



Universidad del Azuay
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho

**"COMPLIANCE PROGRAM PENAL COMO
MECANISMO DE EXTINCIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURIDICAS EN EL ECUADOR"**

Autora:

Valentina Parra Calle

Director:

Juan Carlos López Quizhpi

Cuenca- Ecuador

2024

DEDICATORIA

A mi amado abuelito Segundo, quien fue mi mayor motivación para vivir intensamente cada día.

Inculcó en mí, la aspiración a mejorar y confiar plenamente en mis capacidades, le extraño profundamente y con estas líneas es mi forma de decirle que nunca le olvidaré mi rayito de luz.

A mis queridas abuelitas Rosa y Marcia, que me han tenido presente en cada una de sus oraciones y a mi tío Freddy, por ser un segundo padre para mí y estuvo tan presente en este arduo camino universitario.

A mis padres Rolando y Lalita, que son el motor de mi vida y siempre han creído en mí, con amor, sabiduría y cariño han sabido guiar mi camino con consejos, valores y principios que han sido fundamentales para mi crecimiento personal y para poder culminar con éxito esta meta tan anhelada.

A mis hermanos Santiago y Camila, que son parte fundamental en mi vida que cada risa, pelea y apoyo moral nunca nos falte.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a la Universidad del Azuay de manera especial a mi querida Facultad de Ciencias jurídicas ya que me ha permitido cumplir esta meta tan deseada, con ayuda de excelentes docentes que cada día me han compartido su sabiduría y conocimiento, cada enseñanza, consejos y risas las llevaré en mi corazón y en mi transitar profesional.

Quiero agradecer especialmente a mi tutor de tesis Dr. Juan Carlos López, tuve la suerte de poder ser su alumna y tener su guía y conocimiento para la elaboración de este trabajo de titulación, sus indicaciones, correcciones y sabiduría han sido fundamentales para poder culminar este trabajo.

RESUMEN

Con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal en agosto del 2014 se trajo consigo regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas; pero fue hasta febrero del 2021 con la nueva reforma que se introduce el *Compliance Program* o programa de cumplimiento. Es así que en el ámbito empresarial se ha visto la necesidad de tener programas de cumplimiento para demostrar que la empresa está actuando con responsabilidad corporativa.

En el presente trabajo se analizará la responsabilidad penal de las personas jurídicas basado en la importancia de tener un Compliance Program o programa de cumplimiento, y así también analizar la posibilidad de exoneración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas siempre y cuando la compañía cumpla con todos los requisitos del artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal

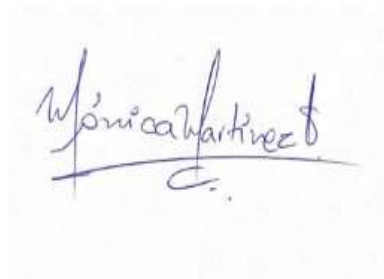
Palabras clave: Compliance Penal, COIP, Atenuante, Responsabilidad Penal, Personas Jurídicas

ABSTRACT

With the approval of the Comprehensive Organic Criminal Code in August 2014, the criminal liability of legal entities was regulated. But it was not until February 2021, with the new reform, that the Compliance Program was introduced. Thus, in the business environment, there has been a need to have compliance programs to demonstrate that the company is acting with corporate responsibility. This work analyzes the criminal liability of legal entities based on the importance of having a compliance program and the possibility of exoneration of the criminal liability of legal entities as long as the company complies with all the requirements of Article 49 of the Comprehensive Organic Penal Code.

Keywords: criminal compliance, COIP, mitigation, criminal liability, legal persons

Approved by

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos". The signature is written in a cursive style and is underlined with a single horizontal line.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.

Cod. 29598

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
ÍNDICE.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO 1: FIGURA JURIDICA DEL COMPLIANCE PENAL. CONCEPTO, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO.	8
1.Nociones generales sobre la figura del Compliance penal.	8
1.1 El Compliance penal conceptos.....	10
1.2 Fundamento y finalidad del Compliance penal.....	11
CAPÍTULO 2: EL COMPLIANCE PENAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA. ...	12
2.Antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ecuador).	12
2.1 Aspectos esenciales respecto a las teorías de imputación de las personas jurídicas en el Ecuador.....	16
2.2 Análisis de caso práctico.....	18
2.3 El Compliance penal en el Código Orgánico Integral Penal.	21
CAPÍTULO 3: POSIBILIDAD DE EXTINGUIR LA RESPONSABILIDAD PENAL BAJO UN PROGRAMA DE COMPLIANCE.	28
3.Compliance penal y su situación dentro de la sociedad ecuatoriana.	28
3.1 Compliance penal como atenuante o eximente de responsabilidad penal.....	36
3.1.1 Comparación con la legislación española.	36
3.2 Indebida apreciación de la norma penal vigente.	40
3.3 Propuesta de modificación a los efectos jurídicos del Compliance penal frente ala pena.....	42
CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFIA.....	47

INTRODUCCIÓN

Las personas jurídicas son consideradas fundamentales para el desarrollo de la economía y de las sociedades a nivel global, por lo que, también son principales actores para el cometimiento de delitos económicos de diferente naturaleza. Situación que causó que la legislación ecuatoriana en el 2014 reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Sin embargo, antes de la vigencia del COIP, la autora Mariana Bayancela (2022) expresa que por muchos años ha estado vigente el principio de “Societas Delinquere Non” (una empresa no puede delinquir) por lo que, con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cambia por primera vez al principio de “societas delinquere potest” (una empresa puede delinquir).

Del mismo modo, a pesar de que se reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fue hasta febrero del 2021 que se habló del Compliance Program (CP) por la reforma a los artículos 45 y 49 del COIP. Sin embargo, dentro de la reforma a dichos artículos, no se establece la posibilidad que se pueda eximir la responsabilidad penal para las personas jurídicas cuando una empresa cumpla con todos los requisitos del artículo 49, sino más bien sólo se incorpora a la reforma la atenuante a las personas jurídicas y tampoco se estableció la forma en cómo debe reducirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando la empresa cumpla con un Compliance Program.

Por lo que, se ha planteado analizar mediante 3 capítulos la importancia del Compliance penal como un mecanismo de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho ecuatoriano, cuando la empresa haya cumplido con todos los requisitos del artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, mediante objetivos planteados.

CAPÍTULO 1: FIGURA JURIDICA DEL COMPLIANCE PENAL. CONCEPTO, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO.

1.Nociones generales sobre la figura del Compliance penal.

El autor Aboso (2019), afirma que las compañías nacen con la finalidad de generar beneficios económicos en base a conductas comerciales dentro de las arenas económicas. Es por esta razón que Bustamante (2014), indica que la globalización ha generado un nuevo paradigma en la forma en cómo se produce el intercambio de bienes y servicios en la sociedad, lo que ha producido que las empresas deban adaptarse a las nuevas exigencias y condiciones que el mercado impone para sus actores principales.

No obstante, la debida transparencia de los intercambios económicos se ha visto afectada por las crisis financieras mundiales que han generado la ejecución de conductas antijurídicas y relevantes para el derecho penal, por parte de quienes operan en las gestiones de administración de las compañías. (Bacigalupo, 2011). En este contexto se constituyó un pensamiento de desconfianza hacia las estructuras económicas mercantiles demostrando que las compañías también son fuente de conductas criminales.

Con las consideraciones previas referidas; surge la necesidad de implementar una política criminal emanada desde el Derecho Penal que regule las operaciones comerciales que las empresas efectúan en su agenda laboral (Donaires, 2023). En consecuencia, las empresas se configuran como sujetos de imputación penal dentro de diversas legislaciones modernas (Aboso, 2019).

En la legislación ecuatoriana a lo largo de su historia se mantenía el principio de que las sociedades no pueden delinquir, sin embargo, con la implementación de la Constitución del año 2008, se reformaron todas las instituciones jurídicas del Estado a fin de generar un ordenamiento jurídico que guarde centralidad con los derechos humanos (Ávila Santamaría, 2011). Esta situación originó la necesidad de promulgar nuevos cuerpos normativos que desarrollen el contenido de los derechos constitucionales, siendo el Código Orgánico Integral Penal un compendio jurídico innovador destinado a condensar en un solo libro legal la parte sustantiva, procesal y penitenciaria del Derecho Penal.

En este contexto, el Código Orgánico Integral Penal, cambia el principio de inimputabilidad de las personas jurídicas y lo reforma y adecua a las legislaciones penales modernas al establecer en su artículo 49 la posibilidad de que las personas jurídicas sean objeto de una sanción punitiva por el mero hecho de haber incurrido en la comisión de un delito de índole ambiental.

No obstante, la responsabilidad de las personas jurídicas ha sido una nueva figura normativa que hasta la actualidad se encuentra en desarrollo dentro de la legislación ecuatoriana. Parte de esta evolución se ha producido en fecha 17 de febrero del año 2021 cuando la Asamblea Nacional decidió reformar el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal a fin de introducir la figura del Compliance penal con el objeto de otorgarles a las empresas la implementación de un mecanismo de control que les permita evitar en mayor medida de lo posible las consumaciones delictivas.

Bayancela (2022), comenta que los programas de Compliance devienen de los sistemas jurídicos anglosajones a partir de los últimos años del siglo XX. Pues al empezar a observarse prácticas anti-normativas en las empresas estadounidenses se decidió implantar programas de Compliance con el objeto de desarrollar la responsabilidad penal de las compañías y proteger la arena económica mercantil. Posteriormente, Alarcón (2016), indica que los programas de prevención anglosajones son implementados en la legislación española a fin de combatir delitos económicos en los que pueden incurrir las compañías.

La novedad y beneficio que otorga el programa de Compliance radica en que este constituye en una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las empresas que han decidido establecer esta clase de programas para la prevención de hechos delictivos dentro de sus estructuras societarias. Es con estas consideraciones que, se observan las nociones generales por las cuales el Compliance penal tiene trascendencia dentro de la sociedad ecuatoriana en base a un nuevo mundo mercantil globalizado que ha provocado la implementación de políticas criminales de prevención y sanción de conductas cometidas por las compañías que lesionan bienes jurídicos relevantes para el Derecho Penal.

1.1 El Compliance penal conceptos.

Como todo concepto jurídico existe variedad de definiciones en cuanto a la forma en cómo se entiende lo que se denomina como Compliance penal. El autor Alonso (2011), entiende que la figura que se analiza es un compendio de naturaleza legal que gestiona los riesgos criminales en los que podría recaer un sistema empresarial.

Para comprender el alcance de esta definición es indispensable interpretar lo que conlleva la administración de los riesgos criminales de una empresa, para lo cual Coca (2013), indica que consiste en la implementación de procesos y medidas destinadas a prevenir en mayor medida de lo posible la ejecución de hechos delictivos en el seno de una compañía.

A su vez, los autores Peces, et al. (2017), definen a la figura del Compliance penal como el cúmulo de disposiciones, medidas y procesos jurídicos que tienen como finalidad vigilar y controlar a las compañías a fin de proteger los valores societarios, la reputación empresarial y la observancia al ordenamiento jurídico vigente.

En cambio, Ayala (2016), entiende que el Compliance consiste en un esquema sistemático de administración de riesgos, los cuales en caso de producirse configuran la consumación de conductas que son entendidas como delitos para el derecho penal vigente. Por otra parte, Rotsch (2012) entiende que el Compliance engloba todos los supuestos que deben ser analizados de forma necesaria a fin de anticiparse a la imposición de una responsabilidad penal para la empresa, mediante la reducción de riesgos frente a posibles consumaciones delictivas.

De todos los conceptos expuestos se puede deducir que el concepto de Compliance penal engloba dos características fundamentales. - primero, el Compliance tiene que fomentar la debida observancia al ordenamiento jurídico vigente a fin de prevenir la consumación de hechos delictivos dentro de las estructuras societarias. - y, en segundo lugar, consiste en un beneficio para las empresas a fin de que estas adquieran en todas sus esferas laborales conciencia sobre la importancia de prevenir los riesgos de vulneración a la norma penal.

1.2 Fundamento y finalidad del Compliance penal.

Según Bayancela (2022), la delincuencia transnacional ha sobrepasado los límites territoriales sobre todo en aquellos supuestos criminales que engloban delitos económicos. Este fue el fundamento que dio origen a la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal contemporáneo siendo el Compliance penal una figura jurídica consecuente a esta nueva realidad normativa.

De los antecedentes mencionados se deduce que los programas de Compliance tienen como fundamento y finalidad la prevención de la ejecución de hechos delictivos dentro de las compañías que efectúan un determinado objeto social. La aplicabilidad de estos programas de Compliance está directamente vinculada a la conformación de políticas empresariales de prevención delictiva a fin de que las compañías conformen estructuras societarias que mitiguen en mayor medida de lo posible actos de naturaleza delictiva que desnaturalicen la esencia empresarial como unidad social de productividad y empleo dentro del Estado.

El Compliance penal entonces, no solo busca atenuar la responsabilidad penal de una compañía, sino que trasciende al hecho de establecer una cultura de prevención criminal que actúe antes de la lesión al bien jurídico y no después de la materialización del hecho delictivo, la cual es una característica importante puesto que en la realidad académica y social se cuestiona acerca de la función productiva del derecho penal. Por consiguiente, la finalidad y fundamento de los programas de Compliance se encuentran en desarrollar el concepto de responsabilidad de las personas jurídicas y prevenir la comisión de delitos dentro de las estructuras empresariales del Estado.

CAPÍTULO 2: EL COMPLIANCE PENAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

2. Antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ecuador).

Como se estableció en el capítulo anterior, la responsabilidad de las personas jurídicas es una noción normativa penal relativamente nueva en la legislación ecuatoriana, pues el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, reformulo los principios penales sobre los cuales se levantaba la imputación de los delitos económicos y ambientales ejecutados en el seno y organización de las estructuras societarias.

Bayancela (2022), reconoce que existen sectores que se oponen a la idea de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, afirmando que debería mantenerse la figura de imputación penal hacia las personas naturales que actúan a nombre de una compañía determinada a fin de darle vigencia al aforismo en latín “societas delinquere non potestas”.

Sin embargo, la realidad contemporánea demuestra que cada día más existen prácticas criminales por parte de las compañías las cuales se evidencian en hechos de corrupción, lavado de activos, defraudación tributaria, delitos ambientales, etc. Lo cual ha constituido un fundamento para modificar los principios generales de responsabilidad de las empresas a fin de comprender que las mismas tienen que ser sujetos de imputación por parte de la rama jurídica penal.

En Ecuador fue a partir del año 2014 que se implementó con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, la figura de responsabilidad penal de las personas jurídicas con el objeto de adecuar la normativa ecuatoriana a las directrices que presentaba el fondo monetario internacional para que el Ecuador salga de la denominada lista de riesgo que determina el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI), entendido este como institución de índole intergubernamental que ostenta como finalidad luchar contra el lavado de activos. (Bayancela, 2022).

En esta nueva visión de responsabilidad penal, el Ecuador ha terminado la

configuración del principio “*numerus clausus*” que en conformidad a Corral (2018), constituye un término en latín cuyo significado consiste en la expresión número cerrado, con el cual se hace referencia a limitaciones y restricciones dentro de un terminado listado de orden jurídico. Sánchez (2007), indica que este principio busca limitar el abusivo ejercicio de las facultades jurídicas reconocidas en la norma, estableciendo disposiciones taxativas que determinarán el alcance de la manera en cómo se hace valer una acción jurídica.

Trasladando los conceptos doctrinarios, a la regulación establecida en el Código Orgánico Integral Penal, se puede observar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra cerrada puesto que aplica únicamente para aquellos supuestos en los cuales la norma penal así lo prevea, por lo que bajo este principio no todos los hechos punibles descritos en el Código Orgánico Integral Penal pueden ser cometidos por empresas, compañías o corporaciones.

A manera de ejemplo se establece que en conformidad al artículo 196 del COIP no es posible sancionar a una persona jurídica por la comisión de delito de hurto, puesto que no lo determina textualmente la disposición enunciada. Sin embargo, sí debe establecerse que los delitos contra la humanidad pueden responsabilizar a una persona jurídica; ya que el artículo 90 del Código Orgánico Integral Penal determina la extinción de las mismas en caso de haber caído la empresa en cualquiera de las infracciones previstas en dicha sección. En consecuencia, el principio “*numerus clausus*” restringe el ámbito de aplicación del Derecho Penal frente a las acciones ejecutadas por una persona jurídica.

Una vez establecidos los antecedentes y fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador es momento de analizar su regulación normativa. El artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, empieza indicando que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se extiende tanto a entidades nacionales como extranjeras, cuando por actos u omisiones la estructura societaria se haya beneficiado en sí misma o con sus miembros.

El inciso primero, de la disposición enunciada determina quienes son los miembros de la estructura societaria que por medio de sus acciones u omisiones pueden generar responsabilidad penal para las personas jurídicas:

- Socios o accionistas.
- Personas encargadas de la administración y sus apoderados.
- Operadores factores.
- Delegados.
- Terceras personas que con o sin la existencia de un negocio jurídico formen parte de las actividades de la empresa.
- Toda persona que cumpla una actividad laboral por medio de órdenes o relación de dependencia frente a todos los individuos que precede de la presente lista.

En consecuencia, se infiere que el legislador ecuatoriano ha entendido que la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede emanar de cualquier acto u omisión producido en cualquier nivel societario, dejando de un lado la idea de que la comisión delictiva sólo se produce en las altas esferas de la persona jurídica. Sin embargo, la norma penal encuentra contradicción con sus postulados puesto que posteriormente en el inciso tercero del Art 49 del mismo cuerpo normativo, determina un mecanismo de responsabilidad directo con el cual se establece que la responsabilidad de las entidades societarias es independiente a la de sus miembros.

Entonces, parece no tener sentido enlistar de forma taxativa una lista de individuos que en función de sus calidades pueden hacer recaer a la empresa en responsabilidad penal, cuando ésta no tiene dependencia con los sujetos que delinquen dentro de la empresa, por lo que hubiera bastado que la norma de forma simple establezca que la responsabilidad penal de las personas jurídicas procede frente a cualquier acto de todos sus miembros de cada una de sus esferas o niveles.

De igual manera, se podrá procesar a la persona jurídica incluso en aquellos supuestos en los que no fue posible identificar quienes fueron los autores materiales de la infracción penal, regulación que determina en inciso segundo del artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal. Así mismo, resulta interesante que el inciso tercero; manda que no existe responsabilidad para la entidad societaria en los supuestos en que el beneficio producto del delito haya beneficiado a un tercero, por lo que el beneficio propio de la entidad societaria es

una característica objetiva que aplica para todos los delitos que son susceptibles de responsabilidad una compañía.

De lo analizado, se infiere que el beneficio propio de la persona jurídica es un elemento que debe concurrir en todos los procesos penales para que la persona jurídica pueda ser responsabilizada, hecho que constituye un error del legislador ya que vuelve no procesables ciertas infracciones penales previstas para las personas jurídicas. Esto se debe a que quien delinque no siempre busca un beneficio propio, lo que permite observar problemas de imputación frente a ciertos crímenes que puede cometer una empresa. Por ejemplo, los delitos de persecución, lesa humanidad o genocidio reconocen la responsabilidad de las personas jurídicas mas no siempre la comisión de estos delitos puede acarrear un beneficio para quien lo ejecuta.

De igual manera, la norma penal no determina de forma clara a qué tipo de beneficio se refiere, conociéndose bien que un sujeto puede obtener un beneficio determinado de diversas formas. Parece ser que el legislador a lo que se refiere es a utilidades de naturaleza económica debido a que el ánimo de lucro es la finalidad misma de toda compañía o empresa, sin embargo, qué sucede en aquellos casos en los cuales las personas jurídicas son fundaciones o corporaciones de beneficencia que por su naturaleza no persiguen un fin económico. Por ende, el no delimitar el beneficio societario puede acarrear problemas de interpretación y juzgamiento de una persona jurídica.

A su vez, el artículo 50 del COIP establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se verá afectada (extinción o modificación) en los siguientes supuestos:

- Presencia de diversas responsabilidades con personas naturales en la ejecución de hechos delictivos
- Concurrencia de circunstancias agravantes
- Fallecimiento de personas naturales que han participado en la infracción
- Personas naturales que han participado en la infracción y han eludido de la administración de justicia.
- Por extinción de la responsabilidad penal de las personas naturales que han participado en la comisión delictiva

- Por sobreseimiento de las personas naturales que han sido procesadas por la comisión delictiva

Por tanto, los antecedentes sociales y políticos referidos constituyeron el fundamento para dar paso a que el Ecuador reconozca a la persona jurídica como sujeto de imputación penal dentro de su orden jurídico vigente. No obstante, se trata de un proceso de evolución y desarrollo que ha ido modificándose con el paso del tiempo razón por la cual en el año 2021 la Asamblea Nacional del Ecuador reforma el artículo 45 y 49 de la Ley Penal Ecuatoriana e introduce los programas de Compliance como mecanismos preventivos de comisión delictiva para las empresas, determinándolos como circunstancias atenuantes del delito.

2.1 Aspectos esenciales respecto a las teorías de imputación de las personas jurídicas en el Ecuador

La responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentra su fundamento y función en base a 3 modelos específicos de imputación:

- Vicarial.
- Autorresponsabilidad.
- Mixto.

i. El modelo vicarial.

En conformidad a Díaz (2011), el modelo vicarial es aquel en el cual se produce una especie de traspaso de la responsabilidad de la persona natural hacia la compañía, por lo que se determina un modelo de responsabilidad unitaria en el cual la imputación penal de la empresa es dependiente de la imputación de sus administradores, socios o empleados.

El modelo vicarial, no permite entonces un juzgamiento de la persona jurídica si es que no se ha podido identificar a la persona natural que dentro de la estructura societaria haya cometido la infracción penal. De la lectura del artículo 49 inciso segundo del COIP se evidencia que el modelo vicarial no es el escogido por el legislador ecuatoriano, ya que determina que la responsabilidad de la compañía debe ser tomada de forma independiente a la de sus miembros.

García y Zurita (2017), comparten la opinión expuesta de que el modelo vicarial no se adecua al ordenamiento jurídico ecuatoriano por lo que es necesario delimitar una estructura normativa que vaya a la par del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y permita sancionar a los miembros de la empresa que han sido los autores materiales o mediatos de las infracciones criminales.

ii. El modelo de la auto responsabilidad o responsabilidad directa.

Según Molina (2010), el modelo de la autorresponsabilidad consiste en sancionar a una compañía por la falta de control que ha tenido sobre las acciones realizadas por sus miembros quienes han delinquido con el objetivo de beneficiar la estructura societaria. En consecuencia, se sanciona penalmente a la persona jurídica por no haber implementado normas de control que mitiguen y prevengan la comisión delictiva.

De lo analizado, y de la lectura de interpretación del inciso segundo del artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, se reconoce que la Ley Penal Ecuatoriana obedece a un modelo de autorresponsabilidad puesto que en la práctica se puede juzgar a la empresa dentro de una causa jurisdiccional sin la necesidad de que se encuentren procesados en la misma sus administradores, socios, representantes legales o empleados.

Sin embargo, el modelo de autorresponsabilidad evidencia que su finalidad radica en sancionar a la estructura societaria a pesar de no encontrar elementos que permitan identificar a la persona natural que ejecutó la conducta material de la infracción. Esto a criterio personal puede presentar un problema debido a que el Código Orgánico Integral Penal, no determina de forma clara cómo debe proceder jurídicamente el Estado a fin de determinar quién es el socio, administrador o empleado que ha ejecutado la infracción penal, otorgando espacio para una posible impunidad.

Finalmente, también debe aseverarse que el procesar a una persona jurídica en ausencia de las personas naturales que dentro de la empresa cometieron la infracción, puede provocar dificultades probatorias en la teoría del caso que se pretende hacer valer ante el juzgador con el fin de responsabilizar a los presuntos justificables. La identificación clara de los autores materiales de un hecho punible es indispensable para justificar teorías de organización y estructura criminal dentro de una causa jurisdiccional.

iii. El modelo de responsabilidad mixto.

Finalmente, con fines académicos se expone la existencia de un modelo mixto. Espinoza (2021), precisa que el fundamento de la imputación penal de personas jurídicas radica en la unión de un sistema vicarial y de autorresponsabilidad puesto que se mantiene un sistema singular de responsabilidad de las empresas por falta de control, no obstante, también se determinan rasgos inherentes a un modelo vicarial en cuanto se reconocen algunos aspectos de transferencia de responsabilidad del individuo hacia la empresa como un sistema unitario de imputación penal.

Personalmente, dicho modelo no se ajusta a la realidad normativa ecuatoriana en virtud de que el artículo 49 del COIP en ningún momento hace mención a la existencia de una responsabilidad penal sui generis en el fundamento de composición de la misma. Por tanto, no hay duda de que la legislación ecuatoriana se ha decantado por un modelo de autorresponsabilidad.

2.2 Análisis de caso práctico.

El presente caso consiste en una causa jurisdiccional en la cual se procesó a la compañía ROCAR SA AUTROCSA, al igual que los señores Ronal C. Elena I. y Roberto C. por haber cometido el presunto delito de abuso de confianza tipificado en el artículo 187 del COIP.

Los hechos del caso refieren a que los procesados habían enajenado vehículos a la compañía PORT COLL, los cuales no tenían que ser enajenados sino debían ser custodiados por la empresa procesada ROCAR SA AUTROCSA, situación por la que existía un presunto abuso de confianza en el actuar de los procesados que habían vendido vehículos que habían sido sometidos a la custodia de la empresa.

Bajo estos antecedentes fiscalía decidió formular cargos a los procesados en mención, emitiéndose en fecha 10 de junio de 2019 el auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados por parte de la unidad judicial penal norte 2 con sede en la ciudad de Guayaquil provincia del Guayas la defensa de la compañía ROCAR SA AUTROCSA, argumento que no se puede vincular a un proceso penal por abuso de confianza a una persona jurídica que bajo el principio “numerus clausus” no puede cometer el delito descrito, puesto que la norma penal ecuatoriana no prevé sanciones para la compañía que compete esta clase de infracción

lo cual genera que se desnaturalice la esencia sobre la cual se levanta los fundamentos de imputación penal de personas jurídicas dentro del Estado.

El principio “*numerus clausus*” es clave al momento de comprender el alcance de la responsabilidad penal de las empresas por lo que este fue el fundamento por el cual el tribunal de garantías penales con sede en la ciudad de Guayaquil ratificó el estado de inocencia de la compañía procesada ROCAR SA AUTROCSA debido a que la misma jamás debió haber sido vinculada al proceso evidenciando un total desconocimiento de la norma por parte de fiscalía quien decidió acusar a una empresa que no tenía posibilidad jurídica alguna de cometer el injusto penal de abuso de confianza.

El presente caso demuestra que en el Ecuador no existe un desarrollo técnico en conocimiento en cuanto a lo que refiere los fundamentos y reglas que determinan la responsabilidad penal de una empresa, siendo una figura que se encuentra en desarrollo y que necesita de academia, debate y jurisprudencia para ser desarrollada de forma oportuna. Por tanto, el principio “*numerus clausus*” se asemeja al principio de legalidad y garantiza que las compañías únicamente puedan ser sancionadas en aquellos casos en los cuales la norma prevea de forma expresa un acto criminal y una sanción, por lo que si la ley penal no determina una consecuencia jurídica para la empresa que ejecuta determinada conducta que para una persona natural se sanciona con una pena, no puede extenderse dicha penalidad a la persona jurídica que no tiene condiciones para ser privada de libertad ni tampoco se encuentra en la norma otras sanciones que se le pueda imputar.

Del presente caso, se debe criticar la actuación tanto de fiscalía como del juez de unidad judicial, quienes indebidamente demuestran falta de conocimiento en la manera en cómo se estructura la teoría de responsabilidad de personas jurídicas en el marco normativo ecuatoriano. Con respecto a fiscalía se produce un error en la interpretación en el ejercicio de la acción pública y el principio de objetividad que engloba su función, debido a que todo funcionario que ocupe dicha dignidad debe comprender cuales son los fundamentos que determinan una teoría jurídica de la imputación penal, por lo que fiscalía debía conocer que el delito de abuso de confianza no podía ser cometido por la empresa procesada, debiendo haberse abstenido de formular cargos y emitir un dictamen acusatorio en lo posterior.

El hecho de que fiscalía tenga el dominio de la acción penal en el Ecuador, no le permite a esta entidad el dejar de lado la técnica jurídica a fin de iniciar procesos penales que provienen de una etapa investigativa en la que no se aplica la objetividad para determinar en qué casos debe proceder o no una causa jurisdiccional. La fiscalía debía tomar en consideración la existencia del principio “*numerus clausus*” para en lo posterior únicamente acusar a las personas naturales involucradas en el ilícito, prescindiendo de la compañía puesto que la misma no podía ser objeto del delito de abuso de confianza.

Por otro lado, el juzgador de unidad también tiene responsabilidad en el hecho cuestionado, debido a que dentro de la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio el magistrado no debía emitir un auto de llamamiento a juicio en contra de la empresa procesada, puesto que bajo el principio “*numerus clausus*” la compañía no podía recaer en el injusto penal que se juzgaba, por lo que, ningún elemento probatorio anunciado en la audiencia podía justificar la existencia de la responsabilidad penal en lo referente al dictamen acusatorio de fiscalía. Como resultado, el juzgador también recae en error y muestra falta de conocimiento en la técnica jurídica al permitir que pase a etapa de juicio el juzgamiento de una persona jurídica que por mandato básico legal no puede incurrir en la comisión delictiva que se juzga.

Además, en el supuesto de que la compañía haya elaborado un programa de Compliance con el objeto de atenuar la responsabilidad penal, este no tuviera eficacia alguna ya que el primer requisito del programa de prevención consiste en la determinación de riesgos delictivos en los que puede recaer en la empresa, sin embargo, jamás se podría establecer dentro de estos riesgos el delito de abuso de confianza puesto que las empresas no pueden ser imputadas por dicha infracción. Este, es solo un ejemplo que demuestra el grave error en el que recayeron 2 funcionarios por la falta de conocimiento en la teoría jurídica de responsabilidad de las empresas en el Ecuador.

Este caso, tiene gran trascendencia debido a que permite observar la falta de desarrollo jurídico práctico en cuanto a la manera de cómo los profesionales de derecho en el Ecuador comprenden el alcance de la responsabilidad penal de las empresas, siendo necesario que cada vez más la jurisprudencia y la doctrina ecuatoriana profundicen sobre este tema a fin de establecer herramientas que permitan comprender cada uno de los aspectos que

engloba este cambio de paradigma en la manera en cómo se responsabiliza a una persona jurídica por sus actos u omisiones.

2.3 El Compliance penal en el Código Orgánico Integral Penal.

El artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, implementó con la reforma de fecha 17 de febrero del año 2021 la figura del Compliance de prevención de delitos para las personas jurídicas como una circunstancia atenuante de responsabilidad penal. La disposición mencionada indica que todo programa destinado a la prevención, cumplimiento, supervisión o control de las conductas realizadas dentro de una compañía constituirá un mecanismo de atenuación de la responsabilidad penal para todas las entidades jurídicas que pudieran haber incurrido en la ejecución de un delito determinado. El fundamento para atenuar la responsabilidad radica en una conexión con el artículo 45 numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal, el cual ordena cuales son las circunstancias que tienen que concurrir para atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las cuales se enuncian a continuación:

- Existencia de un Compliance penal
- Haber denunciado o confesado la ejecución de un hecho delictivo previo a que se dé inicio al proceso penal a través de una formulación de cargos. No obstante, en caso de que se esté desarrollando la etapa de instrucción fiscal se acepta la confesión en el supuesto caso de que previamente no la haya conocido.
- Reparar todas las consecuencias lesivas producidas por el delito antes de que se presente la denominada etapa de juicio.
- Efectuar colaboración en la investigación previa antes o durante su inicio y desarrollo.
- Presentar colaboración durante la etapa de juicio.

De las circunstancias enunciadas se determina algunas consideraciones que vale la pena comentar. Primero, no basta con establecer un programa de Compliance, sino que este para que sea efectivo en cuanto a la atenuación de la responsabilidad penal debe concurrir al menos con dos circunstancias atenuantes reconocidas en la norma.

Segundo, con respecto a la denuncia o confesión parece ser que el legislador ecuatoriano ha olvidado el principio de no autoincriminación, establecido en el artículo 5

numeral 8 del Código Orgánico Integral Penal y en el artículo 77 numeral 7 literal c de la Constitución Ecuatoriana. Además, no parece lógico que una propia empresa concorra de forma libre a confesar que ha sido parte de una ejecución delictiva debido a las conductas u omisiones de sus miembros.

Tercero, la norma prescribe sobre la colaboración antes o en el desarrollo de la investigación previa y luego determina que incluso se atenúa la responsabilidad cuando exista colaboración en la etapa de juicio, sin embargo, no menciona nada acerca de la ayuda que puede prestar una compañía durante el periodo de instrucción fiscal en el cual se recopilan elementos de cargo y descargo frente a la teoría de caso que las partes vayan a proponer en las etapas procesales posteriores. Por tanto, sería óptimo que la norma reconozca como circunstancia atenuante la colaboración de la compañía desde la etapa de instrucción fiscal ya que en la misma la persona jurídica puede brindar elementos que ayuden a juzgar y procesar una infracción penal.

Seguramente, el legislador quiso referirse con investigación a la etapa de instrucción fiscal y a la etapa evaluatoria ya que no determina únicamente la colaboración con el aporte de elementos sino también de pruebas. Las cuales solo se anuncian dentro de la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio. Sin embargo, al mencionar la palabra investigación la norma se limita a la fase pre procesal penal que se evacua dentro de las instalaciones de Fiscalía, lo cual no permite interpretar de forma extensiva a la norma ya que el Derecho Penal Ecuatoriano se rige por una hermenéutica restrictiva en conformidad al artículo 13 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, por tanto, de las falencias mencionadas, no queda más que comprender que solo se podrá atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando haya colaborado antes o durante la investigación previa, o en la etapa de juicio.

Cuarto, también se considera una circunstancia atenuante el reducir o reparar las consecuencias materiales lesivas que ha producido el injusto penal, norma que acierta y guarda armonía con los objetivos constitucionales y legales del ordenamiento jurídico vigente, puesto que el artículo 1 del mismo cuerpo normativo; determina que una de las finalidades del Derecho Penal radica en la reparación integral que debe tener toda víctima que ha sufrido las consecuencias del hecho punible.

Por último, la norma reconoce la existencia de un programa de Compliance que como se mencionó en líneas anteriores se desarrolla en el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, sobre el cual se deben referir algunas consideraciones. El inciso cuarto de la disposición enunciado establece los requisitos que debe contener un programa de Compliance para ser considerado una circunstancia atenuante del delito, sin embargo, la ley determina que, a más de los requisitos previstos en el Código Orgánico Integral Penal, deberán observarse aquellos que se desarrollen en el respectivo problema. El problema radica en que hasta en la actualidad (año 2023) no existe un reglamento que desarrolle debidamente el alcance que deben presentar los elementos que estructuran un correcto programa de Compliance quedando en alcance de los requisitos del programa en ambigüedad.

Los requisitos que establece la ley se van a analizar en el subtítulo posterior.

i. Requisitos.

En conformidad al artículo 49 inciso cuarto del COIP el Compliance penal está compuesto por los siguientes requisitos:

1.- Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo:

Para comprender el alcance de este presupuesto, es necesario entender cuál es el elemento central de su configuración. De la lectura se desprende que el riesgo es el núcleo del primer requisito que debe contener un programa de Compliance penal, por lo que debe comprenderse a esta palabra como una situación de incertidumbre sobre futuros acontecimientos. Es decir, el riesgo constituye toda condición futura e incierta sobre la cual una determinada persona jurídica puede llegar a inobservar la normativa penal vigente mediante la comisión delictiva (Bayancela, 2022).

Según Palacios (2023) el análisis e identificación de los riesgos delictivos es un elemento trascendental para empezar a estructurar el programa de Compliance debido a que, una empresa tiene que analizar su objeto social a fin de encontrar en cada uno de sus actos futuros todas las posibilidades que puedan desembocar en la ejecución de hechos delictivos. Por consiguiente, la evaluación de riesgos futuros es el pilar de todo programa de prevención criminal para una empresa, siendo correcto que la norma lo establezca como primer requisito en su elaboración. Para realizar esta evaluación de riesgos es necesario que se realicen

entrevistas y consultas dentro de todos los niveles de la estructura societaria con el fin de recopilar toda la información posible referente a posibles comisiones delictivas.

2.- Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo:

Una vez que se ha podido identificar cuáles son los riesgos delictivos en los que podría incurrir la persona jurídica es indispensable que proceda un segundo requisito fundamental que lo complementa. Este presupuesto consiste en determinar normas de control que determinen cómo debe tratarse la prevención y mitigación de los riesgos criminales establecidos de forma potencial en el primer requisito (Bayancela, 2023).

Lo descrito es evidente ya que no tiene sentido elaborar una matriz de riesgos criminales si no se determina con posterioridad cuáles son las acciones de control que tienen que implementar a la interna la empresa para prevenir todos los supuestos futuros que involucren lesiones a bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Los procesos de control a los que se refiere la norma pueden ir desde la elaboración de departamentos u órganos empresariales dedicados a la fiscalización penal de las actividades societarias hasta la elaboración de normas y programas de orientación hacia los miembros de la empresa sobre la prevención de conductas delictivas (Palacios, 2023)

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:

Este requisito refiere al debido seguimiento y monitoreo que debe tener el programa de prevención llamado Compliance, para lo cual tiene que crearse auditores de naturaleza interna que verifiquen que en el seno del directorio de socios y accionistas se esté cumpliendo con el programa de prevención. No obstante, la auditoría no debe agotarse a un control interno sino debe trascender cada cierto tiempo a una supervisión externa que delimite de forma objetiva cómo se cumple el programa de Compliance.

La actividad de auditoría en el seguimiento en el programa de prevención delictiva es el único mecanismo por el cual una empresa puede llegar a certificar que se está cumpliendo con las normas del Compliance a lo largo del ejercicio de su objeto social. Incluso, se suele recomendar que en conformidad a la norma ISO 37 331:2021, se certifique la gestión y

funcionamiento del programa de Compliance a nivel global mediante una auditoría que se realiza periódicamente sobre el seguimiento que una empresa le ha dado al programa referido (Palacios, 2023). Sin embargo, bien menciona Bayancela (2022) que la norma ISO 37331:2021 no tiene naturaleza vinculante razón por la que incluso el ordenamiento jurídico español ha decidido que la certificación que la norma otorga a nivel mundial no constituye una prueba que acredite dentro de una causa jurisdiccional que la compañía ha observado su programa de prevención delictiva.

4.- Modelos de gestión financiera:

Con respecto a este requisito, se determina la obligatoriedad que tienen las compañías de administrar de forma precisa y concreta cómo se producirá la dinámica económica de la empresa al momento de ejercer el objeto social como por lo que es necesario gestionar la forma en cómo se maneja las finanzas de la compañía tanto en la parte activa o pasiva del patrimonio de esta. De esta manera se puede analizar actividades contables de flujos de cobros o actividades contables de flujos de pagos, pudiendo prevenir cualquier tipo de conducta económica que pueda recaer en la realización de un delito.

5.- Canal de denuncias:

Los canales de denuncia consisten en vías administrativas internas bajo la cual cualquier miembro de la compañía podrá acudir a hacerle conocer a los encargados de este departamento sobre hechos dentro de la estructura societaria que pueden recaer o han recaído en un delito determinado. Como menciona Puyo (2017), estos canales vienen a ser un camino de comunicación por lo cual se da a conocer cualquier circunstancia anormal dentro de la empresa a un departamento encargado de investigar estos hechos con el objeto de prevenir conductas criminales y sancionar y los involucrados en un hecho punible.

Este requisito es de vital importancia puesto que le permite a la empresa detectar mediante la comunicación posibles sucesos destinados a contravenir la norma penal, evitando así posteriores sanciones judiciales que pueda poner en peligro la estabilidad económica o permanencia de la compañía. Bayancela (2022) refiere que el reto dentro de este requisito de prevención penal consiste en establecer un marco jurídico adecuado que le otorgue anonimato y protección a todo sujeto que acuda a denunciar sobre actividades ilícitas dentro

de la empresa, razón por la que se vuelve a demostrar la trascendencia que tiene la elaboración de un reglamento que desarrolle el contenido de estos requisitos y que aún se encuentra pendiente

6.- Código de Ética:

Según Alarcón (2016), el Código de Ética; es un requisito indispensable dentro de todo programa de Compliance ya que su trascendencia pasa por el hecho de otorgar a la compañía un cúmulo de principios y valores con el objeto de armonizar las relaciones que se producen entre los miembros de la estructura societaria, sus clientes, proveedores o cualquier sujeto externo que tenga relación directa con las actividades de la empresa.

El determinar un cuerpo jurídico con valores y principio ético morales ayudará a establecer una correcta reputación para la persona jurídica que ante la mirada social será respetada por irradiar un sistema coherente de unidad que fomenta comportamientos adecuados al momento en el que sus miembros operan dentro de su estructura, generando una idea de conciencia que trascenderá dentro de la comunidad ciudadana (Moscoso, et al, 2027)

7.- Programas de capacitación del personal:

La capacitación consiste en enseñar de forma periódica y debida a cada uno de los miembros de la empresa sobre todos los deberes y obligaciones de responsabilidad que engloba su actividad laboral a fin de que puedan comprender todas las consecuencias que podrían generarse por el incumplimiento o indebido actuar en su esfera de trabajo. De esta manera, se determinan conocimientos y experticias para que los miembros de la empresa sepan qué acciones no deben ejecutar para prevenir la ejecución de un determinado delito en la empresa.

Según Bayancela (2022), la capacitación dependerá del grado de responsabilidad que ostente el departamento al que se capacita, debido a que, si se trata de altas esferas societarias, es decir administración y directorio, los programas de capacitación deberán ser mucho más rigurosos, largos y profundos ya que es por lo general en este nivel de compañía en el que más cuidado se debe tener con respecto a la prevención de la ejecución delictiva,

8.-Mecanismos de investigación interna:

A este requisito Ramírez (2021) lo denomina como, una especie de protocolo que se encuentra implantado dentro de la empresa con el objeto de diagnosticar el debido comportamiento eficaz dentro de la forma en cómo funciona el programa de Compliance con la finalidad de poder establecer si existen riesgos de ejecución delictiva o malas prácticas laborales en la estructura societaria. Este tipo de mecanismos pueden ser previos o reactivos a que se produzca un proceso judicial, o incluso pueden darse de forma paralela al mismo, con el objeto de diagnosticar y encontrar conductas antijurídicas de los miembros que componen la persona jurídica.

9. -Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos:

El programa de Compliance exige que se presente una obligatoriedad para los empleados y demás miembros de la empresa de informar a un encargado sobre cualquier incumplimiento del programa o riesgo en el que puedan incurrir cualquier miembro que compongan la persona jurídica, Bayancela (2021), determina que en toda institución financiera existe un encargado de incumplimiento de normas que debe reportar de forma mensual a la Superintendencia de Bancos sobre toda conducta efectuada por la entidad en base a programas y políticas y análisis de cliente , debiendo informar cualquier anomalía que se produzca dentro del diagnóstico efectuado.

Finalmente debe recordarse que en conformidad al artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal, todo oficial de cumplimiento es susceptible de responsabilidad penal si es que ejecuta una conducta omisiva con respecto a controlar el injusto de lavado de activos en ejercicio de sus funciones.

10.- Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema;

Este requisito consiste en que el programa de Compliance debe contener sanciones internas para cada uno de sus miembros las cuales serán aplicadas en aquellos casos en que sus integrantes inobserven el programa de prevención delictiva o pongan en riesgo el mismo a través de sus actos u omisiones. Es en este punto que el Compliance penal presenta una naturaleza de prevención general con el objeto de hacerles conocer a sus miembros cuáles

serían las consecuencias laborales que se producirían por la inobservancia del programa referido.

11.- Programas conozca a su cliente o debida diligencia.

Los programas consisten en la evaluación profunda y exhaustiva que la compañía debe realizar a todos los posibles clientes con los que pretenda realizar un determinado giro de negocio, por consiguiente, se garantiza que la empresa tendrá total conocimiento de la procedencia de los fondos económicos de la persona natural o jurídica con la que va a contratar, a más de garantizar que la misma no se dedique a actividad ilícitas o pretenda lavar dinero mediante la operación económica. Conocer al cliente es una labor indispensable en la mitigación de riesgos que puedan hacer recaer a la empresa en una actividad delictiva.

El portal de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (PLAFT) reconoce dentro de su normativa que las políticas conozcan a su cliente son indispensables para la prevención de hechos criminales. No obstante, dicha entidad es clara al mencionar que no basta con investigar al cliente, sino también se debe verificar y examinar a toda clase de proveedores, miembros, accionistas y mercado con el objeto de tener un panorama total que permita analizar todas las esferas en las cuales se encuentren involucrados individuos con los que la empresa contacta y puedan tener injerencia en la comisión de hechos delictivos.

CAPÍTULO 3: POSIBILIDAD DE EXTINGUIR LA RESPONSABILIDAD PENAL BAJO UN PROGRAMA DE COMPLIANCE.

3. Compliance penal y su situación dentro de la sociedad ecuatoriana.

Los programas de Compliance son construcciones humanas que tienen como finalidad generar trascendencia dentro de la conciencia social de cada población, debido a que la inexistencia de una cultura que se apegue al respeto de las normas y valores es un problema que afecta de manera negativa toda actuación que tenga como objeto la administración pública, privada, económica y social dentro de una comunidad ciudadana determinada (Hernández, 2019).

Abadie (2023), comenta que todo programa de Compliance mejora la gestión que las personas le pueden dar a cualquier situación económica dentro de los espacios públicos, privados y sociales, materializando en la sociedad los valores ético-morales de bienestar común y respeto a la norma, principios que son necesarios para el desarrollo progresivo de las sociedades.

Campoverde y Valverde (2020), se alinean con la posición mencionada al acotar que el desarrollo sostenible de una comunidad ciudadana se encuentra en el respeto y la implementación de programas de Compliance que determinen disposiciones y normas destinadas a otorgar transparencia e integridad a las gestiones públicas y privadas.

Entonces, el Compliance se estructura como un marco jurídico de prevención que fomenta que las empresas se ajusten al derecho vigente para evitar toda clase de riesgo que devenguen actos de corrupción materializados en delitos expresamente tipificados en la ley penal.

Según Matus (2013), en el siglo XXI los programas de Compliance se han estructurado como herramientas necesarias en la gestión empresarial, a fin de asegurar el respeto por la ley y la transparencia en todas las actividades de comercio que se ejecutan por parte de las personas jurídicas. Abadie (2023), indica que si se cumple a cabalidad los programas de Compliance se mejoran los réditos económicos que una entidad percibe en ejercicio de su actividad de comercio, puesto que el cumplimiento le otorga a la empresa una mejor reputación e imagen frente a todos los que se involucran con la misma, incluido la sociedad.

Así mismo, Abadie (2023), reconoce la trascendencia que tiene el respeto de normas éticas y morales dentro del establecimiento de una comunidad ciudadana democrática, progresiva, sostenible y justa, ya que se genera en el imaginario social una cultura de respeto hacia el derecho a fin de materializar el bienestar general.

Pawlik (2016), cita al jurista Luis Greco, con respecto a la idea de que la razón colectiva es el fundamento de la actividad científica que permite el desarrollo de un derecho

positivo sistemático, por lo que es entonces el pensamiento ciudadano lo que permite atribuir conductas punibles para quienes se han alejado de ese consenso colectivo de autorregulación a fin de generar un desarrollo comunitario próspero entre quienes conforman la sociedad de turno.

Entonces, no hay duda de que los valores son indispensables no solo para el correcto desarrollo de las actividades económicas de las entidades y empresas, sino también para la determinación de un cuerpo jurídico ético que oriente la forma en cómo se toman las decisiones entre los dirigentes de dichas entidades. Si se plasman principios de transparencia, honestidad, integridad, solidaridad y responsabilidad se garantiza que las personas jurídicas se apeguen al respeto de la norma, produciendo como resultado un bienestar común que se apegue a la observancia de los derechos fundamentales.

Además, Abadie (2023), enuncia que la aplicación de valores en la actividad de las personas jurídicas produce que los terceros que se involucran en la misma adquieran una imagen de confianza y veracidad que les permite encontrar un estatus digno y ético en la comunidad ciudadana, estatus que sin duda otorga mayores réditos económicos puesto que al existir una mejor reputación de la empresa, mayor será el número de sujetos que quieran involucrarse en negocios con la compañía que ha decidido apegar su conducta a los valores que transmite un programa de prevención.

También, los valores que estructuran al Compliance generan que la sociedad se contagie de una figura societaria que irradia un ejemplo a seguir en cuanto a la manera en cómo deben ejecutarse las actividades económicas en forma debida. Como resultado, se genera una conciencia social de responsabilidad ética, moral y cívica de la población que comenzará a entender cómo debe seguirse la gestión económica pública y privada de una entidad (Abadie2023).

Para Arnáez (2022), los principios de igualdad, democracia y justicia comunitaria se consolida mediante la transparencia que promueve el cumplimiento de un programa de Compliance debidamente establecido, siendo esta un instrumento determinante para la materialización de la confianza en la población frente al rol que ocupa las personas jurídicas públicas y privadas (DE MIRANDA, 2018). De esta manera, la transparencia permite que la ciudadanía pueda ejecutar actos de control sobre las actividades de las entidades respectivas

a fin de mitigar y dirimir todo supuesto de corrupción que menoscabe la esencia de una sociedad justa y garantice el cumplimiento de las normas de una comunidad.

Por último, se debe referir que la rendición de cuentas es otro de los mecanismos que el programa de Compliance otorga a la sociedad, puesto que se permite que las entidades adquieran un compromiso ciudadano de velar por una correcta administración de sus actividades otorgándole a la población una participación activa en la evaluación jurídica del desempeño que tienen las empresas dentro de una nación, debiendo recordarse que en conformidad al artículo 66 numeral 15 de la Constitución ecuatoriana, el derecho para ejercer actividades económicas se encuentra siempre limitado por un principio de responsabilidad social.

Con los antecedentes expuestos se indica que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación ecuatoriana en el 2014 fue el primer presupuesto jurídico que permitió que empiece a desarrollarse todo lo relativo a los efectos y figuras que rodean a esta figura de imputación. Pues el mero hecho de que ahora la empresa pueda ser objeto de una sanción penal devengo en el establecimiento de una base sobre la cual a futuro se determinaría la figura de los programas de prevención como atenuantes de la responsabilidad penal.

A su vez, la constitución ecuatoriana también es un pilar para la existencia de los programas de prevención penal en cuanto a que el derecho al ejercicio individual o colectivo del comercio se encuentra limitado por una función social, ambiental y solidaria de las empresas en el ejercicio de su objeto social. Además, el Ecuador ha ratificado importantes instrumentos internacionales como la convención de las naciones unidas contra la corrupción o la convención interamericana contra la corrupción, las cuales persiguen el aseguramiento de mecanismos que fomenten una lucha activa contra los actos de corrupción mediante la utilización de programas de prevención.

Por su parte, la constitución del 2008 agregó una nueva función estatal denominada transparencia y control social por medio de la cual se ha pretendido a través de instituciones como el Consejo de Participación Ciudadana, Superintendencia de Compañías, Defensoría del Pueblo, fiscalizar todo tipo de conducta que tenga como objeto el ejercicio de actividades

ilícitas dentro de la sociedad. A manera de ejemplo, la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social indica en su artículo 11 lo siguiente:

Tienen la obligación de rendir cuentas las autoridades del Estado electas o de libre remoción, representantes legales de empresas públicas o personas jurídicas del sector privado que manejen fondos públicos o desarrollen actividades de interés público, sin perjuicio de la responsabilidad que tienen las y los servidores públicos sobre sus actos u omisiones. En caso de incumplimiento por parte de las instituciones y entidades del sector público, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social remitirá la queja a la Contraloría General del Estado para que inicie el proceso de investigación sobre la gestión de las autoridades obligadas, sin perjuicio de las sanciones previstas en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública por la negación de información. (Ley orgánica del Consejo de Participación Ciudadana, 2014, artículo 11)

El artículo enunciado, presenta tintes de conductas de prevención frente a actividades ilícitas al determinar la obligatoriedad de las instituciones sobre rendir cuentas en la manera en cómo administran y gestionan los fondos públicos. Dicha rendición también incluye según la norma citada a todas aquellas personas jurídicas que ejecuten actividades de índole general, lo cual demuestra que la norma que regula al consejo de participación ciudadana mira en la prevención formas de impedir la ejecución de actos de corrupción que puedan encajarse en tipos penales previstos en el COIP, tales como falsedad, defraudación tributaria, peculado u ocultamiento de información.

Así mismo la institución referida puede recibir todo tipo de denuncias sobre conductas que transgredan la eficiencia administrativa del Estado a través de actos de corrupción, pues el reglamento de denuncias del Consejo de Participación Ciudadana sobre actos u omisiones que afecten a la participación o generen corrupción determina los procedimientos para este tipo de acciones legales:

El presente reglamento tiene por objeto regular el proceso de gestión de los pedidos y denuncias que presenten la ciudadanía, personas jurídicas de derecho público o privado, colectivos, organizaciones sociales, comunas, comunidades, pueblos y

nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano o pueblo montubio. (Reglamento de Denuncias del Consejo de Participación Ciudadana, 2016, artículo 1)

Como resultado, las personas jurídicas tanto públicas como privadas pueden verse inmersas como denunciantes o denunciados en el referido consejo cuando incurran en actividades de corrupción. Por lo que existe un canal de comunicación a una institución pública en la que se denuncia cualquier tipo de actividad ilícita en la que puede recaer una empresa, existiendo así otra norma que fundamenta la existencia del Compliance penal.

De igual forma, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado le permite a la contraloría verificar, examinar y evaluar la manera en cómo las entidades del Estado administran, gestionan y utilizan los recursos públicos en ejercicio del poder político:

La presente Ley tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2015, artículo 1)

Por su parte la misma norma establece consecuencias jurídicas sancionatorias ante toda clase de inobservancia administrativa en el ejercicio de recursos públicos. En consecuencia, existe diversas entidades de control que tienen un rol de prevención y sanción frente a la ejecución de actos económicos de corrupción que puedan cometer personas jurídicas públicas y privadas dentro del país, siendo dichas entidades fundamentos institucionales para el protagonismo y existencia de un sistema de Compliance penal que vaya acorde a la función de verificación y control que se ejerce en el Estado.

Las principales entidades de control que por mandato jurídico van de la mano con finalidad de un objeto de Compliance son las siguientes:

- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
- Fiscalía general del Estado.
- Unidad de Análisis Financiero y económico.
- Superintendencia de Compañías.

A su vez, en normativa legal se encuentra presente la ley orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavados de activos y el financiamiento de delitos, la cual tiene por objeto:

Esta ley tiene por finalidad prevenir, detectar y erradicar el lavado de activos y la financiación de delitos, en sus diferentes modalidades. Para el efecto, son objetivos de esta ley los siguientes: a) Detectar la propiedad, posesión, utilización, oferta, venta, corretaje, comercio interno o externo, transferencia gratuita u onerosa, conversión y tráfico de activos, que fueren resultado o producto de los delitos de los que trata la presente ley, o constituyan instrumentos de ellos, para la aplicación de las sanciones correspondientes; b) Detectar la asociación para ejecutar cualesquiera, de las actividades mencionadas en el literal anterior, o su tentativa; la organización de sociedades o empresas que sean utilizadas para ese propósito; y, la gestión, financiamiento o asistencia técnica encaminados a hacerlas posibles, para la aplicación de las sanciones correspondientes; y, c) Realizar las acciones y gestiones necesarias para recuperar los activos que sean producto de los delitos mencionados en esta ley, que fueren cometidas en territorio ecuatoriano y que se encuentren en el exterior. (Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavados de Activos y el Financiamiento de Delitos, 2017, artículo 1)

El lavado de activos y el financiamiento de delitos es uno de los mayores problemas que atañen al país, pues esta clase de actividades busca el blanqueo de capitales provenientes de actividades delictivas como el narcotráfico y la delincuencia organizada. La normativa citada es uno de los instrumentos jurídicos internacionales que busca combatir este fenómeno criminal que busca perpetuarse por medio de personas jurídicas que bajo actividades de comercio pretende camuflar el lavado de dinero. Por estas consideraciones la normativa mencionada también fundamenta la existencia de un programa de Compliance en la legislación penal vigente del Ecuador.

Lo más cercano a la existencia de un programa de Compliance tácito se encuentra en lo que determina el artículo 5 del instructivo de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos:

Los sujetos obligados a reportar deben desarrollar un sistema de prevención de riesgos que permita detectar casos potencialmente relacionados con el lavado de activos o el financiamiento de delitos en sus diferentes modalidades, con sujeción a los lineamientos que para el efecto establezca el respectivo organismo de regulación al que se encuentren sujetos, que será comunicado a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) para su registro. (Reglamento de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos, 2017. Artículo 5)

Esta norma citada es trascendental para el desarrollo jurídico de esta investigación ya que permite comprender que en el año 2017 ya existía la figura del Compliance para las personas jurídicas, quienes en base al mismo debían reportar toda clase de actividad ilícita económica a la UAFE, siendo esta disposición legal el fundamento el cual en el año 2021 la normativa penal ecuatoriana decidió incluir al Compliance penal con una circunstancia atenuante del hecho punible. Entonces, se evidencia que el Compliance es una figura obligatoria para las personas jurídicas que ejecuten actividades económicas a fin de evitar al menos todo lo relacionado con el denominado lavado de activos y financiamiento de infracciones penales, sin embargo, en la práctica pocas son las empresas en el Ecuador que conocen a cabalidad de obligatoriedad y efectos de la existencia de un programa de Compliance en la sociedad.

No obstante, esta no es la única norma que promueve de forma vinculante la existencia de un programa de Compliance pues las normas de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo determinan en su artículo 4 potestades de control para la superintendencia de compañías, las cuales se traducen en que las empresas controladas cumplan con programas de prevención cuyos requisitos según la norma referida se asemejan a lo que ordena el COIP en su artículo 39. entre algunos de los requisitos semejantes que establece el artículo 4 se encuentran los siguientes:

4.1 Establecer lineamientos que les permitan analizar, evaluar, monitorear y tratar con eficacia los riesgos que se hayan identificado. 4.2 Asegurar que los miembros de la compañía tengan el conocimiento de las normas legales y reglamentarias relacionadas con la prevención de lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y otros delitos y le den cumplimiento. 4.3 Minimizar el grado de exposición inherente al

lavado de activos y al financiamiento del terrorismo y otros delitos. 4.4 Establecer las políticas y procedimientos para conocer al cliente, proveedor, empleado, socio/accionista, mercado y corresponsal, según el caso; y definir a los responsables de su implementación. (Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, 2018, artículo 4).

Es interesante como con el paso de los años la normativa de control de las actividades de personas jurídicas frente al lavado de activos se ha ido desarrollando a tal punto de que la figura del Compliance ya existía antes de ser reconocido como un atenuante de responsabilidad penal en la legislación ecuatoriana, lo que permite inferir que es diverso el marco jurídico institucional por medio del cual los sistemas de prevención delictiva han estado presentes en la legislación vigente. No obstante, parece ser que la norma en la práctica no cumplía debidamente con sus efectos deseados a tal punto que se insertó el sistema de Compliance como una atenuante de la responsabilidad penal para incentivar a los dueños de las empresas a prevenir, mitigar y combatir toda clase de conducta que pueda lesionar bienes jurídicos de trascendencia para el derecho penal económico.

Al ser diverso el marco jurídico institucional, tiene sentido que el artículo 39 del COIP haya determinado que los requisitos que debe cumplir el Compliance tengan un desarrollo jurídico de alcance e interpretación en el respectivo reglamento que debe emitir el ejecutivo sobre la ley penal. No obstante, dicho reglamento no existe aún por lo que es indispensable observar el marco jurídico completo que se ha expuesto en este subtítulo para comprender el alcance de cada uno de los requisitos que configurarían un sistema de Compliance completo y eficaz. Este es entonces la situación normativa y social del Compliance en el Ecuador, el cual engloba diferentes instituciones y normas que tienen como finalidad la prevención de riesgos criminales para las empresas y fomentar una cultura de respeto y observancia hacia la norma para quienes mediante personas jurídicas ejerzan actividades económicas

3.1 Compliance penal como atenuante o eximente de responsabilidad penal

3.1.1 Comparación con la legislación española.

Al igual que en el caso ecuatoriano la legislación española mantenía la idea de que la responsabilidad penal únicamente se extendía hacia personas naturales, dejando de lado la

posibilidad de que las sociedades puedan delinquir. No obstante, con el pasar del tiempo la normativa española reconoció que la persona jurídica también debe ser tomado como un individuo imputable dentro de las vías normativas del derecho penal. (Benites, 2015)

De esta manera, el legislador español fue el primer creador de normas del sistema romano germánico que adoptó la posibilidad de implementar el aforismo *societas delinquere potest* cambiando así el paradigma sobre el cual se estructuraba la responsabilidad de las empresas, fundaciones y organizaciones. Sin embargo, autores como Zugaldía y Marín (2013) han sido críticos en el hecho de que es complejo introducir a la persona jurídica dentro de los dogmas que engloba la teoría general del injusto bajo el argumento de que esta teoría fue creada para las personas naturales y más no para entidades jurídicas.

Entonces, esta ha sido la posición que ha dominado en distintas legislaciones que comparten un sistema legal romano. Sin embargo, en el año de 1995 en la legislación española se comenzaron a observar ciertas consecuencias jurídicas para las empresas que incumplían la ley, sanciones que se imponían por haber cometido delitos de tráfico de drogas, daño a la naturaleza, organizaciones delictivas y tenencia de armas y explosivos. El código penal español estableció este tipo de sanciones de naturaleza accesoria empezando a dar un giro radical a la concepción de responsabilidad de las personas jurídicas.

Martínez (2007) es claro al referir que se empezó a debatir en España si la naturaleza de estas sanciones accesorias era de índole administrativa o trascendía al ámbito penal. Para el autor no puede entenderse este tipo de sanciones como vías administrativas de castigo, sino que constituyen consecuencias propias del derecho punitivo en base a su finalidad de prevención.

Entonces, para dirimir de una vez por todas este debate jurídico el legislador español decidió reformar el código penal en el año 2010, agregando una nueva disposición jurídica al texto penal, numerado como artículo 31 bis modificando así los conceptos básicos sobre los cuales se levantaba la tradición jurídica mundial de que las compañías, fundaciones y organizaciones no podían ser objeto de responsabilidad penal.

El artículo 31 bis responsabiliza a las personas jurídicas por todos los hechos punibles ejecutados a nombre de la empresa, o en beneficio de quienes la gestionan o representan al

igual que aquellos delitos que se han realizado en el ejercicio del objeto social es interesante que el artículo referido también sanciona a las personas jurídicas por las actividades ejecutadas por quienes tienen autorización para la toma de decisiones o tienen atribuciones para controlar y organizar la entidad.

De igual manera, el código penal español sanciona a la empresa por los delitos realizados por quienes han inobservado dentro de la persona jurídica las obligaciones de control, supervisión y vigilancia referentes al caso concreto.

No obstante, lo trascendental de la norma española y que la diferencia de la ley penal ecuatoriana radica en el supuesto de que se produce la eliminación de la responsabilidad penal de la persona jurídica si es que se producen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena (Código Penal Español, 2010, artículo 31 bis).

En el derecho penal español, se entiende que no se puede responsabilizar penalmente a una empresa que ha creado un programa de prevención delictiva eficiente, cuya supervisión de cumplimiento ha sido idónea y efectiva, pero que por actos fraudulentos de alguno de los miembros de la entidad se ha cometido un hecho delictivo. En la sociedad existen diversas normas destinadas a prevenir la lesión de bienes jurídicos, disposiciones legales que son adecuadas y eficaces en muchos aspectos, las cuales están acompañadas de entidades

públicas que velan por su cumplimiento y control. Sin embargo, por la naturaleza humana misma siguen existiendo transgresiones al orden jurídico por más que existan medidas institucionales y normativas idóneas de control y prevención.

Misma situación sucede con el Compliance penal, pues una empresa puede haber implementado un programa de prevención efectivo e idóneo, a más de dotarle de la debida supervisión, vigilancia y control, sin embargo, eso no elimina la posibilidad de que en algún momento por la inobservancia a la norma de uno de sus miembros se transgreda el orden penal. Por estas consideraciones, la legislación española consideraría injusto sancionar a la empresa, que ha cometido un delito por conductas fraudulentas de uno de sus miembros, a pesar de que la persona jurídica ha cumplido debidamente con todos los mecanismos de prevención y supervisión del programa de Compliance.

La legislación española regula debidamente los supuestos en los cuales la empresa quede exenta de responsabilidad penal, haciendo lo siguiente:

- Existencia de un programa de Compliance.
- Supervisión y control del programa de Compliance y su cumplimiento.
- Que las personas naturales que han cometido el delito dentro de la empresa hayan eludido de forma fraudulenta el alcance del modelo de prevención penal.
- La comisión delictiva no sea producto de una omisión en el cumplimiento del programa de Compliance.

Finalmente, la norma española refiere en caso de que solo se acredite uno de los requisitos; la figura del Compliance penal sirve como mecanismo para la atenuación de la pena en conformidad con el artículo 31 quarter. Entonces, para que proceda la atenuación se debe haber realizado las siguientes conductas con posterioridad a la ejecución del hecho punible:

- Presencia del programa de Compliance parcialmente efectivo hasta antes del juicio oral.
- Confesión del delito antes de conocer el proceso judicial en contra de la empresa
- Colaboración en la investigación mediante la aportación de elementos probatorios en cualquier estado de la causa

- Reducir los daños producidos por la infracción hasta antes del juicio oral.

Con respecto a los requisitos que debe tener el programa de Compliance la legislación española en el artículo 31 bis del código penal establece únicamente 6 requisitos puntuales, a diferencia de la norma ecuatoriana que establece un total de 11 requisitos. Ambas normas comparten iguales requisitos, no obstante, el modelo ecuatoriano ha adecuado el código de ética, programas de capacitación de personal y el programa conozca a su cliente o debida diligencia, con respecto a lo demás tanto España como Ecuador comparten los mismos requisitos jurídicos.

Por último, debe referirse, que Ecuador y España también comparten un mismo sistema de imputación penal para personas jurídicas, referente a la autorresponsabilidad ya que el artículo 31 ter, expresa que se sancionara a la entidad, compañía o fundación a pesar de que no se haya podido singularizar a las personas naturales que de forma material hayan cometido el hecho delictivo. La legislación española abre la puerta para tomar en consideración la estructura jurídica del Compliance y determinar que el mismo no solo debe ser tomado como un programa de prevención atenuante de la sanción penal, sino debe ser considerado como eximente de responsabilidad.

3.2 Indebida apreciación de la norma penal vigente.

Ecuador ha adoptado la implementación de los sistemas de Compliance penal con el fin de ser fiel a los mandamientos exigidos por la normativa internacional y las leyes y reglamentos que regulan a las entidades de control dentro del país. Estas exigencias jurídicas han sido claves para seguir desarrollando la figura jurídica de la responsabilidad penal de las compañías como una nueva manera de imputación penal que ha previsto la normativa ecuatoriana.

No obstante, a pesar de que Ecuador ha progresado en la manera en cómo se entiende la responsabilidad penal de las empresas, no es menos cierto que aún existen deficiencias en los efectos y desarrollo legal que debe tener esta nueva modalidad de imputación. El artículo 49 COIP ostenta ciertas deficiencias en cuanto al alcance y efectos de la figura del Compliance penal, los cuales se enunciarán a continuación haciendo evidencia los errores de esta disposición jurídica.

Primero, se presenta el problema de que el artículo 49 ordena que el Estado debe por medio del ejecutivo desarrollar el alcance y contenido de cada uno de los preceptos jurídicos que determinan los requisitos que deben cumplir los programas de Compliance penal, sin embargo, dicho reglamento no ha sido creado hasta el día de hoy, situación que genera que la interpretación que se le pueda dar al contenido de los presupuestos del programa de prevención queden supeditados a la ambigüedad e incertidumbre legal.

La falta de un reglamento genera que se afecte el derecho a la seguridad jurídica ya que la norma penal determina requisitos abiertos y generales que no establecen una forma clara y concreta; por la cual una compañía pueda redactar adecuadamente un programa de Compliance y por su parte tampoco le permite al juzgador en un eventual proceso penal valorar si es que el programa de prevención cumple o no con los requisitos establecidos para atenuar la responsabilidad penal.

Además, el hecho de que la interpretación en materia penal sea limitada impide que los destinatarios de la norma puedan desarrollar por su cuenta el contenido de cada uno de los requisitos del programa de Compliance. En definitiva, son estos problemas una deficiencia en el marco legal penal que regula la responsabilidad de las compañías la cual pone desde esta perspectiva en problemas la aplicabilidad de un programa de prevención penal efectivo que atenúe la responsabilidad penal de las compañías.

Segundo, otro error en la norma penal ecuatoriana radica en limitar los efectos jurídicos del Compliance a la atenuación de la responsabilidad penal, sin tomar en consideración que la legislación comparada como es el caso español ha propiciado que esta clase de programa de prevención no solo atenúe la pena sino también la extinga, demostrando mayor conocimiento de la figura el legislador español por encima del ecuatoriano.

Las razones por las cuales un sistema de prevención efectivo debería eximir la responsabilidad penal de la empresa se encuentra en el hecho de que no tiene lógica sancionar a la empresa si es que la misma ha cumplido con los siguientes supuestos dentro de su programa de prevención, pero por cuestiones ajenas se ha visto inmersa en la consumación del delito:

1. La compañía ha ejecutado con eficiencia el programa de prevención y se ha apoyado en medidas de control y vigilancia idóneas para prevenir la comisión de infracciones penales, reduciendo en mayor medida de lo posible el riesgo de delinquir.
2. Supervisión del cumplimiento de prevención por auditoría interna como externa
3. Las personas naturales que forman parte de la empresa han cometido la infracción penal eludiendo todas las barreras que establece el sistema de prevención o Compliance frente a la consumación delictiva.
4. Finalmente, que el delito cometido no se haya producido por omisión o negligencia en las obligaciones de supervisión y control en el cumplimiento del programa del Compliance

Consecuentemente, resulta lógico que si se cumplen estos presupuestos ante un supuesto en el cual una empresa se ve inmiscuida en un proceso penal en su contra, sería idóneo que la norma ecuatoriana reconozca expresamente que la responsabilidad penal no se atenúa sino se extingue, en razón de que hasta el programa más efectivo de prevención penal puede llegar a fallar si es que algún miembro de la empresa decide burlar del sistema de Compliance, a pesar de que este haya sido aplicado de manera idónea y efectiva cumpliendo todos los requisitos legales.

En este orden de ideas, resulta indispensable que la legislación ecuatoriana adecue esta modalidad de eximente de responsabilidad penal para las compañías, comprendiendo que se debe otorgar el derecho a la persona jurídica en el proceso de demostrar la eficacia y efectividad de su programa de prevención para que el juzgador pueda valorar que no sería justo sancionar a una compañía cuando esta se ha visto inmersa en un proceso penal por circunstancias ajenas a cualquier clase de omisión, negligencia o deficiencia en el cumplimiento del programa del Compliance.

3.3 Propuesta de modificación a los efectos jurídicos del Compliance penal frente a la pena.

Con lo analizado en este trabajo y con el fin de mejorar la aplicabilidad de los sistemas de prevención penal, se plantea la siguiente propuesta de reforma al artículo 49 del COIP con el objeto de fortalecer los mecanismos que determinan la manera en cómo se establece la

responsabilidad penal de las compañías en el Ecuador. Por lo tanto, se propone una reforma que no solo tiene como objeto atenuar la responsabilidad penal, sino también contempla la eximición de responsabilidad en supuestos debidamente fundamentados.

Esta reforma plantea que el artículo 49 debe eximir la responsabilidad penal de la compañía si es que se cumple los siguientes cuatro supuestos:

- a. Existencia de modelo de prevención penal eficaz: la compañía será eximida de su responsabilidad penal si es que ha adoptado un modelo de gestión y organización que determine toda clase de medidas de vigilancia indispensables para prevenir la comisión delictiva en todas sus esferas societarias, reduciendo el riesgo para delinquir
- b. Supervisión interna y externa: la compañía debe adoptar toda clase de mecanismos de control o auditoría interna y externa que supervisen el debido cumplimiento del programa de prevención de manera periódica.
- c. Que el delito sea producido por la ilusión fraudulenta del sistema de prevención: la comisión de la infracción penal tiene que haber surgido porque los autores individuales del delito han burlado de forma fraudulenta los modelos de organización penal de la persona jurídica.
- d. Ausencia de omisión o imprudencia en el cumplimiento del programa de Compliance: la compañía no debe haber recaído en la comisión de un delito por imprudencia u omisión en el cumplimiento de toda la normativa que contiene el programa de prevención.

CONCLUSIONES.

El COIP en el 2014, reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas, modificando los principios sobre las cuales se estructuraba la naturaleza jurídica penal de las compañías, pues el axioma “una sociedad no puede delinquir”, se traslada al precepto “una sociedad puede delinquir”. Esta situación generó que el Ecuador vaya estructurando con el paso de los años una normativa jurídico penal que se ajuste a las nuevas condiciones sobre las cuales se entendía la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Estado.

Por tal razón, en febrero del 2021 con la nueva reforma al Código Orgánico Integral Penal se estableció el Compliance Program en la normativa ecuatoriana en los artículos 45 y 49, con el objeto de establecer un programa de prevención de comisión de delitos por parte de las compañías y sociedades. Sin embargo, el efecto jurídico de la aplicación de dicho programa ha sido limitado a la atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, olvidando el legislador de que la implementación de un Compliance Program de calidad debería permitir que la pena no solo se atenúe sino se exima la responsabilidad penal. Es en este punto en el que ha surgido la motivación de analizar el presente trabajo de investigación que se propone con la finalidad de solventar un problema jurídico de la legislación ecuatoriana.

El Compliance Program o programa de cumplimiento tuvo mayor aplicación en el sistema anglosajón, pero en la actualidad fue adoptado también por España y Ecuador y se basa en el conjunto de normas técnicas que cada empresa debe elaborar con el objetivo de poder regular sus actividades y la forma en cómo las realizan para que puedan seguir lucrando, pero de una manera lícita y así salvaguardar el buen nombre de la compañía frente a la sociedad, del mismo modo, el Compliance es usado para evitar prácticas ilícitas como el fraude, la corrupción, lavado de dinero y el soborno que se pueden generar en las empresas por lo que cada programa debe ser individual ya que va a depender de la actividad que va a realizar cada empresa.

A su vez, a lo largo de este trabajo se determinó que si se establece un modelo integral de prevención delictiva que incluya todas las medidas necesarias para reducir los riesgos de comisión delictiva, representa el compromiso de la compañía de adecuar su compromiso al cumplimiento del orden legal vigente. Por tales consideraciones la vigilancia de dicho programa y la ausencia de imprudencia en el incumplimiento de sus estándares jurídicos consisten en elementos que respaldan la idea de que el programa de compliance debe ser tomado en cuenta como un instrumento capaz de eximir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De todo lo analizado se desprende que no tiene sentido sancionar a una compañía que ha cumplido con los mandamientos del compliance pero que ha sido engañada por delinquentes individuales que han decidido burlar las protecciones de prevención penal de la empresa con el fin de obtener beneficios económicos. Por lo que, si la empresa no ha sido negligente en el seguimiento y cumplimiento del programa de prevención, no tiene porqué ser sancionada penalmente.

De este modo, el problema radica porque únicamente el compliance solo atenúa la responsabilidad penal a las personas jurídicas lo que causa que la norma sea escueta; ya que existe la necesidad de que se le incluya también como eximente de responsabilidad penal; cuando una empresa se blinde de todas las seguridades mediante el compliance program y cumpla con todos los requisitos establecidos en el artículo 49, es así que en este trabajo se propone una reforma que no solo tiene como objeto atenuar la responsabilidad penal, sino también contempla la eximición de responsabilidad en supuestos debidamente fundamentados.

En consecuencia, se ha demostrado que el legislador ecuatoriano ha fallado en la implementación de esta figura jurídica, porque en la legislación comparada este tipo de programas de prevención permiten eximir la responsabilidad, demostrándose que se ha adaptado una figura extranjera al ordenamiento jurídico nacional sin tomar en consideración de manera completa todo lo que rodea al marco jurídico de imputación penal de las personas jurídicas.

Por tanto, si bien se conoce que la responsabilidad penal de las compañías aún se encuentra en desarrollo, siendo un conjunto de normas que debe adecuarse a todas las

posibilidades que la realidad presente a los juzgadores, fiscales, profesionales de derecho y demás ciudadanos. El derecho siempre tiene que regularse para el mayor número de años posible en el futuro, por lo que el legislador ecuatoriano debería entender que el programa de Compliance debe eximir la responsabilidad penal dentro de ciertos casos concretos, siendo la opinión final de este trabajo el reformar el artículo 49 del COIP conforme las reglas que se han enunciado en el capítulo tres de este proyecto de investigación.

BIBLIOGRAFIA.

Abadie Aguilera, J. D. (2023). Compliance y la formación ciudadana en Ecuador. *Revista Conrado*, 19(92), 491-498.

Aboso, G. (2019). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de corrupción, El caso argentino (Ley N° 27.401). *Revista en Ciencias Penales y Criminológicas* Número 2.

Alonso, J. (2011). "Los programas de cumplimiento", en Díaz-Maroto y Villarejo/Rodríguez Mourullo (eds.) *Estudios sobre las reformas al Código Penal*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

Arnáez Arce, V. M. (2022). La contratación pública socialmente sostenible. La alternativa del modelo cooperativo. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, (60), 47-82.

Ayala de la Torre, J.M (2016). *Claves prácticas Compliance*. Lefebvre Bacigalupo,

E. (2011). *Compliance y Derecho Penal*. Cizur Menor: Aranzadi, SA

Bayancela Delgado, M. T. (2022). Compliance Programs y su incorporación en la legislación penal ecuatoriana. *Iuris Dictio*, (29), 129-140.

Benítez, I. (2015). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Breve análisis del alcance del artículo 31 bis del Código Penal, tras las reformas operadas por las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo. En AA.VV., *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y derecho penal económico en el siglo XXI* (págs. 259-291). La Habana: UNIJURIS.

Bustamante, J. C. (2014). Reseña de: "Transformaciones globales. Política, Economía y Cultura" de David Held, Anthony McGrew, David Goldblatt y Jonathan Perraton. *Aldea Mundo*, 8(16), 107-108.

Campoverde-Molina, M., & Valverde, L. (2020). Accessibility analysis of the web portals of the educational institutions in Cuenca, Ecuador. *CATEDRA. Revista especializada en estudios culturales y humanísticos*, 2(2), 53-72.

Coca, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?, en Silva Sánchez, J., (Dir.) /Montaner Fernández (Coord.), Criminalidad de Empresa y Compliance. Barcelona: Atelier.

De Miranda, J. E. (2018). De la participación económica de los miembros a la impropiedad del artículo 27, y su párrafo 2.º, de la Ley brasileña 4.595/64, en el orden del Cooperativismo de crédito: la desnaturalización de las cooperativas por el Banco Central de Brasil. Boletín De La Asociación Internacional De Derecho Cooperativo, (53), 87-105.

Díaz Gómez, A. (2011). El modelo de responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas tras la LO 5/2010. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

Donaires, P. (2013). Responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Comparado. Derecho y Cambio Social, 1-22

Ecuador, Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Registro Oficial Suplemento nro. 22

Ecuador, Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial nro. 180.

García Falconí, R. J. y Alba Zurita, E. (2017). La responsabilidad penal de las personas jurídicas, especial enfoque al caso ecuatoriano. En Pérez-Cruz Martín, A-J. (Dir.) y Neira Pena, A. (coord.). Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas (375-399). Navarra: Aranzadi.

Hernández Basualto, H. (2019). Procedencia de una eximente o defense de cumplimiento; de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno. Revista Chilena De Derecho, 45(2), 427–451.

Jefatura del Estado. (2010). Código Penal Español, «BOE» núm. 281

Martínez-Buján, C. (2007). Derecho Penal Económico y de la Empresa. Tirant lo Blanch.

Matus, J. P. (2013). Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales, 2(2), 11-22.

- Molina Fernández, F. (2010). Memento práctico penal 2010. Editorial Francis Lefebvre.
- Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal; fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades. Atelier.
- Peces, Á. et. al. (2017). Compliance penal. Francis Lefebvre.
- Presidencia de la República del Ecuador. (2018). Reglamento de Denuncias del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Registro Oficial nro. 673
- Presidencia de la República del Ecuador. (2018). Reglamento Ley Orgánica de Prevención y Erradicación de Lavado de Activos, Registro Oficial Suplemento nro. 802
- Rotsch, T. (2012). “Criminal Compliance”, en: www.indret.com
- Superintendencia de Compañías. (2018). Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, Registro Oficial 319.
- Zugaldía, J. M., & Marín de Espinosa, E. B. (2013). Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.