



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

Antinomia: Derecho a la Libertad Empresarial vs. Compliance como atenuante de la
responsabilidad penal corporativa

AUTORES

Bajaña Toledo Allison Romina

Pazmiño Macías Fabricia Georgina

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de

ABOGADO

TUTOR:

Dr. Aguirre Valdez Javier Eduardo. Mag.

Guayaquil, Ecuador

28 agosto del 2025



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES
Y POLITICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **BAJAÑA TOLEDO ALLISON ROMINA y PAZMIÑO MACÍAS FABRICIA GEORGINA**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado**.

TUTOR

f. _____
Dr. Javier Aguirre Valdez. Mag.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Dra. Nuria Perez Puig-Mir, PhD.

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2025



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotros, **BAJAÑA TOLEDO ALLISON ROMINA** y **PAZMIÑO MACÍAS FABRICIA
GEORGINA**

DECLARAMOS QUE:

El Trabajo de Titulación, **Antinomia: Derecho a la Libertad Empresarial vs. Compliance como atenuante de la responsabilidad penal corporativa** previo a la obtención del título de **Abogado** ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de nuestra total autoría.

En virtud de esta declaración, nos responsabilizamos del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2025

AUTORES

f. _____

BAJAÑA TOLEDO ALLISON ROMINA

f. _____

PAZMIÑO MACÍAS FABRICIA GEORGINA



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Nosotros, **BAJAÑA TOLEDO ALLISON ROMINA** y **PAZMIÑO MACÍAS FABRICIA
GEORGINA**

Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Antinomia: Derecho a la Libertad Empresarial vs. Compliance como atenuante de la responsabilidad penal corporativa** cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2025

AUTORES

f. _____

BAJAÑA TOLEDO ALLISON ROMINA

f. _____

PAZMIÑO MACÍAS FABRICIA GEORGINA



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS

CARRERA DE DERECHO

REPORTE COMPILATIO

**CERTIFICADO DE ANÁLISIS**
magister

111 BAJAÑA PAZMIÑO TESIS COMPLETA

3%
TEXTOS
sospechosos



17% Similitudes (ignorado)
10% similitudes entre comillas
0% entre las fuentes mencionadas

3% Idiomas no reconocidos

19% Textos potencialmente generados por la IA (ignorado)

Nombre del documento: 111 BAJAÑA PAZMIÑO TESIS COMPLETA.docx
ID del documento: 211456f12949594e1298ca87483858d3f41f37f8
Tamaño del documento original: 305,89 kB

Depositante: Javier Eduardo Aguirre Valdez
Fecha de depósito: 20/8/2025
Tipo de carga: interface
fecha de fin de análisis: 20/8/2025

Número de palabras: 9653
Número de caracteres: 64.360

TUTOR

f. _____

Dr. Javier Aguirre Valdez. Mag.

AUTORES

f. _____

BAJAÑA TOLEDO ALLISON ROMINA

f. _____

PAZMIÑO MACÍAS FABRICIA GEORGINA

AGRADECIMIENTO Y DEDICATORIA

Primero, quiero agradecer a Dios, porque mi fe me permitió seguir este camino hasta el final y
me dio calma en momentos de tempestad.

Este trabajo está dedicado a mis padres, Julia y Alberto, quienes siempre me brindaron su apoyo incondicional; sin importar las circunstancias, estuvieron ahí para mí y nunca dudaron de que
alcanzaría la meta que me propuse desde la adolescencia.

A mis hermanos, Byron y Evelyn, porque, sin saberlo, fueron guías cuando me sentía perdida.

Y, por último, a mí misma, porque en más de una ocasión quise renunciar; sin embargo, logré
culminar esta carrera.

Allison Romina Bajaña Toledo

AGRADECIMIENTO

A mi mami, que desde que tengo memoria me ha apoyado en cada ocurrencia que tengo y me enseñó que con orden y perseverancia hacemos que las cosas pasen.

A mi papi, por su acompañamiento y soporte en los días que no entiendo cómo funciona el mundo.

A mi ñaño, quien con todo su amor se quedaba despierto a explicarme todas las ramas del Derecho.

A Almendro, que me acompañó en mis desveladas y aprendió tanto como yo durante la carrera.

Fabricia Georgina Pazmiño Macías

DEDICATORIA

A la Dra. Fabricia Macías Cedeño M.Sc, mi mami, la mujer más estudiosa y comprensiva que conozco. Al Dr. César Pazmiño Castillo M.Sc, mi papi, por creer en mis capacidades y sueños.

Al Ab. César Pazmiño Macías, Césitar, por tomarme de la mano paso a paso en el camino de la vida.

A mi abuelita, Flor, quien desde el cielo me está viendo alcanzar este logro y ahora nos une nuestra pasión por la profesión.

A mi abuelita, Laura, sus consejos y anécdotas las llevo en el corazón.

Fabricia Georgina Pazmiño Macías



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS

DECANO DE CARRERA

f. _____

Ab. MARITZA GINETTE REYNOSO GAUTE, Mgs.

COORDINADOR DEL ÁREA

f. _____

(NOMBRES Y APELLIDOS)

OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: **Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas**
Carrera: **Derecho**
Periodo: **Semestre A 2025**
Fecha: **Agosto 28, 2025**

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado ***ANTINOMIA: DERECHO A LA LIBERTAD EMPRESARIAL VS. COMPLIANCE COMO ATENUANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA*** elaborado por los estudiantes **ALLISON ROMINA BAJAÑA TOLEDO Y FABRICIA GEORGINA PAZMIÑO MACÍAS**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dichos estudiantes han obtenido la calificación de **10 DIEZ**, lo cual los califica como ***APTAS PARA LA SUSTENTACIÓN***

Dr. Javier Aguirre Valdez. Mag.

INDICE

RESUMEN.....	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I.....	4
1. Antecedentes Históricos	4
2. Enfoque principal	5
1. Pregunta de investigación	10
2. Derecho de Libertad de Empresa	10
2.1. Normativa Comparada	10
2.2. Libertad de Empresa en el Ecuador	11
2.2.1. Artículo 66 de la Constitución 2008	11
a. Principio de solidaridad.....	12
b. Principio de Responsabilidad Social.....	12
c. Responsabilidad Ambiental	13
3. El artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal como objeto de estudio.....	13
3.1. Ambigüedad normativa.	15
3.2. Comparación con el numeral 7 letra d del artículo 45 del COIP	16
4. Análisis Jurídico de la Antinomia	17
5. Observación del conflicto normativo desde una perspectiva atenuante y agravante	18
6. Caso de Laboratorio Compañía VIVALICASA S.A.....	19
7. Examen del problema jurídico desde una óptica casuística, particular e internacional.....	20
7.1. SENTENCIA N° 167/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Chile	20
CONCLUSIONES.....	22
RECOMENDACIONES	23

RESUMEN

El desarrollo de esta investigación se ha enfocado en el análisis y estudio de la antinomia que se presenta entre el principio de segunda generación de libertad de empresa consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal esto con consecuencias prácticas en el desarrollo del Derecho. El problema jurídico surge a raíz de los once requisitos para que un programa de cumplimiento, *compliance*, se considere como atenuante en la valoración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, aquello que puede ser un mecanismo preventivo y positivo para la empresa, se transforma en una carga negativa que limita de manera radical la autonomía de la persona jurídica. Para este proyecto se ha aplicado un análisis de normativa comparada, la dogmática jurídica, con apoyo de la sociología del Derecho, que trae como efecto la incertidumbre en la interpretación de estas normas arriesgando no solo un atropello de un principio constitucional sino en el riesgo real que presenta la antinomia dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras Clave: Derecho a la Libertad De Empresa, Compliance, Responsabilidad Penal, Proporcionalidad, Antinomia, Seguridad Jurídica.

ABSTRACT

This project has focused on researching, analyzing and studying the antinomy between the second generation of rights, freedom of enterprise, enshrined in our Nation's Constitution of the Republic of Ecuador and Article 49 of our criminal code, Código Orgánico Integral Penal, this brings practical consequences on the development of Law. The legal problem emerges because of the eleven requirements for the compliance to be considered mitigating factor in the evaluation over the criminal liability of enterprises.

The program could be a preventive and positive mechanism that prevents companies from becoming a negative burden that radically limits the autonomy of the enterprise. For this project, a comparative regulatory analysis has been applied, using several legal doctrine and legal sociology as a support. This leads to uncertainty of the interpretation of these regulations, which risking not just a violation of a constitutional principle but also the practical risks presented by the antinomy within our Ecuadorian legal system.

Keywords: Freedom of Enterprise, Compliance, Criminal Liability, Proportionality, Antinomy, Legal Certainty.

INTRODUCCIÓN

La evolución del comercio, desde el trueque hasta las complejas transacciones contemporáneas, ha requerido la intervención del Estado para regularizar y ordenar las relaciones mercantiles. En este contexto, la libertad de empresa ha emergido como un derecho fundamental, reconocido en diversas normativas a nivel global y anclado en teorías económicas históricas como el *laissez faire* y la mano invisible de Adam Smith.

En Ecuador, este principio se consagra en la Constitución de 2008, que, si bien garantiza el derecho a desarrollar actividades económicas, lo sujeta a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. Esta visión equilibra el desarrollo económico con el bienestar colectivo, estableciendo un marco normativo para las relaciones comerciales.

El concepto de responsabilidad penal, tradicionalmente enfocado en el individuo, ha evolucionado para incluir a las personas jurídicas, especialmente en delitos de empresa. Sin embargo, en Ecuador, el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal (de ahora en adelante COIP) presenta una ambigüedad normativa significativa. Este artículo, al establecer requisitos obligatorios para que los programas de *compliance* sean considerados como atenuantes de la responsabilidad penal, crea un conflicto jurídico.

Aunque la ley busca promover la prevención de delitos, la manera en que está redactada crea un problema. Al exigir requisitos obligatorios, la norma parece dar por sentada la culpa de una empresa si no los cumple al pie de la letra, sin importar si el programa realmente funciona. Esta situación genera un peligro de antinomia entre el COIP y un derecho constitucional, lo que pone en riesgo la seguridad jurídica y el principio de culpabilidad.

Este estudio es crucial porque aborda un conflicto normativo que afecta directamente la seguridad jurídica y el ejercicio de la actividad empresarial en el Ecuador.

Esta situación afecta directamente la forma en que operan las empresas en Ecuador. La oscuridad de la norma genera incertidumbre, lo que puede llevar a los jueces a tomar decisiones arbitrarias y a imponer sanciones desproporcionadas.

La falta de claridad en el artículo 49 genera una contradicción con la Constitución, haciendo que los programas de *compliance* se sientan como una obligación en lugar de una herramienta voluntaria para mitigar riesgos. Para entender y proponer una solución a este problema, usaremos

una metodología cualitativa, centrada en un análisis comparado de la legislación de Ecuador, Alemania, Estados Unidos y España.

Nuestro objetivo es fortalecer el sistema legal, asegurando que el derecho a la libertad de empresa sea respetado y que el valor de un programa de compliance se mida por su efectividad real, y no como una carga impuesta por la ley.

Además, incluiremos un estudio de caso clave: la Sentencia N° 167/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. A través de este análisis profundo, buscaremos proponer una reforma parcial específica al artículo 49 del COIP, para armonizar la normativa penal con el principio constitucional de libertad de empresa.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes Históricos

Desde el origen del ser humano se han realizado actos de comercio, uno de los primeros sistemas de comercio fue el trueque, que no es otra cosa que el intercambio de bienes, antecedente primigenio de la compraventa mercantil, todo esto sin necesidad de tener un ente regulatorio sobre la venta hecha, sin embargo, con el pasar del tiempo y la evolución, esto significa un incremento y expansión material, mercantil y demográfica de estos actos de comercio, dejando al Estado el deber de regular, limitado siempre por el derecho a la libertad de empresa .

A su vez, en Ecuador, todo ciudadano tiene libertad para el desarrollo económico y productivo, es decir es un derecho fundamental, siendo la libertad de empresa, un avance de derechos económicos, sociales y culturales presentes en el ser humano, garantizando así un tipo de marco normativo para las relaciones comerciales de las personas.

En la época del creciente capitalismo industrial en el siglo XVIII en Europa, el fisiócrata francés Vincent de Gournay que introdujo la frase *laissez faire*, en español, dejad hacer, teoría económica que buscaba la separación y nula intervención del Estado en el desarrollo de la empresa, siendo así que mientras menos intervención gubernamental hubiera en la economía, está sería mejor para las compañías y en consecuencia para la sociedad.

Posteriormente, en el año 1776 se publicó La Riqueza de las Naciones por el economista y filósofo escocés Adam Smith, cuyo libro marcó un hito en la historia de la teoría económica, que sostenía una corriente económica significativa introduciendo el *free trade* y la mano invisible, basándose en las herramientas, elementos, el proceso y medios de producción así como su distribución debía ser de carácter privado, sin restricciones ni normas expresas que regulen el mercado, dejando a potestad de la sociedad, sobre todo de los comerciales, su autorregulación, Smith creía que de esta forma la sociedad funciona de una manera orgánica.

La libertad de empresa en Ecuador se estructura en el marco constitucional desde etapas tempranas del siglo XX, donde la Carta de 1929 comenzó a reconocer formalmente la propiedad privada y las iniciativas comerciales dentro de un sistema mixto de regulación estatal (Figueroa Ramón, 2021). En esa época, aunque se respetaban los derechos de inversión y comercio, el Estado conservaba competencias para intervenir en casos de desbalance o abuso, sentando las bases de lo que posteriormente se consolidaba como un sistema económico híbrido con equilibrio entre mercado y control público (Figueroa Ramón, 2021).

Desde una perspectiva doctrinal, la libertad de empresa ha sido comprendida como un derecho de iniciativa individual que incluye las facultades de producir, distribuir y contratar, con un Estado presente únicamente para corregir fallos del mercado. En el Ecuador, esta prerrogativa abarca tanto la libertad de creación y organización empresarial como el derecho a cesar actividades, siempre dentro de un marco legal y con regulaciones orientadas a garantizar la equidad, competencia y bien común.

La Constitución de 2008 incluyó en su artículo 66 numeral 15 el derecho a realizar actividades económicas ya sea individual o colectivamente, reconociendo la iniciativa privada dentro de valores complementarios como responsabilidad social y ambiental. Sin embargo, los autores afirman que esta redacción es más genérica que la de la Carta de los noventa, y aunque establece una base formal para el ejercicio empresarial, la sujeta explícitamente a principios colectivos y de planificación. En consecuencia, el resultado es un modelo económico mixto donde se promueve la empresa privada, pero con un énfasis claro en su regulación y armonización con el bienestar público.

En definitiva, la responsabilidad jurídica en Ecuador se configura como un pilar ineludible del ordenamiento, reflejando una evolución constante desde las interacciones comerciales primigenias hasta el complejo entramado normativo actual. Lejos de la visión puramente individualista del pasado, el sistema ecuatoriano ha abrazado un modelo que equilibra la libertad de acción con la rendición de cuentas, tanto para personas naturales como jurídicas.

Este enfoque integral, arraigado en principios constitucionales y desarrollos legislativos recientes, subraya que el ejercicio de cualquier derecho o actividad lleva consigo el deber intrínseco de responder por sus consecuencias, fomentando así un comportamiento diligente y ético que es vital para la estabilidad y el desarrollo equitativo de la sociedad.

2. Enfoque principal

La conceptualización de un sistema jurídico como un orden escalonado de normas, cuya validez se deriva unas de otras hasta alcanzar una norma fundamental o *Grundnorm*, constituye la piedra angular de la Teoría Pura del Derecho propuesta por Hans Kelsen (1960). Esta pirámide normativa establece una jerarquía, donde cada precepto legal inferior encuentra su fundamento de validez en otro superior, culminando en la Constitución o en un principio hipotético que garantiza la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico en su totalidad.

Para Javier Saldaña Serrano (2021), la coherencia del sistema jurídico es fundamental, y las antinomias son un desafío a esa coherencia. En su obra, distingue entre antinomias solubles (que pueden resolverse con los criterios tradicionales de jerarquía, cronología o especialidad) y antinomias insolubles, que demandan una interpretación más compleja y una ponderación de principios por parte del juez. Su trabajo resalta la importancia de la argumentación jurídica para mantener la integridad del ordenamiento jurídico.

Según Luis Prieto Sanchís (2005) las antinomias se pueden clasificar como aparentes y reales, siendo las aparentes en la producción del Derecho y las reales en la aplicación de este, la primera encierra un problema de validez de las normas y la segunda un problema de aplicación. Una de las formas de resolver la antinomia es el criterio jerárquico, que se encuentra tanto en la Constitución Española (1978) como en la Constitución de la República del Ecuador (2008), son los siguientes:

“Artículo 9 (...)

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”
(Constitución Española, CE, 1978, artículo 9)

“Artículo 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.” (Constitución de la República del Ecuador, CRE, 2008, artículo 425)

Ambas normas establecen conceptos parecidos que reconocen la jerarquía de las normas, colocando a la Ley Suprema en la cúspide de la pirámide reconociendo su importancia y prevalencia en el Estado.

Alexy sostiene que los derechos fundamentales, al ser principios, a menudo entran en conflicto entre sí o con otros bienes jurídicos. Por ello, su aplicación requiere un proceso de ponderación judicial, donde los jueces evalúan y sopesan los principios en juego para determinar cuál prevalece en un caso concreto. Este proceso eleva a los tribunales a una posición central en la protección de los derechos, y la teoría de la ponderación de Alexy es la base de muchas de las decisiones emitidas por los tribunales constitucionales modernos (Alexy, 2020).

Esta articulación jerárquica no sólo asegura la coherencia interna del sistema, sino que también funge como un mecanismo de control de la legalidad, permitiendo identificar y, en su caso, declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad de normas que no se ajusten a la estructura piramidal.

La responsabilidad penal es un pilar fundamental del derecho punitivo, que estipula las condiciones bajo las cuales un individuo puede ser considerado culpable de un acto delictivo y, por ende, está sujeto a una sanción por parte del Estado. Su configuración doctrinal se asienta en el principio de culpabilidad, que exige la concurrencia de un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

La atribución de responsabilidad penal persigue múltiples finalidades, que van desde la retribución por el daño causado a la sociedad, pasando por la prevención general, disuadir a otros de cometer delitos, y la prevención especial, evitar la reincidencia del condenado, hasta la resocialización del infractor. El derecho penal exige un estricto respeto a las garantías individuales, como el estado de inocencia, el derecho a la defensa y el principio de legalidad, asegurando que solo se impongan penas tras un proceso justo y equitativo que pruebe la culpabilidad más allá de toda duda razonable.

Sin embargo, el concepto tradicional de responsabilidad penal, históricamente anclado en la acción individual, enfrenta desafíos significativos en el escenario contemporáneo, especialmente con la emergencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los delitos de empresa. La complejidad de las estructuras organizacionales y la dificultad de identificar una voluntad individual directa en ilícitos corporativos han obligado a expandir las categorías de imputación, adaptando los principios de culpabilidad a la realidad colectiva y sistémica, lo que ha generado

intensos debates doctrinales y legislativos sobre su adecuada configuración. Ruiz y Torres (2019) y Lafuente y Ruiz (2021) han analizado la llegada del *compliance* a Ecuador.

El *compliance*, entendido como una institución jurídica de considerable complejidad y marcada polisemia, tiene sus raíces en el ámbito jurídico estadounidense. Demetrio Crespo (2021) ha actualizado su visión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el papel del *compliance*. Para él, los programas de *compliance* son una manifestación de la autorregulación que se encuentra vigilada.

Argumenta que un sistema de gestión del riesgo penal bien implementado puede ser un atenuante o incluso una eximente de responsabilidad para la empresa, demostrando que esta ha actuado con la debida diligencia para intentar prevenir delitos. Su trabajo enfatiza la necesidad de que los programas sean efectivos y no meramente formales.

El respeto por el marco jurídico constituye, en esencia, un imperativo inherente y preexistente para todo sujeto de derecho; en este sentido, no representa una innovación sustancial. Por consiguiente, equiparar el *compliance* con una obligación básica de obedecer la ley lo privaría de su carácter distintivo y lo tornaría en una figura anodina. La verdadera singularidad y el valor añadido del *compliance* residen, precisamente, en la capacidad de conceptualizar y abordar el cumplimiento de la ley no como un mero acto, sino como una problemática compleja que requiere un enfoque estratégico y sistemático.

Desde una perspectiva de derecho penal, los programas de *compliance* representan un cambio de paradigma. Se desplaza el foco de una reacción *ex post* al delito hacia una prevención *ex ante*, promoviendo la autorregulación vigilada como mecanismo para mitigar el riesgo penal corporativo. Aunque su eficacia y los límites de su función *exculpatoria* aún generan debate, es indudable que el *compliance* se ha consolidado como un elemento esencial en la gestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, obligando a las empresas a internalizar los costos de la prevención del delito.

La ambigüedad normativa puede considerarse una cualidad intrínseca del lenguaje legal que permite que una disposición jurídica admite múltiples interpretaciones razonables y concurrentes, haciendo incierta su aplicación a un caso concreto. A diferencia de la vaguedad, que se manifiesta en la imprecisión de los límites de un concepto, la ambigüedad surge cuando una palabra o frase tiene más de un significado distinguible, o cuando la estructura sintáctica de una

oración permite diferentes lecturas, lo que genera una pluralidad de sentidos posibles para la misma norma y, por ende, un desafío para la certeza jurídica.

Las fuentes de esta ambigüedad son diversas y pueden originarse tanto en la fase de redacción legislativa como en la propia naturaleza del lenguaje natural. Los legisladores, en ocasiones, emplean términos polivalentes o construcciones sintácticas complejas; en otras, la dinámica social y tecnológica evoluciona a un ritmo tal que el significado original de una norma se torna obsoleto o insuficiente para cubrir nuevas realidades. Carbonell, Ihnen y Quintero (2022) han profundizado en la interpretación, argumentación y razonamiento judicial, elementos clave en la labor del juez al momento de resolver conflictos normativos.

Esta característica del discurso jurídico plantea un desafío significativo para la certeza del Derecho, ya que puede conducir a decisiones judiciales divergentes y a una falta de predictibilidad en la aplicación de la Ley. Para los operadores jurídicos, la ambigüedad normativa exige un esfuerzo interpretativo considerable, recayendo en la jurisprudencia la tarea de decantar el significado aplicable a cada situación particular. Sin embargo, esta labor no está exenta de riesgos, pues puede abrir la puerta a la discrecionalidad judicial o a la instrumentalización de la norma, demandando una argumentación jurídica sólida.

En el contexto del *compliance*, la ambigüedad representa un factor de riesgo significativo, ya que dificulta la implementación de programas de cumplimiento precisos y efectivos, obligando a las organizaciones a adoptar estrategias de cumplimiento más cautelosas y a invertir en análisis legales exhaustivos para minimizar los posibles impactos adversos.

Se cree que el derecho de libertad empresarial y los programas de *compliance* coexisten, pero eso únicamente en el campo formal, enfocándonos en la práctica en los juzgados chocan el derecho fundamental y esencial establecido en la Constitución y los requisitos obligatorios que imponen el artículo objeto de este estudio.

CAPÍTULO II

1. Pregunta de investigación

¿Cómo los once requisitos obligatorios que se disponen en el artículo 49 del COIP, respecto a los programas de cumplimiento como prueba de la responsabilidad penal de la persona jurídica se contraponen al derecho de la libertad de empresa establecido en la Constitución?

2. Derecho de Libertad de Empresa

2.1. Normativa Comparada

La libertad de empresa, pilar fundamental de la economía de mercado y derecho reconocido en diversas constituciones, presenta diferencias notables e interesantes al comparar los ordenamientos jurídicos de Ecuador y España. En el contexto ecuatoriano, la Constitución de la República de 2008, en su artículo 284, establece las políticas económicas en las que el estado promueve el desarrollo de la actividad comercial mediante un sistema que incentive la iniciativa privada, la participación ciudadana, así como la libre y leal competencia, con responsabilidad social y ambiental.

Esta formulación, si bien consagra la iniciativa privada, la limita a los principios de responsabilidad social y ambiental, y la inserta en un marco de intervención estatal que busca equilibrar la libertad económica con objetivos de bienestar colectivo. La normativa complementaria, como la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, añadiendo a esta visión que garantiza la libre competencia, pero bajo una estricta vigilancia estatal.

Por otro lado, en el artículo 38 de la Constitución española de 1978, reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan el ejercicio y defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación. Esta redacción es más concisa y enfatiza en la garantía y protección del ejercicio empresarial, aunque bajo las exigencias de la economía general y la posibilidad de planificación.

Si bien ambos países reconocen la libertad de empresa, la aproximación normativa difiere en el énfasis y el grado de intervención estatal. Ecuador tiende a una mayor regulación y control para asegurar la función social y ambiental de la empresa, así como para corregir las fallas de mercado y promover la equidad. Desde la perspectiva constitucional ecuatoriana, la

responsabilidad social constituye un elemento esencial e inseparable del ejercicio de la actividad empresarial, configurándose como una exigencia vinculante para quienes desarrollan actividades económicas.

En cambio, en España, donde también existe regulación en la actividad económica, va desde una perspectiva más orientada a la protección de la competencia y la eficiencia del mercado, pero con menos grado de intervención en los objetivos sociales y ambientales.

Con la promulgación de *Grundgesetz* en 1949, la Ley Fundamental de Bonn en Alemania, se introdujo la protección de la libertad empresarial en el artículo 12, párrafo 1, que se entendía también como libertad de organización siendo de suma importancia para el éxito económico de la persona jurídica en conjunto con su dirección, poder desarrollar la empresa con las ideas, planes evaluaciones y decisiones de la persona o personas que la administran. (Fritz Ossenbül, 1990)

Alemania en la actualidad, consagra el derecho a la libertad de empresa en su *Grundgesetz*, en el artículo 9 cuyo título es Libertad de Asociación, en su párrafo 1 recoge lo siguiente:

“Artículo 9 [Libertad de asociación (1) Todos los alemanes tienen el derecho de crear asociaciones y sociedades. (...)]” (Grundgesetz, GG, 1949, artículo9)

En Estados Unidos con la Decisión Fletcher contra Peck dio paso al Gobierno de regular el mercado por lo que se entiende como un elemento esencial en la historia del libre mercado en Estados Unidos con el incentivo de proteger el desarrollo de la propiedad privada. Seguido de esto, se amplía este derecho al ámbito corporativo con el caso de *Dartmouth vs. Woodward* en 1819 estableciendo un límite en el que el poder estatal no podía intervenir de manera arbitraria en los estatutos de las compañías del sector privado. Siendo las bases de un marco jurídico que establece la autonomía de las sociedades.

2.2. Libertad de Empresa en el Ecuador

2.2.1. Artículo 66 de la Constitución 2008

La libertad de empresa dentro de la Constitución se encuentra como parte de los derechos de libertad, en el Capítulo VI, artículo 66, numeral 15, establece lo siguiente:

“Artículo 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los

principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. (...)”(Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Se entiende que este derecho en esencia se configura por tres (3) principios: solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

Al ser reconocido por la Norma Suprema de la cual nace el ordenamiento jurídico, el derecho a la libertad de empresa no puede ser violentado por una norma de carácter inferior.

Para entender la esencia de este derecho fundamental e inherente de la persona, hay que analizar lo que implican los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental en un contexto de competencia, mercadeo y corporativo.

a. Principio de solidaridad:

Según Fernández Segado (2012), opera como un fundamento esencial, considerándose un principio constitucional y se entiende que sobrepasa los valores humanos al encontrarse dentro de un orden jurídico expreso por lo que las personas jurídicas deben regirse bajo el mismo.

Este principio debilita y deja una grieta en la idea de individualidad que tiene el ser humano que cree que puede dejar de lado la comunidad, el Estado social nos incluye a todos en sentido estricto creando y aplicando normativas que dan resultado a un sistema solidario no solo económico y político sino con fortaleza jurídica.

Como consecuencia, las personas jurídicas se encuentran con el deber de actuar de manera solidaria con sus trabajadores, siendo un ente unido y compacto.

b. Principio de Responsabilidad Social:

Siendo de suma importancia el principio constitucional de responsabilidad social dirige los deberes a los cuales responden las personas jurídicas favoreciendo a sectores económicos, políticos y sociales de una manera colectiva velando por el bienestar y avance en conjunto.

El término responsabilidad social corporativa nace de este principio y se busca que los accionistas, administradores, los empleados, sus familias, cumplan con parámetros sociales preestablecidos mejorando su posición dentro del ámbito en el que se desenvuelve esta, teniendo la necesidad de innovar sus productos y/o servicios por lo que incrementa la competitividad en el mercado y el desarrollo interno de la empresa.

Se vuelve una obligación para la empresa asegurar a sus trabajadores un ambiente cómodo y eficaz en el que se puedan desenvolver para mejorar y causar un impacto positivo en la realidad socioeconómica.

c. Responsabilidad Ambiental:

En los últimos años, los derechos de la naturaleza han sido estudiados profundamente reconociendo a la naturaleza como objeto de derechos que debe ser respetada. Se reconocen en la CRE distintos derechos ambientales. Todas las personas, entiéndase naturales y jurídicas, son responsables de proteger y cumplir con políticas para prevenir, resarcir, precautelar y responder por daños al medio ambiente.

En la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre el Caso Río Monjas se estableció jurisprudencia vinculante que resalta la importancia de tener un cuerpo normativo que fortalezca e incentive el desarrollo sostenible, la responsabilidad integral que conlleva causar daños o la falta de prevención y/o precautelarían y los derechos del ambiente natural.

Entendemos que como persona jurídica está sujeta a la construcción de vías para afianzar el desarrollo social-económico de una manera *eco-friendly*, consolidando las actividades económicas con las ambientales a la orden de la sociedad.

Las personas jurídicas al impulsar su giro del negocio y actividades económicas con base a estos principios constitucionales fundamentales ganan mucho más que solo pecunio o remuneración económica, haciendo valer su derecho a la libertad de mercado en un sentido estricto y puro.

A diferencia de lo que comúnmente se cree y como se menciona en el primer capítulo, la mano invisible no sólo desemboca en situaciones utilitaristas extremistas sino en el estímulo tanto económico, político, social y ambiental, que permite a la comunidad a desarrollarse y avanzar en conjunto, dándole movimiento al mercado creando empleos, oportunidades, protección y seguridad a los trabajadores, al medio ambiente y a todas las personas, naturales o jurídicas, que forman parte de esta sociedad.

3. El artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal como objeto de estudio

El problema jurídico tiene como línea inicial la publicación en el 2014, el cuerpo legal principal de estudio y análisis Código Orgánico Integral Penal COIP introduce la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador en el cuarto inciso del artículo 49, dando espacio a su estudio de una manera novedosa en el derecho penal ecuatoriano, estableciendo parámetros específicos. Indica lo siguiente:

“Artículo 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- (Reformado por el Art. 3 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021).- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. (...)

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

- 1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;*
- 2. Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo;*
- 3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;*
- 4. Modelos de gestión financiera;*
- 5. Canal de denuncias;*
- 6. Código de Ética;*
- 7. Programas de capacitación del personal;*
- 8. Mecanismos de investigación interna;*
- 9. Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;*
- 10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y,*
- 11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia. (...)”(COIP, 2014).*

Se presenta como atenuante los programas de cumplimiento o *compliance*, siendo un modelo de prevención de la responsabilidad penal que se enriquece de once requisitos mínimos a cumplir para que la rebaja de la pena se cumpla. La redacción de la norma mencionada nos genera interpretaciones diversas y problemas en la práctica que recae en una violación a un principio constitucional como lo es la libertad de mercado.

Esto puede generar una imputación penal innecesaria y errónea a la empresa, sus accionistas o administradores por decisiones de una persona individual dentro de la organización que no refleja los principios y el giro ordinario del negocio, comprometiendo la seguridad jurídica, el principio de culpabilidad, y, particularmente, al principio de libertad de empresa, por la falta de claridad del nexo entre el hecho punible y la responsabilidad de la persona jurídica.

3.1. Ambigüedad normativa.

La crítica que recae sobre el artículo antes mencionado, objeto de estudio a lo largo de este trabajo, es la falta de claridad y coherencia que posee su redacción con la práctica de la misma, lo que determina, de forma implícita, que una empresa caería en responsabilidad penal al momento de carecer de un programa de *compliance* y, en caso de poseerlo, la falta de un requisito generaría un alto grado de imposición de la pena objetiva y podría presuponer su responsabilidad si no demuestra el estricto cumplimiento de dichos requisitos obligatorios.

Esta situación pone a la empresa en un escenario limitado dentro del ejercicio de sus actividades, condicionando y encasillando a la empresa y las personas que la administran a mantener programas estructurales que en vez de ser un incentivo se transforman en una carga coercitiva.

Esta ambigüedad otorga al administrador de justicia, juez o fiscal, un margen de discrecionalidad amplio, que podrían desembocar en decisiones arbitrarias poniendo en peligro a la persona jurídica mercantil, arriesgando no solo a sus administradores y operarios sino a la actividad comercial con todo lo que aquello conlleva, violentando derechos como la seguridad jurídica y vulnerando el principio de culpabilidad y libertad comercial.

Se desencadenarían, innecesariamente, numerosas interpretaciones al carecer de precisión el contenido normativo, lo que generaría un giro negativo al entenderla y aplicarla como una exigencia implícita de cumplimiento obligatorio.

La finalidad preventiva de los programas de diligencia debería orientarse a promover una cultura organizacional ética y transparente; sin embargo, al estar vinculada a una interpretación formalista, terminaría configurándose como un mecanismo punitivo que desincentivaría la adopción genuina de estas herramientas.

3.2. Comparación con el numeral 7 letra d del artículo 45 del COIP

El artículo 49 se vincula de manera directa con el artículo 45 que contiene los atenuantes de la infracción penal especialmente en el numeral 7, que trata sobre la persona jurídica y en qué casos podría reducirse la infracción delictiva presuntamente cometida, la letra d de dicho numeral establece lo siguiente:

“Art. 45.- Circunstancias atenuantes de la infracción.- Son circunstancias atenuantes de la infracción penal: (...)

7. (Agregado por el Art. 1 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021).- Se considerarán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las siguientes: (...)

d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización.” (...)(COIP, 2014).

La complementariedad que le da este artículo al artículo 49 forma una carga legal obligatoria para la empresa, imponiendo de facto un sistema de *compliance* como único medio para atenuar la responsabilidad penal de una persona jurídica, la ventana de oportunidad que se le presenta a la misma es sumamente estrecha, generando una presión jurídica y desbalanceada ante el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La compañía, al entender que la única forma de disminuir una posible penalización es la presencia anticipada de un sistema de integridad, se ve forzada a invertir y sostener un

departamento o individuo responsable de prevenir delitos. Aunque esto puede resultar beneficioso desde el punto de vista de la batalla contra la corrupción y el delito organizado.

4. Análisis Jurídico de la Antinomia

Se presenta el problema de la antinomia y se tiene que deconstruir la misma con el fin no solo de resolverla sino para darle un giro de entendimiento del por qué se presenta ante estas dos normas de diferente jerarquía, ambas se encuentran interconectadas y se cree que dependen la una de la otra, la contradicción se origina principalmente por un problema de redacción y aplicación de ambos cuerpos normativos.

La falencia o carencia se presenta en cómo opera diariamente el artículo, particularmente el literal D numeral 7 del artículo 49 del COIP, surge una interrogante que hace alerta: ¿si la persona jurídica falla en uno de los once requisitos que se presenta, acaso esto implica que el programa de cumplimiento que han implementado no configura como prueba? ¿Se pierde la esencia de la misma y sigue siendo conducente, pertinente y útil?

La utilidad que se le da al programa eficiente y sólido que cumple su objetivo fundamental es de suma importancia. De ser así, si la empresa ha cumplido formalmente con designar a una persona o grupo de personas encargado bajo los lineamientos específicos tanto generales como internos, cree y vigile de este mismo y su funcionamiento, la ausencia de uno de un requisito puntual no debería considerarse o caer en un rechazo inmediato del programa y su valor probatorio dentro del proceso.

En consecuencia, la posible existencia de un delito no supone por sí solo la poca validez o utilidad del *compliance*, porque su misión es reducir la probabilidad de que desde el administrador hasta el empleado base de la empresa cometa un acto delictivo en beneficio de sí, la empresa o un tercero implicado.

Siendo que el programa aplicado en la empresa cumple su objetivo esencial y durante el tiempo de implementación y uso hasta la imputación de un presunto delito, la falta de un requisito no debería significar un juzgamiento directo y tajante hacia la prueba que podría ser clave en un proceso, obstruyendo la justicia de manera evidente.

Si se trata de antinomia, lo que se presenta es una antinomia real, que la posiciona entre lo formal y positivo de la normativa, y la realidad en la práctica del ejercicio del Derecho, Esto quiere

decir que en nuestro país se quiebra la relación entre lo que dice una norma y su esencia y lo que se hace día a día en la praxis.

En consecuencia de lo ambiguo que es la norma positiva y la falta de dirección de los jueces que aplican esta, pueden surgir los siguientes problemas: 1) Vulneración del derecho a la seguridad jurídica por no tener la certeza de que el principio esencial de libertad de empresa estará contemplado por sobre once requisitos de un Código Orgánico, 2) Riesgo de vulneración del principio de proporcionalidad al momento de sancionar a la persona jurídica frente a la gravedad del hecho y el descarte del *compliance* por falta de solo un requisito.

5. Observación del conflicto normativo desde una perspectiva atenuante y agravante

Según la Corte Nacional de Justicia (2018) indica que tanto los atenuantes como los agravantes son circunstancias, esto quiere decir que son elementos fácticos, hechos, que ayudan a la teoría del caso de la Fiscalía, de la parte actora, así como de la parte accionada con el fin de que sean sometidos a contradicción o intermediación, la parte acusada hará todo lo posible para el beneficio del procesado mientras Fiscalía alegará sobre la pena que debería ser impuesta.

Su influencia es directa a la cuantía de la pena, no cuestionan la tipicidad, pero sí la gravedad de la sanción impuesta, que, en casos puntuales, podría ser desproporcionada por faltar a derechos inherentes como la seguridad jurídica o a la defensa. El acusado, al desconocer el caso en concreto y las normas aplicables al mismo, podría ser víctima de tal abuso.

La valoración que se le da a la prueba es de suma importancia, la poca relevancia o rigurosidad que se le da a los elementos fácticos podría terminar en un escenario poco favorable para la empresa y no en el sentido de una desmedida protección sino en la exigencia justa y necesaria de sus derechos. El programa de cumplimiento debe ser verificado y analizado dependiendo del caso en el que estén inmersas las partes.

El análisis del programa de cumplimiento se vuelve esencial. El juez, al dejar de lado la omisión de que no existe un nexo entre el *compliance* y todo el proceso, da paso a un criterio acertado al no incurrir en la cotidianidad de que todas las empresas son iguales.

6. Caso de Laboratorio Compañía VIVALICASA S.A.

Para efectos prácticos y de entendimiento se presenta el siguiente caso de laboratorio con base en el numeral 3, inciso 4 del artículo 49 del COIP que establece lo siguiente:

“Artículo 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas. – (...) La responsabilidad penal de la persona jurídica se atenuará de conformidad con el número 7 del artículo 45 del presente Código. Los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento que se dicte para el efecto, y de otras normas específicas:

3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales; (...)” (COIP, 2014).

En el numeral 3 se utiliza la redacción “evaluaciones independientes de los sistemas” toda vez que el escenario que plantea el artículo 49 es un control *ex post* de determinados mecanismos de control interno dentro de la cultura de cumplimiento de la compañía cuya responsabilidad penal va a ser evaluada. Hay que entender que, al no constituir parte de los elementos típicos de un delito en concreto sino requisitos para una posible atenuante, no aplican los criterios restrictivos de interpretación penal.

Por lo tanto, en el momento en el que el juez de garantías penales ponga *bajo la lupa* si determinada empresa implementó estas evaluaciones independientes de los sistemas el rango de exigencia de estas se puede volver excesivamente amplio y podría coartar el núcleo duro del “derecho de desarrollar actividades económicas”.

En la actualidad, existen varias actividades de *trading* financiero y, de hecho, algunas de ellas están reguladas por organismos específicos tanto estatales como no estatales las cuales ya establecen una barrera de cumplimiento normativo mercantil que, en teoría, al ser previa a la barrera de cumplimiento penal debiera impedir la configuración de una investigación previa de un presunto acto delictivo.

Si el gerente de una de estas empresas, Xavier Gerardo M., recomienda algún tipo de inversión (como puede ser una cripto moneda a la que llamaremos “libra”) y varios inversores pierden su dinero por la falta de respaldo de la casa matriz a esta cripto moneda, se abren varias preguntas:

¿Es responsable esta empresa, debidamente constituida, de la falta de respaldo según baremos normativos y baremos de mercado que no responden a una jurisdicción nacional?

¿Qué ocurre si uno de los perjudicados que ha sufrido un daño a su bien jurídico, patrimonio que es ecuatoriano, que invirtió a través de una empresa ecuatoriana legalmente constituida, sufre de este perjuicio por invertir en un bien bursátil radicado en una compañía extranjera?

Sabiendo que las modalidades avanzadas de inversión en línea son, extremadamente más rápidas que las *lex artis* que las regulan, ¿hasta dónde debe el juzgador exigirle a Xavier Gerardo M. “evaluaciones independientes de los sistemas” (COIP, 2014) respecto de cada uno de los miles inversiones que se hacen a través de la plataforma digital de inversión de su empresa VIVALICASA S.A.?

Si se llegase a investigar a la empresa VIVALICASA S.A. por algunos de los delitos de propiedad que están tipificados en el COIP, el juzgador, para no imponer la pena máxima que posiblemente terminaría con la extinción de esta empresa, ¿debería exigir una evaluación independiente de cada una de las plataformas de inversión que participan en la dinámica de su actividad comercial?

Si la respuesta es “no” porque se impone un deber de cuidado desmedido entonces ¿cuál es el límite hacía abajo? ¿bastaría entonces con cumplir la normativa mercantil mínima para poder funcionar para que se entienda que las obligaciones de VIVALICASA S.A. con sus clientes se han agotado?

7. Examen del problema jurídico desde una óptica casuística, particular e internacional.

7.1. SENTENCIA N° 167/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Chile

Del caso conocido como “Supermercados o Pollos” resuelto en la sala del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de ahora en adelante TDLC, de Chile, la Fiscalía Nacional Económica, de ahora en adelante FNE, presentó un requerimiento ante el órgano de control en contra de Walmart, teniendo un porcentaje de participaciones del 36,4%, Cencosud con la participación del 28,4% y SMU con alcance del 27,7% de participaciones en el mercado, alegando que las tres cadenas de Supermercados habrían tenido un consenso, acuerdo o coordinación previa de carácter colusorio para determinar el precio de las ventas de pollo en los supermercados, contraviniendo el artículo 3 primer inciso del Decreto de Ley No. 211 que sanciona estos actos que restrinjan la libre competencia.

Walmart presentó su programa de *compliance* interno que, si bien no reunía las características mínimas obligatorias, el magistrado pudo encontrarlo serio, creíble y efectivo, en sus puntos centésimo septuagésimo octavo y centésimo octogésimo segundo establecen lo siguiente:

Centésimo septuagésimo octavo: (...) En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad; (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, SENTENCIA N° 167/2019, 2019, pág. 94)

Centésimo octogésimo segundo: Que, sin embargo, la implementación de un programa “real” de cumplimiento y ética va más allá del mero cumplimiento de un listado de requisitos. De hecho, los propios elementos que debieran conformar varían dependiendo, entre otros factores, del tamaño de la firma (lo que implica, por cierto, que en el caso de Walmart la exigencia es elevada) (...) (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, SENTENCIA N° 167/2019, 2019, pág. 95)

Esta sentencia configura un precedente importante al reconocer que el *compliance* al ser un mecanismo que requiere de requisitos esto no supone que se impongan de manera obligatoria que desemboquen en cargas o sanciones desproporcionadas de una magnitud elevada en comparación con la gravedad del caso en concreto limitando así la libertad del administrador de la compañía en decidir cómo levantar su programa de cumplimiento.

CONCLUSIONES

1. A lo largo del desarrollo de este trabajo, mediante un profundo análisis del sistema jerárquico dentro del ordenamiento jurídico de nuestra República, se evidencia la contradicción normativa real que existe entre las exigencias estipuladas en el artículo 49 del COIP en apoyo con el artículo 45 numeral 7 literal D y el principio constitucional de libertad de mercado contemplado en la norma suprema, la imposición de los requerimientos mencionados con el fin de que el *compliance* sea una prueba ferviente como atenuante de la responsabilidad penal corporativa.

2. El perjuicio directo en el que cae una persona jurídica que, con el ánimo y buena voluntad de mantener un *compliance* eficiente dentro de la empresa, configura una afectación instantánea y directa a la toma de decisiones internas de la misma, la redacción ambigua del artículo 49 del COIP permite que el juzgador competente tenga un campo amplio de discrecionalidad que se vuelve peligroso para la persona jurídica por las resoluciones arbitrarias que esto podría conllevar.

3. El estudio de derecho comparado y particular de un caso en concreto demuestra que el *compliance*, siendo un modelo de prevención, de evaluación funcional y eficacia; y no meramente formalista, se aleja de la desproporcionalidad otorgándole un juzgamiento razonable que preservará el principio de libertad de empresa.

RECOMENDACIONES

1. En aras de alcanzar la armonía dentro de nuestro sistema jurídico ecuatoriano, se recomienda que, la Asamblea Nacional del Ecuador realice una reforma parcial del Artículo 49 del COIP, añadiendo el siguiente párrafo luego de su inciso cuarto, quedando de esta manera:

“Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- (Reformado por el Art. 3 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021).- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. (...)

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

- 1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;*
- 2. Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo;*
- 3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como externo, a través de evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;*
- 4. Modelos de gestión financiera;*
- 5. Canal de denuncias;*
- 6. Código de Ética;*
- 7. Programas de capacitación del personal;*

- 8. Mecanismos de investigación interna;*
 - 9. Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;*
 - 10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y,*
 - 11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia.*
- No se perderá eficacia alguna por la inobservancia de uno o más requisitos que anteceden, siempre que la persona jurídica tenga la capacidad de acreditar, mediante los medios idóneos necesarios, la eficacia material, operativa y preventiva del programa de cumplimiento previamente implementado.”*

2. La creación de un Reglamento de Programas de Cumplimiento que regule la creación, seguimiento y evaluación de los distintos programas de diligencia que rigen en las diversas corporaciones, permitiendo establecer criterios que faciliten la aplicación de los programas y poder fortalecer los mismos para que sirvan como atenuantes, promoviendo así una cultura de autorregulación positiva e íntegra.

REFERENCIAS

- Alemania. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Ley Fundamental de la República Federal de Alemania]. (1949). *Bundesgesetzblatt*, Teil I, 23 de mayo de 1949. <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/>
- Alexy, R. (2020). *Teoría de los derechos fundamentales*. Marcial Pons.
- Argudo Coronel, C., Abad Matute, K. A., & Palacios Rodas, C. A. (2024). Programas de cumplimiento como atenuante y eximente de responsabilidad penal para personas jurídicas: análisis comparativo. *Iuris Dictio*, 34(34), 16. <https://doi.org/10.18272/iu.i34.3281>
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Carbonell, F., Ihnen, C., & Quintero, D. (2022). Interpretación, argumentación y razonamiento judicial. *Colección Materiales Docentes*, 45.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2022). *Sentencia 2167-21-EP/22*
- Demetrio Crespo, E. (2021). *El compliance penal: Su evolución y desafíos en el siglo XXI*. Dykinson.
- Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal* (R.O. Supl. No. 180, 10 de febrero de 2014).
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial Suplemento 449, 20 de Octubre de 2008
- España. Constitución Española. (1978). Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Fernández Segado, F. (2012). La solidaridad como principio constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, (30), 139–181. <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7004>
- Figuerola Ramón, S. M. (2021). *El derecho a la libertad de empresa en el Ecuador*. [Tesis de pregrado]. Universidad de Cuenca.
- Jaramillo Moreno, J. (2025). *La protección de la naturaleza en Ecuador: análisis aplicado de los principios del derecho ambiental*. Recuperado el 15 de agosto de 2025, de <https://www.lexis.com.ec/blog/ambiental/la-proteccion-de-la-naturaleza-en-ecuador-analisis-aplicado-de-los-principios-del-derecho-ambiental-1>
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Lafuente, A. L., & Ruiz, J. R. P. (2021). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿nueva era *compliance* en Ecuador? Un diálogo con España. *Iuris Dictio*, 28, 73-91.
- Ossenbühl, F. (1991). Las Libertades del Empresario según la Ley Fundamental de Bonn. (Trad. Pulido. M y Oster U.) *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, Núm.32, Mayo-Agosto, 1991.
- Ruiz, J. R. P., & Torres, J. F. P. (2019). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *compliance*: caso Ecuador. *Derecho Penal y Criminología*, 40(109), 89-122.
- Saldaña Serrano, J. (2021). ¿Derecho natural o moral? Comentarios críticos a "derecho y moral (razón práctica): conexiones en tiempos del estado de derecho constitucional de Rodolfo Vigo. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, 15, 97-146.
- Sanchis, L.P. (2005). La Coherencia del Sistema Jurídico. *Apuntes de teoría de Derecho*, 133-136
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 167/2019, de 28 de marzo de 2019. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras.
- Trustees of Dartmouth College v. Woodward. (n.d.). *Oyez*. Retrieved August 18, 2025



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Nosotros, **BAJAÑA TOLEDO ALLISON ROMINA**, con C.C. 0924849995, **PAZMIÑO MACÍAS FABRICIA GEORGINA** con C.C: 0924521701 ; autores del trabajo de titulación: **Antinomia: Derecho a la Libertad Empresarial vs. Compliance como atenuante de la responsabilidad penal corporativa** previo a la obtención del título de **ABOGADO** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaramos tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizamos a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 28 de agosto de 2025

f. _____
BAJAÑA TOLEDO ALLISON ROMINA

0924849995

f. _____
PAZMIÑO MACÍAS FABRICIA GEORGINA

0924521701



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Antinomia: Derecho a la Libertad Empresarial vs. Compliance como atenuante de la responsabilidad penal corporativa		
AUTOR(ES)	Allison Romina Bajaan Toledo, Fabricia Georgina Pazmiño Macías		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dr. Javier Eduardo Aguirre Valdez.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	ABOGADO		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	28 de agosto de 2025	No. PÁGINAS:	34
ÁREAS TEMÁTICAS:	Responsabilidad Penal, <i>Compliance</i> y Corporativo		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	derecho a la libertad de empresa, <i>compliance</i> , responsabilidad penal, proporcionalidad, antinomia, seguridad jurídica.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): El desarrollo de esta investigación se ha enfocado en el análisis y estudio de la antinomia que se presenta entre el principio de segunda generación de libertad de empresa consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal esto con consecuencias prácticas en el desarrollo del Derecho. El problema jurídico surge a raíz de los once requisitos para que un programa de cumplimiento, <i>compliance</i> , se considere como atenuante en la valoración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, aquello que puede ser un mecanismo preventivo y positivo para la empresa, se transforma en una carga negativa que limita de manera radical la autonomía de la persona jurídica. Para este proyecto se ha aplicado un análisis de normativa comparada, la dogmática jurídica, con apoyo de la sociología del Derecho, que trae como efecto la incertidumbre en la interpretación de estas normas arriesgando no solo un atropello de un principio constitucional sino en el riesgo real que presenta la antinomia dentro de nuestro ordenamiento jurídica.			
ADJUNTO PDF:	☒ SI		☐ NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-0969096818, 0994565369	E-mail: fabriciapazmino@gmail.com , rominabajanatoledo@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette Teléfono: +593-4-3804600 E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			