁶² Con todo, parece que en este último supuesto donde el encargado de prevención asumiría facultades de organización y control de la empresa, el OC ya deja de cumplir el rol o función específica de supervisar el programa de prevención de delitos y se transforma entonces en el órgano o en parte del órgano de dirección ejecutiva de la empresa.⁶³

Además de lo señalado hasta aquí, me parece que existen argumentos importantes que pueden aportar desde un punto de vista jurídico penal para concluir que, en atención al rol del OC dentro de la empresa, no es posible afirmar que se le delega una posición de garantía de evitar la comisión de delitos. Al menos no de una manera amplia,⁶⁴ sino que delimitada al control y vigilancia del cumplimiento normativo de la empresa. Dada la estructura empresarial y los principios de división del trabajo en que se estructura, al OC se le delega una función concreta que suele enmarcarse en la gestión del riesgo jurídico que amenace a la empresa. Al respecto, se ha señalado por algunos autores que el deber originario activo del empresario se le delega al OC de manera que el primero pasaría a tener un deber de supervisión pasivo o reactivo, lo que implica reaccionar en caso de que el OC le informe sobre la existencia de una situación de peligro sobre la que se debe actuar.⁶⁵

En este sentido es correcto afirmar que se le delega una posición de garantía secundaria,⁶⁶ cuyo alcance es el monitoreo de las actividades que pudiesen presentar un peligro para la empresa. En cualquier caso, al alcance de los deberes de esta posición de garantía secundaria no implica asumir plenamente en calidad de autor la responsabilidad por la realización del

⁶¹ MONTANER FERNÁNDEZ (2018), pp. 20 y ss.

⁶² MONTANER FERNÁNDEZ (2018), p. 21.

⁶³ En caso de asumir funciones ejecutivas o propias del empresario entonces el tema es distinto. En tal caso se ha apuntado que sí puede responder por las omisiones en la detección de riesgos jurídicos que hagan responsable a la empresa. Véase LASCURAÍN SÁNCHEZ (2014), p. 332.

⁶⁴ ROBLES PLANAS (2013), p. 324.

⁶⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER (2014), p. 345.

⁶⁶ KABAOGLU (2017), p. 65.

riesgo jurídico en comisión por omisión, pues el alcance de los deberes del oficial de cumplimiento no puede ser más extenso que el del propio titular de la empresa o directorio. Por otro lado, la reciente monografía de Liñán Lafuente contiene importantes aportes a la discusión. Uno de ellos es distinguir también distintas situaciones en las cuales la responsabilidad penal del OC dependerá de si se le han delegado (y él ha asumido) facultades ejecutivas para evitar la comisión del delito.⁶⁷ Este autor estima finalmente que existe responsabilidad del OC a título de cómplice omisivo en un delito de un tercero miembro de la empresa si incumple su deber de denuncia y ello facilita la comisión del delito.⁶⁸ En esta última postura se sostiene que el OC puede responder como cómplice omisivo, pues señala el autor que si bien el OC tiene una función respecto al órgano directivo “ello no impide plantear supuestos de responsabilidad penal del *compliance officer* de participación omisiva en hecho ajeno, si incumple su deber de denuncia y ello facilita la comisión del delito por un tercero, que en caso de haber sido denunciado podría haber sido impedido por el garante primario”.

Respecto a lo señalado parece necesario analizar la posibilidad de responder como cómplice omisivo, pues en estos casos se trata de una complicidad del hecho de autoría de un tercero que es la persona física que en nombre y representación de la persona jurídica comete el delito.

En concreto, me parece que en principio el OC no puede ser cómplice omisivo del delito que comete un tercero. Son dos los elementos que impiden considerar al OC como garante directo de evitación de delitos de un tercero miembro de la persona jurídica. Uno es un requisito objetivo relativo a la concreta y efectiva capacidad de acción y, el otro, es un requisito subjetivo, relativo a la efectiva concurrencia del principio de convergencia. Respecto a este último elemento, sinceramente no veo posible afirmar que se cumple con el principio de convergencia entre el oficial de cumplimiento y el autor del delito cometido por la persona física. A continuación, desarrollaré esta opinión en relación con estos dos elementos.

2.1. La posición de garantía en el plano objetivo

Como se señaló en un comienzo el concepto de *compliance* proviene de una tradición propia del ámbito anglosajón y especialmente del sector empresarial. Sin embargo, como ha apuntado Montiel, cuando estamos hablando de una posible responsabilidad penal de un sujeto que realiza las labores de cumplimiento normativo, las meras regulaciones propias del sector económico o regulatorio se presentan como insuficientes para determinar el alcance de los deberes jurídicos y jurídico-penales del OC debiendo recurrir al estudio de los delitos de omisión impropia.⁶⁹

Pues bien, en un primer nivel de análisis situado en el plano objetivo de la supuesta posición de garantía la cuestión a determinar es qué es aquello que se le delega al OC y lo que este efectivamente asume. La respuesta vendrá dada no solo por la teoría del garante que ha

⁶⁷ LIÑÁN LAFUENTE (2019), pp. 148 y ss.

⁶⁸ LIÑÁN LAFUENTE (2019), p. 150.

⁶⁹ MONTIEL (2017), p. 22.

venido desarrollando la doctrina penal, sino que especialmente por determinar qué parte de la delegación ha asumido y por tanto le es exigible.

En el desarrollo de la teoría del delito omisivo, uno de los requisitos de la omisión absolutamente dominante en la doctrina es que el sujeto tenga capacidad de realizar la acción de salvamento que evite o neutralice el riesgo que amenaza al bien jurídico.⁷⁰ Sin embargo, lo normal es que en la estructura de una empresa y conforme a las funciones que se delimitan en el OC, este no posea dominio para interrumpir o evitar las conductas que miembros de la empresa que pudieran constituir delitos. A decir verdad, el OC no es en sentido estricto un delegado del empresario en términos estrictos, sino que más bien opera como un sujeto que realiza el encargo de la ejecución de una determinada función.⁷¹

Si bien es cierto que algunas funciones específicas dependerán del ámbito concreto de desarrollo de la empresa, como se ha podido observar en las páginas anteriores, hay cierto consenso en la literatura que las funciones generales del OC suelen ser las de adecuar las actividades de la empresa a la legalidad, la función de asesoramiento, de monitoreo y control y no la de evitación de delitos.⁷²

Pues bien, resulta que el elemento fundamental para valorar la capacidad de evitación de delitos por parte del OC radica, en mi opinión, en la “capacidad” o “dominio ejecutivo” para evitar el delito. El OC tendrá tal capacidad cuando se pueda verificar que efectivamente se le habían delegado facultades ejecutivas idóneas para la evitación de delitos. A decir verdad, lo que estimo necesario de resaltar es que un dominio formal —como sería una cláusula en el contrato del oficial de cumplimiento— no podría fundamentar la posición de garantía de evitación de delitos de miembros de la empresa.

Por el contrario, de lo que no cabe ninguna duda es que al OC sí le compete informar y advertir al órgano directivo superior de la posible comisión de un hecho delictivo. En otras palabras, tiene un deber de cooperación en un hecho ajeno. Esta sería la única posición de garantía que en la inmensa mayoría de casos asumirá el OC.⁷³

Este deber de cooperación deriva expresamente de la naturaleza de la función del programa de cumplimiento y del rol que asume en ellos el OC. En ambos, la función es asegurar la existencia de un sistema de cumplimiento idóneo e informar del desarrollo y aplicación de este sistema advirtiendo al órgano superior los riesgos de determinados procesos o comportamiento que pudieran representar una amenaza para la empresa.

Por otra parte, si se consideran las facultades del OC conforme a la propia organización interna de la empresa, lo normal es que el OC no posea competencias ejecutivas que permitan, por ejemplo, despedir a un empleado o directivo (gerente de finanzas, director de contabilidad, abogado interno, etc.) que se dispone a cometer un delito como tampoco

⁷⁰ KAUFMANN (2006), p. 55.

⁷¹ MONTANER FERNÁNDEZ (2015), p. 765.

⁷² KONU (2014), p. 27.

⁷³ Es posible que le deleguen y asuma facultades ejecutivas que le permitan evitar el delito. En esos casos pasaría a ocupar otra posición jurídica en la empresa, ya casi como parte del órgano directivo.

suspender las negociaciones de un contrato con una entidad pública que pudiese representar un riesgo de comisión de algún delito de soborno. Como bien ha señalado en Alemania Zimmermann, las amenazas de riesgos y los incumplimientos de los deberes de vigilancia y supervisión en el ámbito del *Compliance* quedan siempre en el sustrato y dentro del órgano directivo y no de empleados tales como el OC.⁷⁴

Por el contrario, si se le delegan facultades ejecutivas amplias al oficial de cumplimiento como las señaladas en el párrafo anterior, entonces sí podría ser posible configurar una responsabilidad penal⁷⁵. De todos modos, me parece que en dicha situación ya deja de ser únicamente un oficial de cumplimiento y su posición jurídica ahora es después de todo la de un órgano de dirección más de la empresa que además se encarga de prevenir delitos.

No obstante se debe aclarar un tema que surge como consecuencia de la propuesta anterior: en aquellas empresas de pequeña estructura donde no sea posible distinguir una organización clara de las distintas funciones de gestión ordinaria de la empresa y las propias del OC entonces será posible admitir la responsabilidad penal por omisión del propio sujeto que reunía todas las funciones. Precisamente, cabe llegar a esta conclusión por cuanto en tales casos recaen en una misma persona las funciones ejecutivas como las funciones de prevención de riesgos e información que normalmente realiza el OC de manera separada del órgano directivo en una gran o mediana empresa.

Volviendo a los supuestos de empresas de mayor tamaño, cuya estructura permita diferenciar distintas funciones es necesario diferenciar algunas cuestiones. Si el OC no tiene un rol ejecutivo en la evitación de delitos, quien sí lo posee es el máximo organismo ejecutivo en la jerarquía de la empresa, pues solo este tiene una posición de garantía originaria y la competencia para interrumpir el curso de riesgo que lleva a cabo la persona física. Desde luego que el OC posee la competencia de velar por el correcto cumplimiento normativo y de detectar los posibles riesgos jurídicos de la empresa, pero no se encuentra en una posición jurídica competente para evitar delitos. En este sentido, si en el ejercicio de sus funciones advierte un determinado riesgo para la empresa, sí le compete informar al órgano directivo de la empresa para que este —quien por lo demás ostenta el verdadero dominio fáctico o capacidad de evitación— lleve a cabo las acciones necesarias que eviten la comisión de delitos por parte de los subordinados de la empresa.

Refuerza el argumento anterior las situaciones en las cuales a pesar de existir una delegación, la posición de garantía la sigue manteniendo el responsable de la empresa, titular o directorio, pues lo que han delegado es solo aquella función necesaria para ejercer de mejor forma dicha posición de garantía originaria y exclusiva. Aquí resulta fundamental recordar la opinión de una parte de la doctrina cuando advierte que “debe precisarse que esta suerte de liberación de la posición de garante tiene como presupuesto que el nuevo sujeto sea plenamente competente (en el sentido de capaz) para cumplir con su posición de garante”.⁷⁶ A decir verdad, resulta que el oficial de cumplimiento nunca sería plenamente competente para cumplir con una posición de garantía debido a que nadie más que el órgano directivo tiene

⁷⁴ ZIMMERMANN (2014), p. 276

⁷⁵ LIÑAN LAFUENTE (2019), p. 149.

⁷⁶ ROBLES PLANAS (2013).

las facultades necesarias para evitar o interrumpir un potencial curso de riesgo delictivo de algún miembro de la empresa. En la práctica, si se piensa en un caso en el cual se detecta que, por ejemplo, el departamento comercial de una empresa está a punto de cerrar un contrato con un organismo público bajo soborno, el único sujeto competente para suspender las negociaciones o incluso despedir el gerente comercial que dirigía la operación es únicamente el máximo responsable de la empresa y no el oficial de cumplimiento.

Por último, no parece adecuado que el OC tenga una posición de garantía de evitación de delitos ya que, si ello fuese así, resulta que los deberes del oficial de cumplimiento (al fin y al cabo un empleado más de la empresa) serían en consecuencia más intensos y llegarán más lejos que los del propio titular de la empresa, cuestión que no parece proporcionada ni lógica. Aun así, como señalé anteriormente el OC sí tendría una posición de garante amplia con sus respectivas consecuencias cuando haya asumido labores ejecutivas o sea parte de un órgano ejecutivo que, junto con la labor directiva, realice funciones de cumplimiento normativo. Sin embargo, en tales casos estaríamos ante una situación donde el OC deja de cumplir un rol estrictamente de cumplimiento normativo para cumplir uno directivo principal dentro de la empresa.

¿Hasta dónde alcanzan entonces los deberes que se le delegan al OC? De acuerdo con la propuesta que aquí se sostiene, alcanza hasta la necesaria información que debe reportar el OC al órgano directivo de eventuales riesgos para la empresa. Si reflexiona con el rol claramente definido para el OC, independientemente de si se está cometiendo un delito o ante la posibilidad que ello ocurra el OC debe informar a toda costa al órgano directivo de la empresa. Ahora bien, pese a que el OC pueda incluso interrumpir potenciales cursos delictivos, vale la pena aclarar que ello no implica que le competa impedir directamente la comisión de delitos.⁷⁷ En realidad, exigir al OC que interrumpa el curso de riesgo sin que se le hayan otorgado facultades y medios para ello implica una asignación de responsabilidad que simplemente no guarda relación con las competencias asumidas. Aún más, habiendo asumido tal función de evitación de delitos en un contrato, si no se le otorgaron medios para controlar el riesgo a todo nivel, no puede hablarse de una asunción material de dicha función.

2.2. La participación omisiva en el plano subjetivo: la participación y el principio de convergencia

Un sector de la doctrina ha señalado que no cabe descartar la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento como partícipe de un delito activo si se incumple el deber de denuncia o se implementa defectuosamente algunas medidas y ello facilita la comisión del delito por el tercero miembro de la empresa.⁷⁸ Esta postura, implica revisar el principio de convergencia subjetiva del delito entre el OC y el sujeto que lo comete a fin de dilucidar la problemática relativa al tipo subjetivo del partícipe en el hecho ajeno.

⁷⁷ MONTIEL (2015). A propósito de las obligaciones establecidas en el art. 7 de la resolución 121/2011 de la UIF para los oficial de cumplimiento. Este autor no descarta la posibilidad de atribuir responsabilidad penal al OC para aquellos casos en que realice un aporte esencial para la comisión de un delito. No obstante, dicha atribución es entendida en este trabajo a través de la figura de la autoría mediata.

⁷⁸ LIÑAN LAFUENTE (2019), p. 150; TURIENZO FERNÁNDEZ (2021), p. 274 y 323

Efectivamente, me parece necesario que en una posible responsabilidad penal del OC debe poder imputarse tanto objetiva como subjetivamente el hecho al autor como también al partícipe. En términos de imputación subjetiva, para castigar a un partícipe resulta necesaria la existencia de una convergencia subjetiva a fin de cumplir así con uno de los principios básicos que regulan la participación en el delito. No debe olvidarse que, si un interviniente no obra conjuntamente con un autor, no responde por las consecuencias que el autor vincula voluntariamente a su propio comportamiento.⁷⁹

Al respecto se debe recordar que, de acuerdo con el principio de convergencia, el cómplice debe saber y querer intervenir en el delito de un tercero. El dolo del cómplice (omisivo en los supuestos del oficial de cumplimiento) debe ser un doble dolo (como sostiene la doctrina dominante), esto es, un dolo referido a la ejecución del hecho principal por parte del autor y otro referido al acto mismo de participar en el delito de otro.⁸⁰ En efecto, el principio de convergencia exige que exista una coincidencia del contenido de las voluntades de los intervinientes.⁸¹ Se trata en definitiva que el empleado que comete activamente el delito en nombre y representación de la empresa “cuenta con” la omisión del OC, pues así se facilita y/o favorece (subjetivamente) la comisión del hecho.

En la doctrina chilena, así como en la alemana, prima la tesis que rechaza la participación culposa en un delito doloso.⁸² Así, deberá primero construirse una argumentación que permita sustentar la tesis de la participación imprudente en un delito doloso de un tercero, cuestión nada simple. En cualquier caso, si partimos de asumir que esto es así la responsabilidad penal se reduciría al mínimo por cuanto la inmensa mayoría de delitos económicos y de los cuales responde penalmente la empresa solo conoce la modalidad dolosa.

Descartada la opción de partícipe doloso cabe analizar la figura del cómplice omisivo imprudente (culposo) del delito activo del empleado de la empresa. Frente a esta situación me parece que no es posible imputar responsabilidad penal al OC por dos motivos principales: el primero, de orden teórico, radica en la dificultad de configurar una participación culposa o imprudente conforme al ordenamiento chileno y, en general, al de muchos otros países del entorno común.⁸³ Si la doctrina dominante en Chile rechaza la participación omisiva dolosa, más difícil parece aceptar la participación omisiva culposa por el principio de convergencia.⁸⁴ El segundo es de orden legal y dice relación con principio de legalidad, pues la inmensa mayoría de los delitos económicos por los cuales podría responder el OC no tienen establecida legalmente la modalidad imprudente.

3. Autoría mediata omisiva: ¿una posible solución?

Conforme lo que se acaba de señalar en los párrafos anteriores, existen argumentos importantes para rechazar la tesis que sostiene una responsabilidad penal del OC como

⁷⁹ JAKOBS (1997), p. 844.

⁸⁰ JESCHECK/WEIGEND (2003), p. 748.

⁸¹ CURY (2011), p. 639.

⁸² CURY (2011), p. 640.

⁸³ En Alemania la participación debe ser dolosa por expresa disposición de los artículos 26 y 27 del StGB

⁸⁴ CURY (2011), p. 640.

cómplice omisivo en la participación activa del hecho ajeno del empleado de la empresa.⁸⁵ De todas formas, esto no implica cerrar la puerta a la responsabilidad penal del OC, sino que solo anima a buscar alguna otra estructura de imputación que permita entender de forma más limpia la responsabilidad de esta figura.

Si desde de una perspectiva *top-down* no cabe responsabilidad del OC en relación con delito activo que comete un miembro de la empresa, debe explorarse también las posibilidades de intervención del OC *bottom-up*, es decir en relación con el empresario quien sí es garante de evitación. Si hemos concluido que el OC no tiene capacidad de acción para evitar determinados delitos, cabe analizar su posible responsabilidad en relación con la efectiva competencia y deber de información que efectivamente recae en él. Veamos los siguientes casos:

- a. El OC entrega a propósito información falsa al órgano directivo sobre el funcionamiento del *compliance* evitando así que el empresario tome las medidas para evitar un delito.
- b. El OC no revisa con la diligencia debida el canal de denuncias de tal forma que una denuncia no es recepcionada a tiempo y puesta en conocimiento del órgano directivo para anular el riesgo de delito.
- c. El OC tomando conocimiento de un riesgo inminente, no le advierte al órgano directivo sobre la necesidad de actualizar el programa de cumplimiento (pues se detectaría el actuar negligente del primero temiendo las consecuencias de destitución del cargo del propio OC). Producto de ello, el órgano directivo no actualiza las políticas de prevención lo que favorece la comisión de un delito por parte de un empleado de la empresa.
- d. El OC omite la implementación de un determinado procedimiento de control en una unidad específica (por ejemplo del departamento de pagos y remuneraciones) a la espera que realicen una serie de pagos pendientes que revisten características delictivas de cohecho. Ello implica finalmente no informar al órgano directivo de un posible riesgo.

Como se ha puesto de manifiesto, la responsabilidad del OC debe estar supeditada a las concretas funciones que este asuma y a los específicos deberes que surgen de su función, esto es, a aquellos ámbitos que asume y de los cuales si tiene capacidad de acción. Si el OC es el responsable a *grosso modo* de la elaboración, seguimiento y control del sistema de cumplimiento, teniendo claramente reconocido el deber de transmitir al órgano superior de la existencia de riesgos, es justamente sobre este marco sobre el cual puede estructurarse una responsabilidad penal. En otras palabras, su responsabilidad debe corresponder con al ámbito de libertad que efectivamente ejerce.

En el marco de estas reflexiones y a propósito de los casos esbozados en los párrafos anteriores, me parece que la calificación jurídica de intervención del OC es la de instrumentalización del empresario u órgano directivo. En efecto, se trata de una instrumentalización del verdadero garante de evitación (el órgano directivo) quien, a causa de la desinformación proporcionada por el OC, toma una decisión errónea o simplemente no lleva a cabo la acción necesaria para evitar el delito dentro de la empresa. En este escenario ¿puede un no garante de evitación (OC) instrumentalizar a un garante de evitación (órgano

⁸⁵ LIÑÁN LAFUENTE (2019), p. 150.

directivo)? La respuesta es afirmativa, se trata de un caso de autoría mediata por instrumentalización del garante⁸⁶. En concreto, en algunos casos se tratará de una autoría mediata activa (cuando se informa erróneamente) y en otros una autoría mediata omisiva (cuando no se informa). En ambas situaciones se pueden combinar dolo e imprudencia admitiendo, estimo, hasta el dolo eventual. Así, tendríamos casos de autoría mediata activa dolosa o imprudente y casos de autoría mediata omisiva dolosa o imprudente.

La instrumentalización de un garante es posible en diversos casos. Veamos algunos ejemplos:

- a. Un bañista A le dice al salvavidas B, que intenta cumplir su deber de garante, que la persona C que se ahogaba ya fue rescatada y resulta que en realidad sigue en el mar y posteriormente fallece. En casos como ese, el bañista A evita que el garante cumple con su deber producto de la desinformación que entrega dolosamente.
- b. El paciente X que observa al médico P correr para atender al paciente S ingresado de urgencia y que esperaba, le dice que S ya está siendo atendido por otro médico en otro pabellón (lo cual es falso) de tal forma que S muere.
- c. La autoría mediata imprudente también es perfectamente posible, así por ejemplo el transeúnte P se ofrece al conductor R ayudarle a estacionar el camión y le va dando indicaciones para ello de manera negligente que el conductor R termina arrollando a un menor que jugaba en la calle.

Así, volviendo a la responsabilidad del OC, si por un lado entrega a propósito información errada que contribuye a que el empresario tome una medida errónea o simplemente no toma la decisión de informar, habrá instrumentalización como en el caso A. Más complejo resulta calificar los casos B, C y D pues se trata de omisiones que afectan al conocimiento del empresario para la toma de decisiones. En tales casos estimo que la conducta del OC debe ser calificada como una autoría mediata por omisión.⁸⁷

Con todo, surge una pregunta relativa a cómo es posible que el OC no sea competente para evitar la comisión de delitos como garante pero sí lo sea para instrumentalizar al órgano directivo. Ante esto cabe señalar que la capacidad de acción en los delitos omisivos y la capacidad de instrumentalización (del órgano directivo en este caso) son dos cuestiones que dicen relación con aspectos distintos. La capacidad de acción es una cuestión propia de los requisitos de los delitos omisivos referencia a la situación fáctica en la que se encuentra el obligado para realizar la acción esperada y lo segundo es la capacidad para engañar a terceros que tiene el OC. En este último caso la competencia del OC no necesita nada más que ejercer su libertad de manera contraria a Derecho, pues basta con que simplemente no informe de manera fraudulenta al directorio sobre una determinada situación. Es una cuestión que está bajo su dominio y para lo cual tiene competencia, pues ese es un rol indiscutido. En cambio, me parece claro que el rol del OC no es el de impedir la firma de un contrato o de despedir a un gerente de finanzas por representar un riesgo penal para la empresa.

⁸⁶ Acaba de aparecer un trabajo que, para estos casos, llega a dicha conclusión. Véase al respecto TURIENZO FERNÁNDEZ, (2021), p. 266.

⁸⁷ La autoría mediata por omisión suele ser discutida en la doctrina. Un sector importante la rechaza, así por todos ROXIN (2014), p.813. Sin embargo, otro sector importante la acepta. Véase así (MIR PUIG (2016), p. 397; JESCHECK y WEIGAND (2012), p. 426.)

En relación con la propuesta de la autoría mediata omisiva, según la doctrina ampliamente ella concurre cuando se utiliza la acción y omisión de otro sujeto para lesionar (a través de la omisión del garante) el bien jurídico que se debía proteger,⁸⁸ es decir, se trata de la ejecución del hecho por parte de un tercero (no garante) que es instrumentalizado por el garante.⁸⁹ En tales casos, como señala Roxin, el garante no interviene contra la conducta activa de un instrumento.⁹⁰ En todos estos casos de utilización de un tercero por parte del garante cabe hablar simplemente de una autoría omisiva directa de este último por no evitar el resultado.⁹¹ Bajo dicha comprensión de la autoría mediata, los casos C y D —y cualquiera otro en que el instrumento sea el garante y no un tercero— no serían autoría mediata por omisión. Sin embargo, los supuestos planteados a propósito del OC no son de aquellos en que el garante utiliza a un tercero para este último ejecute una acción lesiva contra el bien jurídico mientras el garante omite, sino que son casos de instrumentalización (omisiva) del garante. En tales casos es un tercero (no garante de evitación) el que instrumentaliza a través del engaño al garante que cae en error para que no ejecute una acción que controle el riesgo. Tales supuestos de instrumentalización omisiva del garante casi no son tratados en la literatura científica.⁹² No obstante, una postura minoritaria entiende que es autor mediato también quien engaña a otro que quiere cumplir su deber de actuar.⁹³

Pues bien, si al OC se le delega la función específica para que el empresario pueda llevar a cabo las medidas de evitación del delito, la función del OC es esencial para la no realización del delito. En este sentido, si bien el OC no es garante de evitación, sí es garante de que un tercero (empresario o directorio) tenga toda la información necesaria para poder llevar a cabo las acciones necesarias de evitación. Si bien en aquellos casos en que el OC no posea una competencia ejecutiva para evitar la comisión del delito, sí puede afirmarse como sostiene Turienzo Fernández que éste “hace suyo expresa e inequívocamente el compromiso material de obtener la información sobre cumplimiento normativo, analizarla e iniciar, en su caso las investigaciones internas subsiguientes para, en último término comunicar al órgano de administración aquellos hechos cuya relevancia criminal cuenten con un mínimo grado de verosimilitud [...]”.⁹⁴

La única opción de evitar inaceptables lagunas de punibilidad es comprender como autor mediato al OC que, mediante engaño activo u omisivo, instrumentaliza al empresario para que este último no cumple con su deber de evitación de delitos en el marco de la empresa. Así las cosas, la estructura de la autoría mediata por omisión debe ser comprendida en el sentido de la instrumentalización también del garante de evitación. La autoría mediata no será un problema para el ordenamiento jurídico chileno (en general para ninguno de los países del entorno común), pues está recogida en el art. 15 numeral 2 del CP. En esta norma del CP chileno se sanciona como autores a los que *fuercen* a otros a cometer el delito. Si bien la

⁸⁸ HERNÁNDEZ (1996), p. 348.

⁸⁹ ROXIN (2014), p. 813.

⁹⁰ ROXIN (2014), p. 813.

⁹¹ ROXIN (2014) p. 813.

⁹² Hasta donde alcanzo a ver, la doctrina parte del supuesto del tercero ejecutor activo que es engañado por el garante.

⁹³ JESCHECK y WEIGAND (2003) p. 689.

⁹⁴ TURIENZO FERNÁNDEZ (2021), p. 322.

expresión “fuercen” ha sido criticada como forma de autoría mediata, hay acuerdo de la doctrina⁹⁵ y jurisprudencia⁹⁶ sobre el sentido de la forma de autoría allí establecida.

Con base en la comprensión de la autoría mediata amplia el OC sería autor mediato omisivo doloso en los casos C y D. En tales situaciones el órgano directivo gerente que ha sido instrumentalizado no responderá por estar en error de tipo o de prohibición.⁹⁷ Cuando se trata de un riesgo de aquellos que el empresario tiene un deber especial de evitación (riesgos que derivan el ámbito de actuación de la empresa) y la información que transmite el OC resulta clave para el control de ese riesgo, se debe llegar a la conclusión de que el OC ha contribuido a su realización.⁹⁸ En la propuesta que aquí se sostiene el OC ha de ser responsable penalmente el bajo el título de autor mediato activo u omisivo.

Con todo, puede que la misma persona jurídica haya omitido o actuado en error de tipo o de prohibición por lo cual no se le podrá atribuir la responsabilidad penal en los hechos. Respeto a la situación del empresario que es instrumentalizado habrá que determinar en concreto los supuestos, pues es posible que también haya actuado u omitido en error de tipo producto del estado de desinformación en el que se encontraba a causa del comportamiento del OC. En tales supuestos de instrumentalización de la empresa, deberá analizarse la situación específica para determinar si se trata de un error de tipo vencible o invencible. La relevancia de esto último proviene del hecho que siendo excepcionalísimo el castigo de delitos económicos de la empresa en modalidad imprudente, declarado el error de tipo vencible serán muy escasos los supuestos en los cuales se pueda sancionar al empresario.

En relación con el caso B referido a la no revisión del canal de denuncia, la imprudencia es justamente no revisar el canal de denuncias. En tal caso el OC puede responder como autor mediato omisivo imprudente por no entregar a tiempo la información necesaria para la evitación del delito por parte del empresario. Sea como fuere, como se señaló en el párrafo anterior, la posibilidad de sanción será escasa debido a los pocos delitos que contemplan la modalidad culposa o imprudente tanto en Chile como en otros países del entorno común.

Estimo que bajo esta propuesta se pone un límite a la libertad de organización del OC al interior de la empresa que sirve de prevención general para quienes se desempeñen en dichas funciones. Por su parte el empresario podrá confiar en el desempeño del OC al saber que existe una contrapartida normativa de responsabilidad a la libertad de organización del OC y permitirá a la empresa actuar conforme al principio de confianza en un ámbito especialmente delicado para ellas.

Conclusiones

La función del OC consiste en términos amplios en la gestión de riesgos a través de la supervisión del programa de cumplimiento. El deber de información está implícito en esta función, pues solo así es posible entender que la empresa pueda cumplir con su rol de garante

⁹⁵ CURY (1985), p. 51

⁹⁶ Corte Suprema Rol N° 39732/2017, de 14 de mayo de 2018; Corte Suprema, Rol N° 3008/2010, de 6 de julio de 2012.

⁹⁷ En el mismo sentido BERMEJO y PALERMO (2013), p. 200

⁹⁸ MONTANER FERNÁNDEZ (2018), p. 83.

originario. La figura del OC no posee una función que involucre la realización de acciones de evitación de delitos, pues no es garante de evitación dada la falta de competencia o dominio ejecutivo para interrumpir el curso lesivo que surge desde la empresa hacia el exterior.

Es cierto que la delegación de competencias puede extinguir o modificar una posición de garantía. Sin embargo, en otros implica que simplemente se delegan funciones que le permitan al garante originario cumplir con la posición de garantía que posee sin que se extinga o modifica su posición jurídica. Esto es lo que sucede en mi opinión en la delegación de la empresa al OC para la gestión de los programas de cumplimiento normativo. Así entendido, la delegación de una función como la de gestionar riesgos implica una *forma* distinta de cumplir con el deber originario que recaen únicamente en la empresa. Como se ha señalado, el delegante este mantiene el deber de controlar el cumplimiento, pero ahora por parte de otro.

El OC asume únicamente un compromiso de control y vigilancia de la correcta aplicación y adecuación del programa de cumplimiento. Sumado, por cierto, al compromiso de informar al órgano directivo de estado, funcionamiento y potenciales riesgos para la empresa que existan en la empresa. Así, su posición jurídica en la empresa no contiene el deber de realizar acciones directas y ejecutivas de evitación de la comisión de un delito. Para cumplir con su rol, debe cumplir con el deber especial que solo alcanza las acciones de detectar e informar de los riesgos existentes a quien, por el contrario, y a diferencia de él, sí tiene un dominio fáctico para impedir la ejecución final de concreción de riesgos penales. Si por ejemplo se plantea un caso en el cual se detecta que el departamento comercial de una empresa está a punto de cerrar un contrato con un organismo público bajo soborno el único sujeto competente y con el poder de suspender las negociaciones o cambiar e incluso despedir el gerente comercial que dirigía la operación, es únicamente el máximo responsable de la empresa o directamente su titular, no el oficial de cumplimiento.

De acuerdo con lo hasta aquí señalado, se debe aclarar un tema que surge como consecuencia de la propuesta anterior: en aquellas empresas de pequeña estructura donde no sea posible distinguir una organización clara de las distintas funciones de gestión ordinaria de la empresa y las propias del OC entonces será posible admitir la responsabilidad penal por omisión del propio sujeto que reunía todas las funciones. Precisamente, cabe llegar a esta conclusión por cuanto en tales casos recaen en una misma persona las funciones ejecutivas como las funciones de prevención de riesgos e información que normalmente realiza el OC de manera separada del órgano directivo en una gran o mediana empresa.

Con todo, de acuerdo con lo señalado en las páginas anteriores, tomando en consideración la función y el marco jurídico de relación de la empresa con el OC, este último es susceptible de ser responsable penalmente. Dicha situación vendrá dada por la imputación en virtud de la autoría mediata activa u omisiva. Se trata, como se ha visto, de los casos de instrumentalización del garante por parte del OC a través del cumplimiento defectuoso de su la función de información sobre la existencia de determinados riesgos para la empresa.

Bibliografía citada

- ARTAZA VARELA, Osvaldo (2014): “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”, en: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dir.), Responsabilidad de la empresa y compliance (Montevideo-Buenos Aires, B de F).
- BAER, Miriam (2009): “Governing Corporate Compliance”, en: Boston College Law Review (Vol. 50, N° 5).
- BERMEJO, Mateo; PALERMO, Omar (2013): “La intervención delictiva del compliance officer”, en: KUHLEN, Lothar; MONTIEL Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Dir.), Compliance y teoría del delito (Madrid, Marcial Pons).
- BLANC LÓPEZ, Clara (2017): La responsabilidad penal del Compliance officer (Memoria para optar al grado de doctor, Universitat de Lleida, España).
- BOLEA BARDON, Carolina (2016): “Delegación de funciones. Deberes de control y vigilancia”, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dir.), Manual de derecho penal, económico y de la empresa. Parte general y especial (Valencia, Tirant lo Blanch), t. II.
- CURY URZUA, Enrique (2011): Derecho penal. Parte general, 10ª ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CURY URZÚA, Enrique (1985): “El concepto de autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 12, N° 1), pp. 35-53.
- DEMETRIO, Eduardo (2009): Responsabilidad penal por omisión del empresario (Costa Rica, Jurídica Continental).
- DEMOTT, Debora A. (2013): “The crucial but (potentially) precarious position of the chief compliance officer”, en: Brooklyn Journal of Corporate Financial & Commercial Law. 56 (Vol. 8, N° 1), pp. 56-79
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2014): “Posición de garante del compliance officer por una infracción del “deber de control: Una aproximación tópica”, en: HORTAL, Juan Carlos; VALIENTE, Vicente (Coord.), Responsabilidad de la empresa y compliance (Buenos Aires, B de F), pp. 337-363.
- FEIJOO, Bernardo (2012) “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en: BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos (Dir.), Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Madrid, Civitas Thomson Reuters).
- GALAN MUÑOZ, Alfonso (2017): Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la lo 1/2015 (Valencia, Tirant lo Blanch).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2013): “La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica”, en: SILVA SÁNCHEZ Jesús (Dir.); MIRÓ LLINARES Fernando (Coord.), La teoría del delito en la práctica penal económica (Madrid, Editorial La Ley).
- GRUNER, Richard (1995): “Officer and director Liability for Inadequate Legal Compliance Systems”, en: Preventive Law Reporter (Vol. 14, N° 2), p. 6-45.
- HAUGH, Todd (2017): “The Criminalization of Compliance”, en: Notre Dame Law Review (Vol. 92, N° 3), pp. 1218 -1245.

- HEINE, Günther (2006): “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en: GÓMEZ-JARA DÍEZ Carlos (Ed.), Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial (Navarra, Thomson Aranzadi).
- HERNÁNDEZ, José (1996): La autoría mediata en derecho penal (España, Comares).
- JAGLOM, Andre (1985): How to Develop. A Corporate Antitrust Compliance Program, en: Preventive Law Reporter (Vol. 4, N° 3), pp. 59-74.
- JAKOBS, Günther (1997): Derecho Penal Parte General, 2ª ed. (España, Marcial Pons).
- JESCHECK, Hans/WEIGEND, Thomas (2002): Tratado de Derecho penal (España, Comares).
- KABAOGLU, Kübra (2017): Die Garantstellung des Compliance-Officers vor dem Hintergrund der BGH Entscheidung 5 StR 394/08 und die Anforderungen an eine Compliance-Organisation (Alemania, Grin Verlag).
- KONU, Metin (2014): Die Garantstellung des Compliance-Officers (Berlin, Editorial Duncker & Humblot).
- KOWAL, Stevan (1998) “Corporate Compliance Program: A Shield Against Criminal Liability”, en: Food and Drug Law Journal (Vol. 53, N° 3), pp. 517-525
- KRENITSKY, John (2017): “Defining the chief compliance officer role”, en: American University Business Law Review (Vol. 6, N° 2), pp. 303-324.
- LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio (2014): “Salvar al oficial Ryan”, en MIR, Puig, CORCOY, Mirentxu; GÓMEZ, Víctor (Dir.), Responsabilidad de la Empresa y Compliance (Argentina, B de F), p. 302 -331.
- LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio (2018): “La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa”, en: DE LA MATA BARRANCO, Norberto; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTÍN Adán, Derecho penal económico y de la empresa (Madrid, Dykinson).
- LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo (2019): La responsabilidad penal del compliance officers (Navarra, Aranzadi).
- MARTIN, Susan (2015): “Compliance officers: More Jobs, More Responsibility, More Liability”, en Notre Dame Journal of Law, Ethic & Public Policy (Vol 29, núm. 1), pp. 169-198.
- MIR PUIG, Santiago (2016) Derecho Penal Parte General 10ª ed. (Barcelona, Editorial Reppertor).
- MONTANER, Raquel (2015): “El "criminal compliance" desde la perspectiva de la delegación de funciones”, en: Estudios Penales y Criminológicos (Vol. 23), pp. 733-782.
- MONTANER, Raquel (2018): “El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones”, en: RAGUES, Ramon; ROBLES, Ricardo (Dir.), Delito y empresa (Barcelona, Atelier), pp. 59-87
- MONTANER, Raquel (2020): “Compliance”, en SILVA SANCHEZ, Jesús (Dir.), Lecciones de Derecho Penal Económico y de la empresa (España, Atelier).
- MONTIEL, Juan Pablo (2014): “Cuestiones teóricas fundamentales del criminal compliance”, Revista En Letra (Año IV, N° 7), pp. 21-47.
- MONTIEL, Juan Pablo (2015): “Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del Compliance Officer en el Derecho Argentino”, en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (N°17), pp. 1-14.

- NAVAS MONDACA, Iván (2018): Deberes negativos y positivos en derecho penal (Santiago, Tirant lo Blanch).
- NAVAS MONDACA, Iván; JAAR LABARCA, Antonia (2018): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena” en: *Política Criminal* (Vol 13, N° 26), pp. 1027-1054.
- NAVAS MONDACA, Iván (2013): “Los códigos de conducta en el derecho penal económico” en: SILVA SANCHEZ, Jesús (Dir.), *Criminalidad de Empresa y Compliance* (Barcelona, Atelier), pp. 111-129
- NAVAS MONDACA, Iván; BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2019): *El Criminal Compliance en el Derecho Comparado* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- PACELLA, Jennifer (2019): “Compliance officers: personal liability, protections, and posture”, en: *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* (Vol. 14, N° 1), pp. 23-28.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2006): “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, en: *Líber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González Cuéllar García* (Madrid: Colex), pp. 411-430.
- PUYOL MONTERO, Javier (2015): “La figura del Compliance Officer: características y responsabilidades”, en: ALBERTO SÁIZ (Coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa* (Navarra, Thomson Reuters).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2013): “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Dir.), *Compliance y teoría del Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons), p. 89-117.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro (2021): *La responsabilidad penal del compliance officer* (Madrid, Marcial Pons).
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2013): “El responsable de cumplimiento («Compliance officer») ante el derecho penal”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús (Dir.), *Criminalidad de empresa y compliance* (Barcelona, Atelier), p. 319-330.
- ROXIN, Claus (2014): *Derecho Penal Parte General* (España, Civitas), t. II.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1988): “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Tomo 41), p. 529-558
- VAN WEEZEL, Alex (2010), “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: *Política Criminal* (Vol. 5, N° 9), p. 114-142.
- ZIMMERMANN, Susanne (2014): *Strafbarkeitisiken durch compliance* (Alemania, Editorial Duncker & Humblot GmbH).

Jurisprudencia citada

Tercer Tribunal Oral en lo Penal, Ruc 1410025253-9, 16 de abril 2021.
BGH 5 StR 394/ 08.