

Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador: una discusión inacabada

Corporate criminal liability in Ecuador: An unfinished discussion

Héctor Vanegas Fernández

Universidad de Guayaquil

hector.vanegasf@ug.edu.ec

Resumen: El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador sigue siendo un tema que genera discusión y los aportes que se pueden generar al respecto, están lejos de terminar. Es en base a esta primera premisa, que el objeto de estudio de este trabajo académico será repasar los componentes legales y dogmáticos que han dado sentido a este sistema. Para el efecto, se tiene en consideración el antecedente histórico que motivó la reforma, como el auge de la delincuencia corporativa y el cumplimiento de compromisos internacionales de lucha contra la corrupción. Con este contexto, se busca de manera crítica repasar todas las reformas que ha tenido que pasar el modelo en nuestro país, además, delimitar de manera clara las características fundamentales que comprenden nuestro sistema de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, de conformidad a las acepciones establecidas en nuestro Código Orgánico Integral Penal; todo para abordar la perspectiva a futuro, que tiene como objetivo lograr la aplicabilidad práctica del sistema, mediante la aceptación de los programas de cumplimiento normativo o *compliance*, como mecanismos de eximente de responsabilidad, que generen incentivo suficiente a las corporaciones para que operen como aliados estratégicos en la detección y denuncia del fenómeno criminal en el seno empresarial.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, cumplimiento normativo, *compliance*, eximente, corporaciones.

Abstract: The debate on the criminal responsibility of legal entities in Ecuador continues to be a topic that generates discussion and the contributions that can be generated in this regard are far from over. It is based on this first premise that the object of study of this academic work will be repaired in the legal and dogmatic components that have given meaning to this system. For this purpose, the historical background that motivated the reform is taken into consideration, such as the rise of corporate crime and the fulfillment of international commitments to fight corruption. With this context, it is critically sought to repair all the reforms that have had to pass the model in our country, in addition, to clearly define the fundamental characteristics that understand our RPPJ system, in accordance with the meanings established in our Criminal Code; everything to address the future perspective, which aims to

achieve the practical applicability of the system, through the acceptance of regulatory compliance or compliance programs, as liability exemption mechanisms, which generate sufficient incentive for corporations to operate as allies strategies in the detection and denunciation of the criminal phenomenon in the business world.

Keywords: Criminal liability of companies, regulatory compliance, compliance, exemption, imputation mechanisms, corporations.

INTRODUCCIÓN

El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante “RPPJ”) en el Ecuador podría parecer finiquitado, ya que han pasado ocho años desde la incorporación del sistema a nuestro ordenamiento jurídico y ha sido abundante el pronunciamiento de la doctrina local sobre el tema.

A pesar de aquello, detectamos que la aplicación práctica del modelo sigue construyéndose mediante reformas legislativas y en menor medida con pronunciamientos judiciales. Esto en particular, por cuanto la formulación propuesta en un primer momento dista de comprender el fenómeno de la responsabilidad penal empresarial desde una perspectiva de autorregulación, y, por ende, de considerar a las corporaciones como aliadas estratégicas en la detección temprana, denuncia y sanción de la delincuencia acaecida en el seno empresarial.

La falta de comprensión genérica sobre las nuevas formas de criminalidad y las erróneas interpretaciones que se han realizado a nivel político y judicial sobre la aplicabilidad de los modelos de prevención y su aporte a una posterior sanción, han generado que el ideal de la construcción jurídica que ha estructurado nuestro ordenamiento jurídico esté lejos de cumplir los objetivos político-criminales que respaldaron desde un primer momento la incorporación definitiva de un modelo de RPPJ.

Con este antecedente, el objeto de este trabajo académico será poner de manifiesto a manera de compendio la descripción de lo que representa nuestro modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para el efecto, partiremos de las propias causas de su incorporación, que atendieron a compromisos internacionales y al auge de la delincuencia empresarial.

Posterior a aquello, se pretende repasar los diversos modelos de imputación que la doctrina ha desarrollado para este caso en concreto y así, dar cuenta del modelo que ha acogido nuestra legislación para lograr la prevención y sanción a estos nuevos fenómenos delictivos.

Para generar un aporte significativo a la comprensión de nuestro modelo, se describirá a detalle las características fundamentales del mismo y se abordará las reformas legislativas que han intentado dotar -sin mayor éxito- de aplicabilidad práctica al sistema.

La finalidad de todo este repaso, será a manera de crítica incentivar la aceptación de los programas de cumplimiento normativo o *compliance programs*, como un mecanismo idóneo para dotar de sentido práctico al modelo de RPPJ incorporado en el Ecuador, ya que se estima necesario dar el paso desde el control estatal -que ha resultado escaso o nulo en cuanto al rastreo y represión de la delincuencia corporativa- a la autorregulación empresarial, que bajo los

debidos controles, podría representar la consumación definitiva de los objetivos planteados en cuanto a la prevención, sanción y disminución de la delincuencia empresarial.

Justificación político criminal de la RPPJ y su incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano

Desde el año 2003, la República del Ecuador suscribió la “Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”, misma que en su artículo veintiséis (art. 26), ya advertía: “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente convención” (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, 2003); y en el mismo apartado dejaba la alternativa a los Estados, para que con sujeción a la independencia interna de cada país, esta responsabilidad sea civil, administrativa o penal.

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas -tema objeto de este estudio- Ecuador tomó once años en acatar la disposición del tratado internacional suscrito, mediante la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal el 10 de agosto de 2014 (RO-S 180 del 10 de febrero del 2014), abandonando el arraigado principio continental *societas delinquere non potest* y dando paso a la posibilidad de que las personas jurídicas sean sancionadas por conductas penalmente relevantes (Zambrano, 2018)

Podríamos delimitar a priori que cumplir con el estándar internacional, fue uno de los primeros justificantes para la adopción de un modelo de RPPJ, sin embargo, debemos de tener en consideración el contexto político criminal a nivel global, que motivó al legislador ecuatoriano.

Para el efecto, partimos de tener en consideración que los delitos económicos acaecidos en el seno de organizaciones con personalidad jurídica no afectan únicamente la economía local, sino además tienen trascendencia internacional (Berruezo, 2017). La delincuencia económica o macroeconómica, que obligó a nuestra legislación a desarrollar alternativas para su prevención y sanción, según el profesor Cervini, se caracterizan por:

-Transnacionalización: Fuerte incremento de actos delictivos con despliegue en cuanto a su proceso ejecutivo en diferentes territorios. Las conductas delictivas y sus efectos sobrepasan la barrera nacional y logran materializarse en otros Estados.

-Abuso de la posición dominante: La materialización de estos delitos se efectiviza mediante el abuso de una posición dominante, que en otras palabras significa el uso abusivo de los recursos del poder, ya sea en el ámbito económico, político, o profesional.

-Apariencia de legalidad: Estos macro delitos económicos se producen bajo esquemas que exteriormente tienen la apariencia de una absoluta legalidad, que va de la mano con el funcionamiento de ciertos estándares de fiabilidad, que los hace pasar desapercibidos.

-Sobredimensión del daño: Esta realidad económica obliga a los países a tener que implementar mecanismos de supervisión del sistema financiero. Este costo operativo lo sufren las corporaciones financieras que tienen la carga de controlar la procedencia legítima de los fondos que reciben. Muchas veces, pese al voluminoso daño patrimonial que causan, todas estas conductas pasan desapercibidas ante la falta de políticas claras para su prevención y represión.

-Mutabilidad: Las desviaciones macroeconómicas y los delitos económicos en general se ejecutan de forma dinámica y variada, lo cual dificulta su represión y sanción.

-Carácter difuso de la víctima: La víctima de los delitos económicos tiene un carácter múltiple, anónimo e incontrolable. No necesariamente es una víctima específica -distinta al Estado- lo que dificulta la función represiva del derecho penal.

-Impunidad: La mayoría de las conductas delictivas macroeconómicas quedan en la impunidad, por cuanto la legislación deviene en escasa de una regulación eficaz que ataque directamente el núcleo de este fenómeno criminal. (Cervini, 2005)

La preocupación global del colectivo social, devenía en que nuestro modelo de derecho penal no pueda dar una respuesta eficaz al fenómeno delictivo, cuyo origen se da en estructuras de poder -ya sea económico o político- como el caso de aquellas empresas legalmente constituidas que cometen ilícitos producto de su propia actividad o que funcionan como máscaras o empresas fantasmas para encubrir conductas penalmente relevantes (Verde & Fiszer, 2004) como el delito de lavado de dinero o el enriquecimiento privado no justificado.

Esta moderna tipología de comisión de conductas delictivas, más el auge de las nuevas tecnologías, la globalización, la sociedad del riesgo y por supuesto, el dar cumplimiento a

compromisos internacionales adquiridos con anterioridad, fueron factores determinantes que motivaron al legislador ecuatoriano para incorporar dentro de su legislación un modelo de sanción penal a las personas jurídicas.

Con este primer antecedente, aún resulta escasa la justificación político criminal de la reforma. Un sector crítico de la doctrina ecuatoriana, encabezado por el profesor Zavala Egas, no tiene reparo en señalar que en realidad la adopción de este modelo se dio sin que anteceda ningún estudio cuantitativo, ni dogmático. En realidad, y siguiendo a este autor:

El modelo de responsabilidad penal, que es producto de una interpretación semejante a la que hizo la Fiscalía General del Estado español, mediante Circular 1/2011 del 1 de junio de 2011, cuando existió la reforma al Código Penal, mediante Ley Orgánica No. 5/2010, en especial el artículo 31.2, el mismo que es esencialmente igual al que consta en los textos de los artículos 49 y 50 del COIP (Zavala, 2014).

La consideración puede parecer letal, pero desde nuestro punto de vista resulta limitada. La realidad es que la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico un sistema de RPPJ, respondía a la exigencia internacional y el auge desmedido de la delincuencia empresarial (Araujo, 2010).

La crítica, por el contrario, debe centrarse en las repercusiones que ha tenido la incorporación de este sistema, ya que podemos apreciar que han pasado ocho años desde la adopción del modelo y los objetivos planteados desde la política criminal, para la prevención, disminución e incluso sanción de las conductas delictivas ejecutadas en el contexto empresarial, distan de cumplir las expectativas generadas. Al momento, no queda otra alternativa que responder la exigencia de lograr consensos y reformas que den efectividad práctica a un modelo que peca o al menos corre riesgo de no ser más que parte de un catálogo de derecho penal simbólico.

1. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

La doctrina especializada ha desarrollado sendos mecanismos de imputación de las personas jurídicas, sin embargo, centraremos el análisis en los dos que han sido protagónicos en la discusión dogmática, a saber: i) el modelo de responsabilidad por atribución, también conocido como modelo vicarial o de hetero responsabilidad, y ii) modelo de responsabilidad por hecho propio, también conocido como autorresponsabilidad (Pozo & Pazmino, 2019).

1.1. El modelo de responsabilidad “por atribución” (hetero responsabilidad)

Este modelo responsabilidad penal de las personas jurídicas, presupone que la comisión del hecho delictivo haya sido realizada por una de las personas físicas que componen la organización, para el efecto es habitual pensar en los representantes legales o quienes forman parte de los órganos de gobierno de las compañías (Nieto, 2008).

Sin embargo, los mecanismos de imputación en este modelo pueden extenderse, incluso a cualquier miembro de la organización, incluido aquel que no tenga potestad de decisión, es decir un empleado, o mando medio; aun cuando aquello tensiona las garantías básicas del debido proceso (Sánchez, 2016). Este modelo se identifica con la versión respondeat superior norteamericana. Mientras que, si la relevancia de los comportamientos delictivos se da únicamente a raíz de la participación de los superiores jerárquicos, hablamos de la versión de identificación inglesa, o teoría del alter ego (identification theory) (Bacigalupo, 1998).

Una descripción relevante es que las infracciones a las que nos hemos referido pueden ser perpetradas por acción u omisión, es decir, por el no cumplimiento de un deber objetivo de cuidado o en el contexto del derecho penal de la empresa, por omitir deberes de vigilancia, de coordinación, o de selección, que conducen a que un integrante de la persona jurídica -incluso en niveles inferiores, como se ha expuesto- tenga la posibilidad de realizar el hecho ilícito en la estructura empresarial (Silva Sánchez, 2016).

En este contexto, la responsabilidad jurídica, por el hecho delictivo o penalmente relevante, cometido por un directivo o un miembro inferior de la organización, se transfiere a la persona jurídica, en razón de la relación funcional existente entre ambas.

En palabras del profesor Silva Sánchez (2016) este es un sistema de responsabilidad alternativa más que acumulativa, y en este contexto no fundamenta a conveniencia la posibilidad de sancionar tanto al órgano o representante legal como a la persona jurídica; desde una perspectiva clásica podríamos resolver que existe un solo hecho de un solo sujeto, por ende, aceptar esta doble sanción, podría significar una vulneración del derecho constitucional al non bis in ídem o prohibición de doble juzgamiento.

Con estos antecedentes, podemos afirmar que este modelo vicarial de responsabilidad consiste en la transferencia de la responsabilidad penal de la persona física a la persona jurídica, entendiendo entonces que, si la persona natural actúa, también actúa la persona jurídica.

1.2. Modelo de responsabilidad por hecho propio (autorresponsabilidad).

A diferencia del anterior, el modelo de responsabilidad por hecho propio no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa.

En este contexto, la responsabilidad es de una estructura de carácter “anónima”, en cuanto a la personalización de la comisión de la infracción, aun cuando de todos modos es compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realizan materialmente y de modo directo la conducta delictiva.

Precisamente en este sistema, se sienta la discusión en torno a la “culpabilidad por defecto de organización” y por ende a la responsabilidad penal por las actividades criminales de grupo, que se proponen como mecanismos de atribución de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica.

Este sistema se aleja de aquella relación de dependencia con la persona física y busca específicamente un mecanismo de imputación directo a la persona jurídica por la actuación delictiva cometida en su seno y en su beneficio.

Para explicar a detalle este modelo de responsabilidad resulta necesario determinar las propuestas doctrinales más relevantes, para el efecto, Pazmiño Ruiz y Pozo Torres (2019), realizan la siguiente distinción: “La culpabilidad por defecto de organización (Tiedemann), la culpabilidad por carácter de empresa (Lampe), la culpabilidad por conducción empresarial (Heine), y el modelo constructivista” (Gómez-Jara Díez).

Sobre los beneficios políticos criminales, de optar por un modelo directo de imputación para la persona jurídica, encontramos:

-El modelo directo se muestra como alternativa ante los desafíos de la irresponsabilidad organizada, en específico, la individualización de la persona física que cometió el hecho delictivo.

-La retribución de la sanción recae directamente sobre la persona jurídica y su patrimonio, más no sobre la persona física (sea representante legal, delegado, o empleado), por ende, la posibilidad de insolvencia de estos últimos para cubrir la sanción se reduce.

-Se evita la vulneración de garantías básicas del procesado, por cuanto, no se aplican los mismos mecanismos de imputación de las personas físicas -garantías estrictas y sólidas- a la persona jurídica, lo que da lugar a la implementación o creación de una teoría jurídica del delito – y sus respectivos mecanismos de imputación- propios de la persona jurídica o del derecho penal de la empresa.

La pena tendría mayor legitimidad, por cuanto la persona jurídica respondería por su propio accionar u omisión, más no por el hecho de un tercero, ajeno a su ámbito de responsabilidad.

2. Sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador: breves nociones.

Nuestra legislación contempla en los artículos 49 y 50 del Código Orgánico Integral Penal, un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con características delimitadas.

En primer lugar, se plantea un modelo de responsabilidad vicarial o de hetero responsabilidad, en el que la responsabilidad de la persona jurídica debe estudiarse de forma autónoma a la de la persona natural. Se entiende con claridad que el delito cometido en su seno debe ser en beneficio propio o en el de sus socios, pero no existe una delimitación clara sobre el alcance de la actuación y responsabilidad de la persona jurídica y de la persona física. Esto podría acarrear un problema a los operadores judiciales en el caso concreto.

El catálogo de personas naturales que pueden responder -cuando actúan en beneficio propio de la persona jurídica o de sus asociados- por acción u omisión, es bastante amplio, entre los mismos encontramos a quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas (Código Orgánico Integral Penal, 2022).

Hay una diferenciación explícita entre la estructura referente a la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las que se deben de imponer a las personas físicas, y no resultaría posible atribuir responsabilidad penal a las organizaciones que carezcan de personalidad jurídica o a las que sean de derecho público.

En cuanto a los parámetros procesales, podemos decir que existe muy poco desarrollo en cuanto al modo de comparecencia de la persona jurídica al proceso en caso de ser imputada. No se define con claridad si es que debe ser representada necesariamente por quien conste como su representante legal, o, en su defecto, si se puede nombrar a cualquier miembro de la empresa para que comparezca en su representación dentro del juicio.

En términos generales, según Juan Francisco Pozo y José Roberto Pazmiño, las características fundamentales de nuestro modelo de RPPJ, se entienden de conformidad a los siguientes postulados:

2.1. Modelo de sujetos activos

El artículo 49 del COIP establece que “*las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables*” (2022); entonces podríamos decir que nuestro modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas es calificado,

por cuanto únicamente se configura como sujeto de imputación aquella persona jurídica de carácter privado, excluyendo absolutamente la posibilidad de imputar algún tipo de responsabilidad a las empresas públicas propias del Estado y de la administración.

Dentro de las personas jurídicas privadas nuestra legislación contempla: compañías anónimas, limitadas, por acciones simplificadas, fundaciones y demás que estén sujetas a reglamentaciones jurídicas de carácter societario, mercantil y civil.

Por otro lado, las personas jurídicas de derecho público -que no son sujeto de responsabilidad penal- están contempladas en el art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador, y entre las mismas encontramos a los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos (Constitución de la República del Ecuador, 2021).

2.2. Modelo numerus clausus

El hecho de que las personas jurídicas sean penalmente responsables en nuestra legislación no significa que lo sean por todos los delitos que contempla el Código Orgánico Integral Penal, por el contrario, las personas jurídicas sancionadas en nuestro país pueden serlo únicamente por los delitos del catálogo cerrado (numerus clausus), que taxativamente contemplan esta posibilidad. A tener en consideración: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados” (Pozo, 2018)

2.3. Modelo de responsabilidad acumulativa

El modelo de imputación ecuatoriano es de responsabilidad acumulativa, lo que significa que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de la persona física. Esto acentúa la idea de que nuestro modelo sigue la corriente del sistema de imputación directa, ya que la responsabilidad acumulativa permite que tanto a la persona física, como la persona jurídica puedan responder penalmente por la conducta ilícita cometida, manteniendo entonces un doble sistema de imputación.

2.4. Modelo de sanciones

El artículo 71 del COIP, contempla como penas aplicables a las personas jurídicas según cada caso concreto, las siguientes:

Multa, comiso penal, clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado, realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial, remediación integral de los daños ambientales causados, disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontratación o de reactivación de la persona jurídica, prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción (Asamblea Nacional, 2022)

Es relevante determinar que la aplicación de estas penas no se da de forma discrecional, ya que cada tipo penal que contempla responsabilidad penal de las personas jurídicas establece taxativamente las penas aplicables.

2.5. Modelo de exclusión de responsabilidad.

El segundo inciso del artículo 50 del COIP, contempla una cláusula de inextinción de responsabilidad penal, lo que significa que la responsabilidad penal no se verá extinguida en caso de que exista concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos delictivos; tampoco en el caso de que estas personas hayan fallecido o eludido a la justicia, o en su favor se dicte un sobreseimiento (Pozo & Pazmino, 2019).

Por otro lado, tampoco se extinguirá la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se hayan fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o realizado cualquier otro procedimiento de índole societario.

3. Ley Orgánica Reformatoria Del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción: la discusión persiste.

Ante la ineficacia práctica del modelo, el legislador ecuatoriano reformó el sistema de RPPJ, dando paso a la posibilidad de una atenuación de la pena, en caso de que exista en el seno corporativo un programa de compliance.

En específico en el Registro oficial No. 392 del 17 de febrero del 2021, se publicó la “Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción”, misma que dio lugar a la posibilidad de que las personas jurídicas obtengan una atenuación en su responsabilidad penal, ante la existencia de un programa de cumplimiento normativo.

La delimitación para la aplicación de este beneficio, de conformidad a la norma reformada se centra en las siguientes consideraciones:

De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.

Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.

Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio.

Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistema de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección, y/o supervisión, a cargo de un departamento y órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o de una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización (Asamblea Nacional, 2022).

Por un lado, podría pensarse que aquello estima el cumplimiento de los objetivos político-criminales que fundamentan la RPPJ, sin embargo, ante la falta de un incentivo general a las corporaciones, es nula la repercusión positiva que se desprende de la reforma.

Partimos de la base de que hay conductas delictivas que se generan al interior de las corporaciones, y que el Estado no logra detectar, por ende, dar paso a un modelo de RPPJ, es también consentir en la aceptación de un modelo de autorregulación, en el que las propias organizaciones empresariales actúan como aliado estratégico en la detección y denuncia de conductas delictivas; y por supuesto, ante la colaboración eficaz que se pueda efectuar, deviene en legítima una aspiración de obtener un beneficio superior a la simple atenuación de responsabilidad (Vanegas Fernández, 2021).

En este contexto, podemos valorar que los atenuantes planteados por el legislador ecuatoriano, tienen aplicación práctica en dos momentos concretos. Aquellos que son realizados con anterioridad al hecho delictivo, y los que se ejecutan con posterioridad.

En cuanto a los que se formulan en un estado previo a la comisión de la conducta punible, encontramos al literal d), descrito anteriormente como programas de cumplimiento normativo.

En este caso, los modelos preventivos no están enfocados en el descubrimiento de la conducta delictiva, ni en la disminución de sus consecuencias jurídicas o fácticas, por el contrario, se enfoca en la prevención de posibles conductas punibles que se ejecuten en el futuro,

Esta prevención puede conseguirse disminuyendo los enfoques de peligrosidad que se generen al interior de la persona jurídica (Gómez Colomer, 2019). En concreto debemos establecer que el fundamento de esta atenuante es adopción de medidas organizativas eficaces para prevenir y descubrir aquellos delitos que, en cualquier contexto propio de la actividad corporativa, pueden cometerse en perjuicio de la persona jurídica.

De este modo se envía un mensaje claro a las corporaciones y se determina que el Estado tiene una expectativa sobre ellas, ya que espera que adopten una cultura de buen gobierno corporativo.

En relación al resto de atenuantes establecidos en los literales a), b) y c) de la norma descrita, podemos advertir que suponen un comportamiento post-delictivo.

En primer lugar, enfocado en la aceptación material del hecho típico, aun cuando esto genera una tensión perpetua con el artículo 77 numeral 7 literal a), de nuestra Constitución (2021): *“Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”*.

En relación al segundo literal, debemos establecer que se genera un conflicto en cuanto a la valoración de la calidad de la información aportada mediante la colaboración, puesto que si es de gran utilidad y logra objetivos concretos en el desarrollo de una investigación, podría incluso adecuarse al atenuante trascendental, establecida en el artículo 46 del COIP (2022): *“A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.”*

Sobre el literal c), se contempla la posibilidad de reparar el daño producto de la comisión de un hecho delictivo y para el efecto, se debe valorar de forma empírica la fundamentación y ejecución de la reparación realizada.

4. La importancia de replantear el Modelo de RPPJ: el compliance como eximente de responsabilidad penal

Cuando hablamos de eximir la responsabilidad penal de las personas jurídicas no debemos confundirnos con abrir un espacio para la impunidad.

Por el contrario, al igual que en el caso de las personas físicas donde existen eximentes de responsabilidad ante causas de justificación debidamente comprobadas, se debe contemplar que las personas jurídicas adquieran esta posibilidad, y de este modo lograr una motivación suficiente en las corporaciones, para que en la práctica den lugar a la implementación de mecanismos de detección temprana -programas de cumplimiento normativo- que operen como aliados de los Estados para la erradicación y prevención de la delincuencia acaecida en las estructuras empresariales (Seminara, 2014)

En concreto podemos valorar dos escenarios en los que resulta plausible esta alternativa: i) Por una causa de justificación propia de la persona jurídica que anule el injusto; y, ii) Por una causa exculpante propia de la RPPJ (Antich Soler, 2017).

4.1. Por una causa de justificación propia de la persona jurídica que anule el injusto

Generar una cultura del cumplimiento representa un esfuerzo para la persona jurídica, en este sentido, dado el supuesto de que la persona jurídica pudiera acreditar de forma suficiente y comprobada, un esfuerzo organizativo para estructurar programas de cumplimiento normativo o códigos de buen gobierno corporativo, que permitan una plena cultura de transparencia, y estén enfocados específicamente hacia la evitación de infracciones, no cobraría mayor sentido una condena.

En este sentido se ha pronunciado Morales Prats (2010), al manifestar que, si la persona jurídica ha adoptado medidas de control exigibles conforme a criterios razonables examinados en una perspectiva ex ante, no cabe atribuir responsabilidad penal.

En concreto lo que sostiene este postulado es que, si la propia organización empresarial se ha enfocado estrictamente en la incorporación de mecanismos que logren una cultura de cumplimiento, y por ende procedimientos de diligencia debida para la evitación de hechos delictivos, la misma como recompensa debería ser eximida de responsabilidad penal (Rotsch, 2018)

Los programas de cumplimiento normativo, en este sentido operan como protocolos de minimización de riesgos delictivos, lo que a su vez representaría en cada caso concreto una prueba esencial para demostrar la ausencia de culpabilidad, y por ende una causa justificante para valorar la eximente de responsabilidad (Antich Soler, 2017)

Lo que sí debe ser objeto de valoración para que la persona jurídica obtenga este beneficio, es la acreditación de que tanto el programa de cumplimiento normativo y la cultura de transparencia corporativa, preexistan de forma anterior a la comisión del hecho punible, porque únicamente de este modo se podría acreditar que la persona jurídica realizó e implementó todos los procedimientos a su alcance para que la conducta delictiva no se ejecute, y por lo tanto se justifique una ausencia de culpabilidad.

Por otro lado, se debe tener en consideración el contenido de los programas de cumplimiento normativo, ya que la sola existencia de estos no puede acreditar prueba suficiente para la obtención de la eximente (Pariona Arana, Aránguez Sánchez, & Armendáriz Ochoa, 2022).

En razón de que es imposible medir, pelear y controlar todos los riesgos penales a los que está sujeta una corporación; realizando un análisis detallado de la literatura de cumplimiento normativo contemporánea, podemos sistematizar los elementos fundamentales que deben tener los compliance programs para adecuar un efecto paliativo de la criminalidad empresarial, en concreto:

- *Delimitar los valores y objetivos empresariales para poder socializarlos con todos los miembros de la organización, y de este modo lograr que los mismos sean respetados. En el mismo contexto, generar un análisis de los riesgos con mayor posibilidad de ejecutarse dentro de la empresa, y los debidos procedimientos que deben respetarse tanto por directivos como por trabajadores.*
- *Cimentación de la responsabilidad de los niveles jerárquico-superiores, con el detalle específico de los objetivos y valores empresariales, así como los procedimientos adecuados para evitar la criminalidad de empresa; en el mismo contexto, delimitar las responsabilidades de los mandos medios -mediante la creación de unidades especializadas, también denominadas unidades de cumplimiento- así como la capacitación constante de los trabajadores de la empresa.*
- *Inversión en la construcción de sistemas informáticos para el descubrimiento y esclarecimiento de conductas delictivas, especialmente de controles internos a personas y objetos, el deber de informar, canal de denuncias para la recepción de denuncias anónimas (sin identificación de la persona específica, para evitar reservas justificadas), determinación del procedimiento a emplear en los casos*

de sospecha que deben ser esclarecidos, así como la adaptación permanente y mejoramiento de los respectivos programas de cumplimiento normativo.

– *Colaboración de auditores y controles externos relacionada con recursos determinados del programa de compliance y la evaluación externa del modelo de cumplimiento normativo.*

– *Establecimiento de procedimientos internos para la detección y sanción de abusos;*

– *Creación de sistemas y estructuras efectivas que motiven la ejecución y el mejoramiento de las medidas descritas (Morales & Serrano Espelta, 2018).*

4.2. Por una causa exculpante propia de la RPPJ.

La acreditación una cultura de cumplimiento al interior de la persona jurídica da lugar en los términos del juicio de reprochabilidad a la exculpación de la persona jurídica.

La Fiscalía General del Estado de España en su circular 1-2016, establece manera textual:

“Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.”.

Esto da lugar a que las personas jurídicas se vean obligadas a la implementación de una cultura de cumplimiento, ya que el juzgador ante el caso concreto valorará la causa de exculpación o justificación, es decir, la existencia de un *compliance program* eficaz e idóneo, antes de la imposición de una pena (Miranda Cifuentes, 2018).

En este contexto, nos acercamos a la postura doctrinaria de que el *compliance program* eficaz, tiene un carácter bifronte. Por un lado, es el instrumento que anula el injusto, es decir actúa como una eximente que debe ser contemplada de manera textual en la redacción de la norma; y por otro lado es expresión de la cultura de cumplimiento en las personas jurídicas. La sola existencia del programa de cumplimiento nos lleva concluir que en esa corporación existe una cultura de transparencia que busca minimizar los riesgos de comisión de posibles conductas delictivas (Antich Soler, 2017).

Con todas estas consideraciones podemos observar que el hecho de que la incorporación y ejecución idónea y eficaz de programas de cumplimiento normativo tengan un efecto de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, resulta razonable.

Aquello que para el legislador ecuatoriano presupone un riesgo, se viene sosteniendo en la doctrina y práctica norteamericana desde hace muchos años (Silva Sánchez, 2016). La razón es simple, desde una óptica de análisis económico, incentivar a las corporaciones a invertir capital económico para la formulación de una cultura de transparencia y ética corporativa -que además opera como aliada estratégica para la detección y sanción a las conductas punibles del seno empresarial- resulta un ahorro significativo en la inversión estatal para contrarrestar este tipo de conductas. Entonces, otorgar un beneficio de exención de responsabilidad desde nuestra norma penal, deviene en un “sacrificio” justificado, que además logra un efecto más sensato desde los objetivos político-criminales, por cuanto el beneficio resulta para las corporaciones en un aliciente suficiente para incentivar una cultura de cumplimiento.

CONCLUSIÓN.

La discusión está lejos de acabar. Nuestro modelo de RPPJ debe seguirse construyendo, los pasos que ha dado nuestra legislación atienden a una realidad global y no dejan de ser necesarios. Sin embargo, más necesario resulta que la incorporación realizada en nuestra legislación tenga un sentido práctico, que además guarde congruencia con los objetivos político-criminales estructurados desde un primer momento.

La adopción de nuestro sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede responder únicamente a ser una transcripción milimétrica de ordenamientos jurídicos extranjeros, o la aceptación de compromisos internacionales.

Por el contrario, se debe estimar que toda la construcción dogmática que se ha generado alrededor de la materia sea comprendida por los operadores judiciales, para que mediante sus sentencias se generen explicaciones que sean vinculantes y que ayuden a los demás sujetos -abogados o fiscales- a dar sentido práctico al modelo.

Mientras tanto, los aportes académicos devienen en imprescindibles; es por ello que se abordó de modo descriptivo y crítico todas las implicaciones del modelo de RPPJ adoptado por el Ecuador.

La vieja concepción de que las personas jurídicas no delinquen debido a que carecen de voluntad, ha quedado en el olvido, pues, aunque así sea, la realidad es que en nuestro país las personas jurídicas son sujeto de responsabilidad penal, por ende, pueden ser sancionadas

penalmente y es a raíz de este supuesto que debemos formalizar el debate y la discusión dogmática.

La perspectiva a futuro está en centrar la discusión en las alternativas que tiene nuestro ordenamiento jurídico para que el sistema adoptado no esté dentro del compendio de artículos que forman parte de un derecho penal simbólico, sino por el contrario, que los objetivos planteados sean cumplidos a cabalidad.

Se ha propuesto la alternativa del *compliance* como eximente de responsabilidad penal, como fundamento para que las personas jurídicas (corporaciones nacionales e internacionales), se vean incentivadas a ser un aliado real en la lucha contra la delincuencia, y de este modo inviertan recursos propios en la generación de programas de cumplimiento que permitan la detección temprana y denuncia oportuna a las autoridades estatales, para que logren una real sanción de las conductas delictivas que hoy no son siquiera detectadas.

El debate continúa.

Referencias Bibliográficas

- Antich Soler, J. (2017). *Compliance program penal y sus efectos en la extinción y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Araujo, M. (2010). *Derecho penal económico. Los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Asamblea General. (31 de Octubre de 2003). Convencion de las Naciones Unidas contra la corrupcion. *Convencion de las Naciones Unidas contra la corrupcion*. Viena, Austria.
- Asamblea Constituyente. (25 de enero de 2021). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial 377, 25-I-2021*. Montecristi.
- Asamblea Nacional. (16 de marzo de 2022). Código Orgánico Integral Penal. *Registro Oficial 20, 16-III-2022*. Ecuador.
- Bacigalupo, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Editorial Bosch.
- Berruezo, R. (2017). *Derecho penal económico* (Segunda edición ed.). Bolivia: Ulpiano Editores.
- Cervini, R. (2005). *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista, metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social*. Buenos aires: Editorial B de F.
- Faraldo Cabana, P. (2019). Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal. En J. Gómez Colomer, *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (págs. 157-180). Valencia: Tirant to Blanch.
- Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., & Gómez Martin, V. (2014). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Montevideo; Buenos aires: Editorial B de F.
- Miranda Cifuentes, J. (2018). Compliance program como herramienta en la lucha contra la corrupción en Ecuador. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, 37-52.
- Morales Prats, F. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En G. Quintero Olivares, *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (pág. 58). Navarra: Arazandi.
- Morales, G., & Serrano Espelta, P. (2018). Compliance anticorrupción en Argentina. En R. Sacconi , & G. Morales, *Tratado de compliance tomo II* (pág. 169). Buenos aires: Thomson Reuters.

- Nieto, A. (2008). *La responsabilidad de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- Pariona Arana, R., Aránguez Sánchez, C., & Armendáriz Ochoa, L. (2022). *Tipología y fundamentos en el derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ediciones del Centro.
- Pozo, J. F. (2018). *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Pozo, J. F., & Pazmino, J. R. (2019). La responsabilidad de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador. *Revista derecho penal y criminología*, 40(109), 103-106.
- Rotsch, T. (2018). Compliance y derecho penal. En R. Saccani , & G. Morales , *Tratado de compliance tomo II* (págs. 169-178). Buenos aires: Thomson Reuters.
- Sánchez, J. S. (2016). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo; buenos aires: Editorial B de F.
- Seminara, S. (2014). Compliance y derecho penal: la experiencia italiana. En S. Mir puig, M. Corcoy Vidasola , & V. Gómez Martín, *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. (págs. 140-142). Montevideo-Buenos aires: Editorial BDF.
- Silva Sánchez, J. (2016). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo; Buenos aires: Editorial B de F.
- Vanegas Fernández, H. G. (2021). Compliance programs como atenuante de responsabilidad penal de las personas jurídicas: novedad o gatopardismo. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 369-370.
- Verde, C., & Fiszer, F. (2004). Expansión y globalización del derecho penal. En Z. Fellini, *Temas de derecho penal económico y responsabilidad de las personas jurídicas* (pág. 64). Buenos aires: Grun Editora.
- Zambrano, A. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en debate. En L. Reyna Alfaro, *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas, perspectivas comparadas* (págs. 289-316). Lima: Ideas solución editorial.
- Zavala, J. (2014). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema constitucional ecuatoriano*. Ecuador: Universidad Espíritu Santo Ediciones.