

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La insuficiente regulación de los programas de cumplimiento
normativo (*compliance*) en el ordenamiento jurídico
ecuatoriano**

Iván Alexander Cordero Tipán

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Iván Alexander Cordero Tipán
Código:	00322586
Cédula de identidad:	1721511978
Lugar y fecha:	Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>

**LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO
(COMPLIANCE) EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO¹**

**INSUFFICIENT REGULATION OF COMPLIANCE PROGRAMS IN THE ECUADORIAN LEGAL
SYSTEM**

Iván Alexander Cordero Tipán²
vanocordero@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la insuficiente regulación de los programas de cumplimiento normativo (*compliance*) en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir de la introducción de la responsabilidad penal para las personas jurídicas en 2021 y con ello el *compliance*. Se exponen las posturas doctrinales sobre la necesidad de una regulación eficiente y se comparan modelos de regulación internacionales. La investigación destaca los beneficios de una adecuada regulación de los programas para prevenir riesgos penales. Adicionalmente, se revisan las teorías de regulación en busca del modelo idóneo para el contexto ecuatoriano. Finalmente se destaca la importancia de establecer parámetros claros mediante un enfoque colaborativo entre el Estado y los entes privados, que permitan a las empresas implementar sistemas óptimos de *compliance* considerando su tamaño y sector empresarial.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal, personas jurídicas, compliance, responsabilidad penal

ABSTRACT

This research paper analyses the insufficient regulation of compliance programs in the Ecuadorian legal system, following the introduction of criminal liability for legal entities in 2021 and thus compliance. Doctrinal positions on the need for efficient regulation are presented and international regulatory models are compared. The research highlights the benefits of adequate regulation of programs to prevent criminal risks. Additionally, regulatory theories are reviewed in search of the ideal model for the Ecuadorian context. Finally, the importance of establishing clear parameters through a collaborative approach between the State and private entities is highlighted, allowing companies to implement optimal compliance systems considering their size and business sector.

KEY WORDS

Criminal law, legal entities, compliance, criminal liability

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por María del Mar Gallegos.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. DESARROLLO.- 6.- RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.- 7. *COMPLIANCE*.- 8. ANÁLISIS COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN DEL *COMPLIANCE*.- 8.1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES –NORMAS ISO–.- 9. CRITERIOS PARA LA REGULACIÓN DEL *COMPLIANCE*.- 9.1. EL ESTADO COMO GARANTE DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.- 9.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- 9.3. INCAPACIDAD DEL ESTADO PARA REGULAR.- 9.4. LA NECESIDAD DE UNA AUTORREGULACIÓN REGULADA.- 9.5. EXIGIBILIDAD DEL *COMPLIANCE*.- 10. PROPUESTAS DE MEJORA EN LA REGULACIÓN DEL *COMPLIANCE*.- 10.1. UNA REGULACIÓN COLABORATIVA: CO-REGULACIÓN.- 10.2. REGULACIÓN SECTORIAL.- 10.3. ¿ATENUANTE O EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD?.- 11. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

1. Introducción

En el año 2014 se incorporó la figura de la responsabilidad penal para las personas jurídicas en el ordenamiento ecuatoriano. Este avance se lo ha replicado de diferentes países de Europa y de la región. Bajo esta posibilidad de imputación a las personas jurídicas entra en escena la necesidad de crear, establecer e incorporar programas de cumplimiento normativo, también denominados *compliance programs* en función de cumplir con la normativa y prevenir riesgos legales.

A medida que las personas jurídicas ecuatorianas se desarrollan cada vez más, se han visto en la imperativa necesidad de adaptar programas de cumplimiento en su estructura. Lo hacen no solo como una herramienta para evitar posibles delitos, sino también para “la realización de valores que van muchas veces por encima de las exigencias normadas legalmente”³. Pues el *compliance* se enfoca en la prevención primaria, mientras que el derecho penal económico se enfoca en la prevención secundaria. Es decir que, como medida de protección primaria, el *compliance* se enfoca en adoptar las estrategias necesarias para prevenir delitos en la empresa; mientras que, a manera de previsión secundaria, el derecho penal económico se centra en que dichas infracciones

³ Nelson Salazar, José Urquiza Olaechea y Manuel A. Abanto, *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal: Homenaje a Klaus Tiedeman* (Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2011), 208.

sean descubiertas y sancionadas⁴. De esta manera, se orienta con dos aspectos en específico: Las medidas implementadas para evitar la comisión de delitos por parte de sus empleados y en la organización estructural interna para no incurrir en delitos⁵.

Los sistemas de prevención y gestión generan mayor confianza en sus inversionistas, contratistas o proveedores a nivel nacional e internacional y representan una importante ventaja competitiva frente a sus pares. Adicionalmente, la obtención de certificaciones demuestra la calidad de la empresa y que mantienen una cultura de cumplimiento corporativo.

Ahora bien, con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal⁶ (COIP) en el año 2014, el Ecuador deja de lado el tradicional principio *societas delinquere non potest*⁷, aforismo en latín que significa las sociedades no pueden delinquir. Es decir que, desde aquel año se le reconoció la posibilidad de responder penalmente a las personas jurídicas. Sin embargo, en el año 2021 mediante la Ley Orgánica Reformativa del Código Integral Penal en Materia Anticorrupción⁸, finalmente se reconocen a los programas y sistemas de cumplimiento normativo en la norma penal como se detallará *infra*.

Así las cosas, las empresas y personas jurídicas en general, mantienen diversos campos y sectores económicos en los cuales enfocan sus actividades. En ese sentido, las mencionadas sociedades se encuentran en constante exposición a realizar actividades que se encuentren por fuera de la ley. En consecuencia, las compañías se mantienen en continuo riesgo de cometer hechos delictivos y resultan muy susceptibles de recaer en responsabilidad penal. En busca de gestionar de manera interna dichos riesgos jurídicos existen los programas *compliance*⁹, que además, buscan implementar una cultura de cumplimiento normativo en las personas jurídicas.

Ahora bien, al tratarse de un concepto innovador y prácticamente nuevo para el país, se lo ha regulado de manera superficial, general e insuficiente. Por lo tanto, las compañías ecuatorianas que buscan implementar estos programas en su estructura no

⁴ Juan Pablo Montiel, “Cuestiones Teóricas Fundamentales del Criminal *Compliance*”, *Revista En Letra* 7 (2017), 25

⁵ *Id.*

⁶ Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez Registro Oficial Suplemento 180, de 29 de julio de 2024.

⁷ Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018), 63.

⁸ Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, Registro Oficial Segundo Suplemento 392 de 17 de febrero de 2021.

⁹ Juan Pablo Montiel, “Cuestiones Teóricas Fundamentales del Criminal *Compliance*”, 30.

cuentan con un respaldo normativo y vinculante que les otorgue suficiente seguridad jurídica para acoger un programa de cumplimiento.

En ese sentido, el presente trabajo de investigación buscará resolver las siguientes preguntas: 1) ¿Es suficiente la regulación del *compliance* en el ordenamiento ecuatoriano? 2) ¿Cuál debería ser el modelo de regulación a seguir para una efectiva legislación en materia de *compliance*? Al dar una respuesta a estas preguntas se analizará la normativa existente en el Ecuador, así mismo, se repasarán legislaciones extranjeras y se identificarán elementos o criterios esenciales con el objetivo de proponer un adecuado y eficiente modelo regulatorio en materia de *compliance* en Ecuador.

En consecuencia, este trabajo de investigación se basará en una metodología deductiva iniciando por la problemática general hacia una posible respuesta en específico. Adicional a ello, se empleará una metodología de un análisis histórico jurídico del *compliance* en Ecuador, así mismo se realizará un análisis doctrinal y comparado con regulaciones de países como Estados Unidos, España, entre otros, los cuales han desarrollado de mejor manera su legislación en la materia.

2. Estado del arte

Existen diversos puntos de vista sobre la regulación que debe existir de los programas de cumplimiento en la legislación ecuatoriana. Es así como se observarán las posturas por las cuales la doctrina se ha inclinado con respecto a este tema. Cabe recalcar que no existe una posición unánime, pues existen muchos países que los han agregado en su legislación, como existen otros que no, sin embargo, es pertinente analizarlo ya que es importante implementarlo en la estructura de las empresas con el objetivo de “una correcta organización interna con el fin de prevenir y detectar hechos delictivos”¹⁰.

2.1 Posturas en contra de la regulación del *compliance*

Para autores como José Palma y Rafael Aguilera las empresas gozan de plena libertad y autonomía para conocer y dirigir sus propios actos, por lo tanto, conocen los requisitos indispensables para comprender sobre su responsabilidad penal¹¹. Así, se otorga la libertad a las personas jurídicas para que se autorregulen conforme a sus necesidades, siempre observando los parámetros mínimos establecidos en el Código

¹⁰ Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, *Compliance y teoría del Derecho penal* (Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2013), 26.

¹¹ José Palma y Rafael Aguilera, *Compliances y responsabilidad penal corporativa* (Pamplona: Aranzadi, 2017), 92.

Orgánico Integral Penal (COIP). Siguiendo la misma línea, Lothar Kuhlen comenta que carecería de total sentido y derivaría en algo sumamente complicado establecer políticas de *compliance* para cada región o país¹², pues cada legislación establecería diferentes estándares y requisitos, lo que podría recaer en contradicciones o vacíos normativos dificultando así el objetivo de los mencionados programas.

Otro argumento que refuerza esta postura es la de Liñán y Pazmiño, quienes manifiestan que, si una norma extrapenal exige otros elementos de *compliance* que los mencionados en el COIP, sería inconstitucional por violación al principio de legalidad penal, pues la remisión no sería para integrar la ley penal, si no para ampliarla¹³. Bajo ese supuesto se rechaza la exigibilidad de otros requisitos para implementar programas de *compliance* que figuren en alguna normativa que no sea la penal (COIP). Complementando dicha postura, para Mariana Bayancela es preciso mencionar que “cada programa de cumplimiento debe ser individualizado, detallado y preciso, pues depende de la actividad que realiza cada tipo de empresa”¹⁴, es decir que cada persona jurídica debe tener la libertad de autorregularse conforme la naturaleza de sus actividades y los riesgos que esta afronte.

2.2 Posturas a favor de la regulación del *compliance*

Por otro lado, la doctrina menciona que “[e]l Derecho penal puede contribuir además a formalizar, aún más, los sistemas de cumplimiento empresarial y a dotarlos de mayores garantías”¹⁵. De esta manera, existiendo un lineamiento establecido en la ley, las empresas contarían con la suficiente seguridad jurídica para implementar correctamente programas de cumplimiento normativo. En la misma línea, Bayancela resalta la importancia de fomentar una cultura de cumplimiento, lo que generará un impacto positivo en el país, ya que todas las empresas deberán estar sometidas a continuos controles facilitando la eliminación de empresas pantallas¹⁶.

Para Juan Francisco Pozo lo que se necesita es una adecuada organización, la cual es definida por la normativa estatal, que especifica los elementos que deben estar

¹² Kuhlen et al., *Compliance y teoría del Derecho penal*, 28.

¹³ Alfredo Liñán Lafuente y José Pazmiño Ruiz, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Nueva era *Compliance* en Ecuador? Un diálogo con España”, *Iuris Dictio* 28 (2021), 85.

¹⁴ Mariana Bayancela, “*Compliance* Programs y su incorporación en la legislación penal ecuatoriana”, *Iuris Dictio* 29 (2022), 133.

¹⁵ Kuhlen et al., *Compliance y teoría del Derecho penal*, 30.

¹⁶ Mariana Bayancela, “*Compliance* Programs y su incorporación en la legislación penal ecuatoriana”, 133.

presentes para una correcta estructura de la persona jurídica¹⁷. Bajo esta perspectiva, el estado es el primer interesado en regular e implementar mecanismos de prevención en la legislación penal, para que así las personas jurídicas no recaigan en responsabilidad penal. Del mismo modo, también asegura que “el no mantener esta previsión puede llevar a una inseguridad jurídica, y al no estar expresado los mínimos en el texto legal deja su aplicación al arbitrio judicial”¹⁸.

3. Marco Teórico

A partir de la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), cobra sentido implementar, mantener e incluso exigir programas de cumplimiento normativo en el seno de las empresas. Ahora bien, se han identificado varias teorías sobre la regulación del *compliance*. En este apartado, se desarrollarán cada una de ellas.

3.1 Teoría de la plena regulación

En primer lugar, una parte de la doctrina considera que la implementación de los programas de cumplimiento normativo requiere de una regulación rigurosa por parte del legislador. El fundamento detrás de este pensamiento recae en que dicha normativa tutela la política estatal en materia de prevención de riesgos penales, específicamente dentro de las empresas¹⁹. Esta perspectiva absolutista se justifica en la teoría de que “quien genera un riesgo para un bien jurídico, tiene un deber intensificado de impedir su lesión”²⁰.

Es así como, este sector de letrados hace énfasis en promover la autorregulación desde el Estado por medio del *compliance* altamente regulado, particularmente porque es el poder público quien debe asegurar que los intereses individuales de las empresas estén alineados con los intereses generales²¹. Ahora bien, esta postura –un tanto exorbitante– trae consigo varias aristas conflictivas como por ejemplo la continua evolución de la complejidad social, así como de los avances tecnológicos²², provocaría que la norma se vuelva obsoleta y recaiga en desuso de manera progresiva.

3.2 Teoría de autorregulación pura

¹⁷ Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Ecuador*, 96.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Manuel Gómez Tomillo, *Compliance y política legislativa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 43.

²⁰ *Id.*, 45.

²¹ Jesús-María Silva y Raquel Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance* (Barcelona: Atelier, 2013), 44.

²² *Id.*, 45.

En segundo lugar y desde otro punto de vista, un gran campo de autores sostiene una teoría funcionalista o también llamada autorregulación pura, bajo la premisa de la libertad de autorregulación por parte de las empresas. Esta teoría reconoce que la propia persona jurídica, bajo su potestad organizativa es la encargada de implementar y aplicar los programas de *compliance*²³, pues es la empresa misma quien conoce sus deficiencias o riesgos y sabe cómo prevenirlos. Esta teoría busca implementar una cultura de cumplimiento normativo o cumplimiento corporativo sin necesidad de parámetros mínimos establecidos en la ley o de una legislación dura.

3.3 Teoría de meta-regulación

En tercer lugar, aparece la teoría en la que –parecería– se ha basado el legislador ecuatoriano para regular la materia de *compliance* en el COIP. La teoría de la meta-regulación se basa en la fijación de parámetros mínimos mediante un marco general y abstracto dejando a discreción de cada empresa el implementarlos en su propia estructura de la manera que estime más conveniente²⁴. Además, la mencionada posición se caracteriza por crear incentivos y otorgar ventajas para generar atracción de las propias empresas en autorregularse²⁵.

Si bien es una postura bastante acertada, deja de lado varios factores que son de crucial importancia en el procedimiento de regulación, así por ejemplo, aparecen problemas de ambigüedad entre normativas internas, conflictos en la calidad de los sistemas de *compliance* e incluso cuestionándose la legitimidad de dichos programas, toda vez que, pueden aparecer empresas que únicamente implementen los modelos de gestión para aprovecharse de los beneficios que ha incluido el legislador en la norma.

3.4 Teoría de la co-regulación

En cuarto y último lugar, se encuentra la teoría por la cual esta investigación se inclina, esta es la teoría de la co-regulación. La cual se sustenta en la interacción funcional entre los sistemas de regulación estatales y los sistemas de autorregulación privados²⁶. Conviene destacar que esta teoría se fundamenta de modo tal que, el Estado, bajo su potestad y obligación regulatoria, acude a las empresas del ámbito privado para elaborar cuerpos normativos iniciales mediante una colaboración teórica y práctica²⁷. Desde esta

²³ Palma y Aguilera, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 93.

²⁴ Silva y Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 50-51.

²⁵ *Id.*, 50.

²⁶ Adán Nieto Martín y Luis Arroyo Zapatero, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 99.

²⁷ Silva y Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 51.

perspectiva, mediante la cooperación de los entes privados con todos sus conocimientos y recursos sobre las pautas principales de los programas, se consigue instaurar una legislación eficaz de *compliance* para todo tipo de empresas y personas jurídicas.

Así las cosas, en el desarrollo de esta investigación se buscará argumentar detalladamente los motivos por los cuales la co-regulación es el modelo ideal para regular el *compliance* en el Ecuador.

4. Marco Normativo

El presente trabajo tiene como objetivo determinar un modelo óptimo de regulación del *compliance*, que permita a las empresas ecuatorianas prevenir el cometimiento de determinados delitos, o al menos disminuir el riesgo de cometerlos. En ese sentido, se revisarán las normas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que existen sobre la materia al momento de la investigación.

En términos de ley, el único instrumento que existe en el Ecuador sobre *compliance* es el Código Orgánico Integral Penal (COIP). Específicamente en el artículo 49 en donde se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el cuarto inciso reconoce la posibilidad y los requisitos mínimos que pueden observar las empresas para implementar los sistemas y programas de cumplimiento normativo²⁸. De la lectura literal de la norma, se establecen parámetros mínimos a los programas, dejando a libertad y criterio de las empresas añadir criterios más rigurosos a los mismos.

No obstante, existe la resolución titulada Normas Ecuatorianas de Buen Gobierno Corporativo emitida por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Esta resolución, en el capítulo 7, titulado Medidas para mitigar la corrupción empresarial²⁹ enlista una serie de lineamientos sumamente importantes en el proceso y desarrollo de los programas de *compliance* en las compañías. Sin embargo, “estas normas son de aplicación voluntaria para las compañías, sobre la base del principio de autorregulación”³⁰, por lo cual las personas jurídicas únicamente las ven como meras recomendaciones de buenas prácticas.

Bajo el mismo principio de autorregulación y con la idéntica naturaleza voluntaria, la Superintendencia de Competencia Económica ha expedido la Guía de

²⁸ Artículo 49, COIP.

²⁹ Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, Resolución 13, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Registro Oficial 1076 de 25 de septiembre de 2020.

³⁰ Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, Resolución 13, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, 8.

Compliance en Competencia³¹. Esta guía realiza una orientación para la implementación de un detallado programa de *compliance* únicamente enfocado en materia de competencia. A pesar de que esta guía está dirigida a las compañías que enfocan sus actividades en el derecho de competencia, contiene varios elementos esenciales de un programa de cumplimiento eficaz y moderno para esta materia, lo cual lo convierte en un manual completo. Algunos de sus componentes son: funciones específicas del oficial de cumplimiento, matriz de riesgos, auditorías, denuncias internas entre otros.

En ese sentido, esta guía contiene varios elementos y recomendaciones específicas que los anteriores instrumentos han pasado por alto.

Por otro lado, el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (MIPRO) mediante Acuerdo Ministerial Nro. MPCEIP-DMPCEIP-2021-0002 del año 2021 ha expedido el Reglamento Para Calificar y Regular a los Implementadores de Programas de Cumplimiento Penal con la finalidad de estandarizar a los implementadores de los programas mediante 15 requisitos generales detallados en su anexo 1³², como por ejemplo, documentación de la empresa, procedimientos detallados de la implementación e incluso una certificación ISO 9001:2015 o 37001:2016, entre otros. Sin embargo, mediante Acuerdo Ministerial Nro. MPCEIP-MPCEIP-2023-0021-A³³ en el año 2023, el MIPRO decide derogar dicho reglamento toda vez que el Ecuador ha ratificado la norma ISO 37301:2021 (Sistemas de gestión de *compliance*, requisitos con orientación para su uso), la cual sigue siendo un instrumento y guía netamente voluntaria para los implementadores de programas de cumplimiento.

En este sentido, al momento de conformar e incorporar los programas, corresponde a los implementadores verificar que estos cumplan con toda la regulación y la legislación vigente en materia de *compliance*. Estos instrumentos podrían servir como apoyo para las personas jurídicas que ofrecen los servicios de integración de sistemas de prevención para adecuarlos a las necesidades de las empresas. No obstante, todavía no se encuentra una normativa vinculante y alineada que contenga todos los requisitos y sectores como en otras legislaciones.

³¹ Guía de *compliance* en competencia, SCPM – INAC – DNPC - 002, Superintendencia de Competencia Económica, septiembre de 2021.

³² Reglamento Para Calificar y Regular a los Implementadores de Programas de Cumplimiento Penal, Acuerdo Ministerial Nro. MCPCEIP-DMPCEIP-2021-0002, Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, Registro Oficial 375 del 21 de enero de 2021 [Derogado].

³³ Acuerdo Ministerial Nro. MCPCEIP-MPCEIP-2023-0021-A, Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, Registro Oficial 319 del 29 de mayo de 2023.

5. Desarrollo

El desarrollo de este trabajo de investigación se estructurará de la siguiente manera: En primer lugar, se analizará la responsabilidad penal de la persona jurídica (§6), en segundo lugar, se conceptualizará el *compliance* y su función en específico dentro de la empresa (§7). En tercer lugar, se realizará un análisis comparado del *compliance* en distintos países (§ 8). En cuarto lugar, se determinarán los criterios de la regulación del *compliance* (§9) y por último se presentará una propuesta para una adecuada regulación del *compliance* en el Ecuador (§10).

6. Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica

Como se ha repasado anteriormente en este trabajo, en el año 2014 se reconoció a la responsabilidad penal de la persona jurídica dentro del COIP. Ahora bien, un programa de *compliance* adquiere relevancia únicamente bajo el presupuesto en el cual, la persona jurídica sea considerada como sujeto activo de delitos en la norma penal. Por ello, resulta fundamental analizar brevemente la responsabilidad penal y los modelos de imputación o atribución para la persona jurídica y en qué modelo funcionan los sistemas de gestión.

En primer lugar, aparece el modelo vicarial o también denominado de heterorresponsabilidad. El cual establece una transferencia de la responsabilidad penal de una persona física, quien cometió el delito, a la persona jurídica. De modo que, si el integrante de la organización actúa, también actúa la empresa³⁴. Es decir que, el comportamiento del individuo le es imputado a la compañía, la cual no podrá alegar ni corroborar que no existe ningún defecto de organización o que ha realizado todo lo necesario para evitar el ilícito³⁵. Este modelo rige en algunos países como Francia y Austria.

En segundo lugar, surge el modelo directo o también llamado de autorresponsabilidad. Este sistema se justifica en la aparición de la independencia entre la imputación de la persona natural y de la persona jurídica³⁶. En este sentido, “se concibe un injusto propio y una culpabilidad propia para la persona jurídica”³⁷. Así las cosas, se

³⁴ Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Ecuador*, 30.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*, 46.

³⁷ *Id.*

concluye que las compañías únicamente pueden ser responsables por el hecho propio, no por el que ha cometido la persona física. Es decir que, responde por la falta de organización, el cual resulta en el presupuesto fundamental para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica³⁸.

En concreto, el legislador ecuatoriano según el artículo 49 del COIP se aproxima a un modelo de imputación mixto. Toda vez que contiene componentes del modelo de imputación vicarial, ya que se necesita del comportamiento de una persona física para la realización del delito. Sin embargo, también guarda elementos del sistema de autorresponsabilidad, ya que, el ordenamiento jurídico menciona que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad de la persona física. Así entonces, la responsabilidad de la persona jurídica no se extingue ni modifica por circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad de la persona física³⁹. Bajo esta perspectiva, las compañías tienen la capacidad de autoorganizarse, ya sea correcta o defectuosamente⁴⁰. Solo así, cobra relevancia implementar los programas de cumplimiento normativo en el contexto ecuatoriano, con el objetivo de evitar que la persona jurídica recaiga en el injusto del defecto de organización.

7. *Compliance*

Como se mencionó previamente, corresponde definir y conocer la finalidad de los sistemas y programas de cumplimiento normativo. En este sentido, para Rafael Aguilera Gordillo el *compliance* no es más que el conjunto de normas, procedimientos y mecanismos de control tendentes a garantizar el firme cumplimiento de la legalidad en el seno de la organización.⁴¹ De este modo, las personas jurídicas, siguiendo dichos lineamientos dan cabal cumplimiento a la normativa que les corresponde, evitando así que se incurran en delitos dentro de su estructura.

No obstante, su objetivo directo e inmediato es prevenir, detectar y reaccionar ante el cometimiento de delitos o el acaecimiento de riesgos e incumplimientos de posible trascendencia penal⁴². Bajo esa lógica, los programas de *compliance* sirven

³⁸ Nieto y Arroyo, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 17.

³⁹ Artículo 50, COIP.

⁴⁰ Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Ecuador*; 83.

⁴¹ Rafael Aguilera Gordillo, *Compliance Penal en España* (Navarra: Aranzadi, 2018), 259.

⁴² *Id.*, 259.

principalmente para evitar y contrarrestar eventuales riesgos penales en la empresa, de allí la importancia de implementarlos.

8. Análisis comparado sobre la regulación del *compliance*

Una vez comprendido qué es el *compliance* y cuál es su utilidad, es momento de dar una mirada al contexto internacional, observando a los países cuya legislación y regulación están más desarrolladas en el tema. A tal efecto, es primordial conocer cómo diferentes naciones han avanzado en la implementación de políticas de los sistemas de integridad. Sobre este particular es pertinente poner especial atención a Estados Unidos, país pionero y cuna del *compliance*, así como también a países como España, Italia o Perú. A continuación, se hará un breve recorrido por la legislación de los mencionados países.

Para Estados Unidos, el panorama es bastante diferente. Empezando porque su sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas responde al modelo vicarial⁴³. Así mismo, se diferencia con nuestro ordenamiento ya que las compañías norteamericanas tienen un catálogo abierto de delitos⁴⁴, *contrario sensu* a lo que obedecen las personas jurídicas en Ecuador, es decir a un catálogo cerrado de delitos o *numerus clausus*.

En materia de *compliance*, Estados Unidos ha regulado los *Federal Sentencing Guidelines*, específicamente en su capítulo octavo titulado *Sentencing of Organizations*. En este compendio se han integrado guías y recomendaciones basándose en precedentes jurisprudenciales. Así mismo, se ha tomado en cuenta varios indicadores tales como el tamaño de la compañía, el número de empleados o el nivel de profesionalidad de sus gerentes. Observando lo anterior, la guía posee un sistema de calificación para determinar la eficiencia del programa de cumplimiento.

No obstante, el Departamento de Justicia, en miras de complementar la guía mencionada previamente, ha expedido el manual titulado *Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations*, donde también se describe el estándar y cualidades que se deben observar en los programas de *compliance*⁴⁵. Incluso

⁴³Julio Ballesteros, Andrea Santos y Virginia Naval, “Responsabilidad de las personas jurídicas y *compliance* angloiberoamericano”, *UNED: Revista de Derecho* 32, (2023), 107.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Ballesteros et al., “Responsabilidad de las personas jurídicas y *compliance* angloiberoamericano”, 105.

recientemente, el Departamento de Justicia ha actualizado su guía con respecto a la inteligencia artificial y a las nuevas tecnologías.

Como se ha evidenciado, Estados Unidos posee una de las regulaciones más extensas en la materia. Cuenta con diversos lineamientos y estándares que las personas jurídicas pueden –a manera de guía y recomendación– adoptar dentro de su programa de *compliance*. Ahora bien, el sistema de regulación adoptado por este país se enmarca en la teoría de la plena regulación y se actualiza constantemente en función de las nuevas tecnologías, áreas de desarrollo y múltiples casos que se presentan.

Ahora bien, se parte de la idea que el legislador ecuatoriano ha basado en gran medida la regulación del *compliance* de la legislación española. En este sentido, se tienen algunas similitudes con el artículo 31 *bis* del Código Penal Español, en el cual se han establecido requisitos mínimos –pero detallados–, que las empresas deben observar para implementar los modelos de organización y gestión.

Sin embargo, en España, el *compliance* funciona en dos modos diferentes. En primer lugar, puede actuar como una circunstancia eximente de la responsabilidad para la persona jurídica, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: el haber adoptado un programa de *compliance* idóneo –medidas veraces– antes de la ejecución del delito, que este programa haya sido confiado a un órgano con poderes autónomos de la persona jurídica *per se*, que este órgano autónomo no haya realizado un ejercicio insuficiente de control y que los autores hayan evadido los programas mencionados⁴⁶. En segundo lugar, el artículo 31 *quater*, literal d de la misma norma reconoce la posibilidad que actúe como una circunstancia atenuante. Este supuesto se aplica *ex post* de la comisión del delito y antes del juicio oral⁴⁷. Es decir, la compañía que cometió el delito y subsiguientemente implementa sistemas de prevención para posibles futuros delitos, gozará de la atenuación de la responsabilidad penal. En efecto, se vuelve prácticamente de carácter casi obligatorio adoptar dichos programas para las empresas.

Así mismo, el legislador español ha hecho referencia al *compliance* aplicado en empresas de pequeñas dimensiones y cómo sus funciones pueden ser asumidas por el órgano de administración de la propia compañía⁴⁸ *contrario sensu* a lo dispuesto para

⁴⁶ Artículo 31 bis, Código Penal de España [CPE], L.O. 10/1995, Boletín Oficial de Estado 281 de 24 de noviembre de 1995.

⁴⁷ Artículo 31 quater, CPE.

⁴⁸ Artículo 31 quater, CPE.

compañías con grandes dimensiones, lo cual corresponde que lo haga un órgano con poderes autónomos.

Desde otro punto de vista, en Italia se ha decidido implementar un régimen diferente a la responsabilidad de las personas jurídicas. El Decreto Legislativo 231/2001 reconoce la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, sin embargo, en el artículo 6 se contempla la posibilidad de eximir la responsabilidad – administrativa – de la persona jurídica si se ha implementado *ex ante*, programas de cumplimiento normativo⁴⁹.

En el mismo decreto también se han establecido lineamientos específicos y esenciales –no solo una serie de requisitos– para que un programa de *compliance* sea reconocido como eficaz. Aquello guarda relación con un tema de seguridad jurídica al momento en el cual el juzgador evalúa si el programa de cumplimiento normativo implementado en realidad es eficiente y solo así actuaría como un eximente de responsabilidad de la persona jurídica. No obstante, a raíz de los artículos 12 y 13, cuando un programa de *compliance* haya sido reconocido como eficiente o defectuoso, puede actuar como un atenuante o agravante para las posibles sanciones pecuniarias que pueda acarrear la conducta. Es decir que, en Italia, los sistemas de cumplimiento normativo pueden actuar como eximente de responsabilidad administrativa y también como atenuante para la sanción económica.

Es así como, el artículo 12 menciona rebajas en la sanción pecuniaria en los supuestos que; la entidad jurídica no obtuvo beneficio o ventaja del delito, se ha compensado íntegramente a la víctima o se haya adoptado un modelo organizativo adecuado⁵⁰. Mientras que el artículo 13 menciona los supuestos en los cuales la sanción pecuniaria se agrava. Los cuales son: si el delito se ha cometido por los altos cargos de la empresa, si se ha obtenido un beneficio significativo y si el delito fue facilitado por una grave deficiencia organizativa⁵¹ (falta de *compliance* o *make-up compliance*).

Finalmente, es momento de dar un vistazo a la regulación del *compliance* en la región. Es así como, en la legislación peruana, bajo la aprobación de la Ley N° 30424 se le reconoce la posibilidad de la responsabilidad administrativa a la persona jurídica. Sin embargo, con respecto a los programas de cumplimiento es importante resaltar dos momentos. Si la empresa implementa el programa *ex ante*, entonces el mismo actúa como

⁴⁹ Artículos 6 y 7, Decreto legislativo 231/2001, Serie General 180 del 19 de junio de 2001.

⁵⁰ Artículo 12, Decreto legislativo 231/2001.

⁵¹ Artículo 13, Decreto legislativo 231/2001.

un eximente de la responsabilidad – administrativa –. Aun así, si la compañía decide adoptar el programa *ex post*, entonces actuará como un atenuante⁵².

Adicionalmente, el artículo 17 de dicha norma incluye los requisitos mínimos que debe contener un modelo de prevención. A pesar de ello, el legislador ha redactado un reglamento a dicha ley en el cual especifica detalladamente las directrices para establecer un adecuado programa de cumplimiento normativo o modelo de prevención⁵³.

De lo expuesto en el presente apartado, se puede evidenciar como la mayoría de los países, no solo de la región, impulsan a las personas jurídicas a adoptar sistemas de prevención y a mantener una cultura de cumplimiento a través de incentivos efectivos y de una regulación específica, precisa y completa que garantice la seguridad jurídica de las personas jurídicas.

8.1 Estándares Internacionales – Normas ISO –

A partir de que una persona jurídica decide implementar programas de prevención de delitos o de cumplimiento normativo dentro de su estructura, debe conocer muy bien los detalles de cómo hacerlo. Pese a ello, como se ha mencionado a lo largo de esta investigación, la regulación que existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano resulta insuficiente para tomarlo como referencia si realmente se desea poner en marcha un efectivo programa de *compliance*.

A tal efecto, la Organización Internacional de Normalización (ISO) se ha encargado de “disponer de un estándar capaz de generar confianza en el mercado, susceptible de soportar procedimientos de verificación de la conformidad con su contenido”⁵⁴. Esta estructura altamente desarrollada conformada por directrices relevantes en materia de sistemas de gestión, han sido testeadas y verificadas en varios procesos de certificación y auditoría⁵⁵. Dicho de otra manera, lo que se busca es mantener un mismo estándar a partir de una certificación a nivel internacional que sea aceptado por la comunidad corporativa y por las autoridades.

⁵² Michael Kubichel y Andy Carrión, “Corrupción, Compliance y Responsabilidad Penal de la Empresa: Un análisis comparado”, (Lima: Editores del Centro, 2020), 78

⁵³ *Id.*, 82.

⁵⁴ Alain Casanovas Ysla, *Guía práctica de compliance según la Norma ISO 37301:2021*, (Madrid: Aenor, 2021), 18.

⁵⁵ Juan Luis Gómez Colomer, *Tratado Sobre Compliance Penal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 313.

Además de aquello, las normas ISO buscan solucionar la dicotomía de ordenamientos que regulan el *compliance*, proporcionando mecanismos preventivos que forman parte de la tendencia al *hardening of soft law*⁵⁶.

9. Criterios para la regulación del *compliance*

9.1 El Estado como garante del bien jurídico protegido

Un aspecto clave para la investigación es resaltar que el principal interesado y obligado a evitar que las personas jurídicas cometan actos que generen responsabilidad penal es el propio Estado. Es así como el Estado tiene el deber de implementar políticas públicas, marcos normativos adecuados, así como mecanismos de control que garanticen al bienestar común y a la sociedad, que las empresas actúen dentro del ámbito legal. En ese marco “el Estado puede intervenir a fin de proteger los intereses colectivos frente a la actividad empresarial”⁵⁷. Igualmente, dentro de sus deberes está garantizar el cumplimiento de los derechos e incluso regular las actividades empresariales⁵⁸.

Como se ha mencionado en el párrafo *ut supra* el encargado de proteger el interés común y el bienestar general en el ámbito de las empresas es el Estado. Por lo tanto, resulta indispensable proteger ese bien jurídico protegido a través de normas dirigidas a ejecutar un sistema de *compliance*, el cual proteja la política estatal en lo que respecta a la prevención de riesgos penales en el seno de las personas jurídicas⁵⁹.

A pesar de ello, el Estado ha quedado limitado en cuanto a sus conocimientos y capacidades para regular completamente esta materia. Debido a ello, el poder público habilita la regulación por parte de agentes empresariales – autorregulación, como se verá más adelante – debido a un nivel más alto de conocimientos, mayor entendimiento de sus deficiencias o mejor presupuesto que ellos puedan poseer para controlarse a sí mismos⁶⁰. En la misma línea, la aparición de nuevas tecnologías, la inteligencia artificial y la enorme cantidad de empresas tanto nacionales como internacionales hacen que sea sumamente complicado para el Estado regular de manera específica cada detalle.

Ahora bien, con relación a Ecuador, el legislador, en el ejercicio de sus funciones y en busca de precautelar bienes jurídicos como el orden público, la libre competencia, la

⁵⁶ Vincenzo Mongillo, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Italia: Puntos fuertes, problemas de aplicación y perspectivas de reforma”, *Estudios Penales y Criminológicos* 43 (2023), 16.

⁵⁷ Ballesteros et al., “Responsabilidad de las personas jurídicas y *compliance* angloiberoamericano”, 125

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Manuel Gómez Tomillo, *Compliance y política legislativa*, 43.

⁶⁰ Palma y Aguilera, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 106.

transparencia en las actividades económicas y la seguridad pública, entre otros, expidió la Ley Orgánica Reformativa del Código Integral Penal en Materia Anticorrupción en el año 2021. En dicha reforma se han introducido requisitos mínimos que deben observar las empresas para ejecutar programas de cumplimiento normativo en busca de prevenir conductas que puedan recaer en responsabilidad penal de la persona jurídica y que efectivamente afectan al interés público.

Así mismo, con esta ley, se han reconocido a los sistemas de *compliance* como una circunstancia atenuante para la responsabilidad penal de las empresas. Sin embargo, se evidencia una falta de regulación detallada que establezca criterios claros en función del tamaño de las empresas, el giro de negocio e incluso sobre el sector comercial en el que operan cada una de ellas. La falta de regulación puede generar incertidumbre en su aplicación práctica, ya que no se contemplan adecuadamente las particularidades de los diferentes tipos de empresas que existen. En ese sentido, es importante que se regule con mayor precisión los estándares de cumplimiento normativo para evitar que cualquier compañía, independientemente de sus características, pueda acceder efectivamente a un sistema de *compliance*.

9.2 Principio de legalidad

De igual modo, se percibe una carencia normativa, ya que la ley que reforma el COIP establece algunas características mínimas que se deben observar para la elaboración de un programa de *compliance*, no obstante, se deja un vacío normativo al referirse a la futura expedición de un reglamento y otras disposiciones específicas. En ese caso estaríamos hablando de una norma penal parcialmente en blanco o en su defecto de una norma extrapenal.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 147, numeral 13 de la Constitución de la República del Ecuador, corresponde al presidente de la república “expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes [...]”⁶¹. En consecuencia, en el supuesto en el cual el ejecutivo decida expedir un reglamento que regule los *compliance programs*, ese reglamento carece de seguridad jurídica en la aplicación punitiva, pues deja de ser una norma penal. Toda vez que, la ley reformativa del COIP está delegando al ejecutivo las funciones de legislar una ley penal, lo cual atenta contra el principio de

⁶¹ Artículo 147.13, Constitución de la República del Ecuador, R.O 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O 568 30 de mayo de 2024.

legalidad que rige en *stricto sensu* el derecho penal⁶². Así lo complementa Héctor Sevillano, pues un reglamento impone obligaciones que, en ciertos casos, pueden adquirir relevancia penal – al momento de evaluar su eficacia–, al convertirse en conductas típicas y que por ende son sancionables por el derecho penal⁶³. Dicho de otro modo, implica que el supuesto incumplimiento del reglamento puede recaer y dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica, en la manera en cómo los regula. En este escenario se violenta claramente el principio de legalidad, dando paso a la inseguridad jurídica.

Adicional a ello, la ley reformativa del COIP menciona textualmente que también se deberán observar las disposiciones de “otras normas específicas”⁶⁴. A este respecto el legislador no es claro a qué normas específicamente se refiere. Sin embargo, un aspecto que conecta el derecho penal con la ley penal en blanco y los programas de cumplimiento normativo son los códigos de conducta que contiene cada programa de *compliance*⁶⁵, pues todo modelo de gestión tiene su núcleo en los códigos de conducta.

Complementando esa idea, el legislador puede llegar con retraso a la definición de elementos y normativas específicas que contengan el riesgo permitido y definan el deber de cuidado que debe observar cada empresa. A este respecto, como última instancia no queda más opción que recurrir al estándar de cuidado establecido en un determinado sector⁶⁶. Este estándar de comportamiento y otras definiciones en particular, se las puede encontrar, en normas específicas –como menciona el legislador– derivadas de la autorregulación, es decir en los códigos de conducta⁶⁷ y en resoluciones que expidan los entes de control como la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFFE) como se analizará *infra* (§9.5.1).

Es así que, cada empresa a través de la autorregulación se impone los objetivos de cumplir con varios principios, valores, normas y lineamientos⁶⁸ establecidos en su código de conducta, volviéndose vinculante y de obligatorio cumplimiento hacia el interior de cada una de ellas. Además, los mencionados códigos pueden desarrollar mejores técnicas de prevención de riesgos y más específicas que las señaladas en la

⁶² Alfredo Liñán Lafuente y José Pazmiño Ruiz, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Nueva era *Compliance* en Ecuador? Un diálogo con España”, 85.

⁶³ Héctor Sevillano, “Cuestiones sobre principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal”, Revista de Derecho *UNED: Revista de Derecho* 19, (2016), 749.

⁶⁴ Artículo 50, COIP.

⁶⁵ Silva y Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 124.

⁶⁶ *Id.*, 122.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Francisco Calvo, “Códigos Éticos y Contrato de Trabajo: Algunas notas”, en *La Responsabilidad Social Empresarial: Un Nuevo Reto Para el Derecho*, José Fernández y Carolina Gala (Madrid: Marcial Pons, 2009).

legislación nacional. En ese sentido, realizando una lectura sistemática de la norma mencionada en el párrafo anterior, se concluye que el legislador hace alusión también a los códigos de conducta de cada empresa cuando se refiere a otras normas específicas.

No obstante, este argumento también tiene varias críticas, pues según Schunemann “la remisión a regulaciones privadas es jurídico-constitucionalmente inadmisibles pues lesiona el mandato democrático”⁶⁹. En ese sentido, no solo vulneraría el principio de legalidad si no también el principio democrático y de división de poderes, pues se le está otorgando a un ente privado la regulación de aspectos que pueden tener relevancia penal.

Adicionalmente, los códigos de conducta que implemente cada empresa, podrían contener aspectos diferentes dependiendo cada empresa. Por otro lado, se le estaría otorgando al mismo sujeto que genera los posibles riesgos, la facultad de determinar y controlar la medida permitida para mitigar los riesgos creados por el mismo sujeto⁷⁰. Lo que carecería de sentido normativo, pues cada empresa adoptaría códigos de conducta que le sean favorables en cuanto a conductas y sanciones en las que puedan recaer, lo que genera una violación al principio de legalidad penal.

9.3 Incapacidad del Estado para regular

Es importante mencionar que el Estado dentro de sus obstáculos está limitado a regular amplia y concretamente cada uno de los supuestos que ameritan los *compliance programs* debido a la falta de recursos y conocimientos, ahora bien, se configura un panorama completamente diferente cuando el Estado regula inadecuadamente lo que en efecto está a su alcance. Es así que, las personas jurídicas en busca de prevenir cualquier tipo de riesgo –no solo penales– implementan en su estructura programas de cumplimiento normativo.

En efecto, las empresas han “convenido que la pura heterorregulación no es suficiente ni adecuada”⁷¹, pues el Estado no conoce las características, oportunidades, deficiencias e incluso el presupuesto que cada compañía posee. Además de aquello, existen diversos tipos de personas jurídicas, por lo cual, el poder público no cuenta con la suficiente experiencia ni formación para regular cada aspecto esencial en cada una de las sociedades. En ese orden de ideas, una excesiva regulación por parte del Estado ocasionaría un desincentivo para la inversión privada en las personas jurídicas del país en

⁶⁹ Silva y Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 124.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*, 45.

razón del avasallador proceso de globalización de las mismas⁷². Puesto que al ser estructuras altamente complejas y organizadas, necesitan contar con los más altos estándares de *compliance*, por lo cual les sería totalmente inviable un sistema de heterorregulación⁷³.

Así mismo, el ámbito empresarial es sumamente diverso, en el cual puede existir una amplia variedad de sectores y actividades mercantiles en las que cada empresa puede desempeñarse. Dicha complejidad conlleva a que el Estado no se encuentre en la capacidad de desarrollar un único programa de *compliance* que se ajuste adecuadamente a las necesidades y particularidades de cada sector empresarial.

Otro aspecto para tener en cuenta es el tamaño de cada empresa, pues existen grandes corporaciones de trascendencia global, mientras que otras empresas están en sus primeras etapas de desarrollo y no cuentan con la capacidad económica de una multinacional. Esta disparidad en la capacidad económica e incluso organizativa entre compañías grandes y pequeñas presenta desafíos en el ánimo de implementar un programa de cumplimiento basándose en la legislación ecuatoriana.

En ese sentido, el legislador no ha contemplado adecuadamente cómo debería adecuarse un sistema de gestión en empresas de mayor o de menor tamaño, *contrario sensu* con el enfoque adoptado en la legislación española. En el Código Penal de España se han previsto medidas específicas para ajustar los requisitos de cumplimiento normativo según el tamaño de las empresas como se ha expuesto *ut supra*.

Adicional a todo lo mencionado, cabe destacar el avanzado desarrollo tecnológico, el surgimiento de nuevas aplicaciones y el acelerado crecimiento de la inteligencia artificial que se ha evidenciado en los últimos años. Este ritmo de crecimiento de la innovación ha llevado a que el Estado no cuente con los recursos, experiencia técnica ni conocimiento suficiente necesario para una regulación adecuada y efectiva, algo que sí ha logrado el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

En síntesis, el hecho de intentar establecer una sola normativa y regulación para todas las industrias y personas jurídicas devendría en la vaguedad de la norma e ineficacia de la misma, ya que cada sector y empresa requiere de un enfoque distinto. En esta misma línea, es crucial que la regulación sea viable y eficiente para las pequeñas y medianas empresas que también están sometidas al régimen de la responsabilidad penal.

9.4 La necesidad de una autorregulación regulada

⁷² Silva y Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 47.

⁷³ *Id.*

Cada empresa tiene un conocimiento profundo sobre su estructura y funcionamiento. De esta manera, en busca de una mejora cuantitativa en la regulación y control de las conductas de las empresas, el Estado delega parte de su función regulatoria a las propias empresas, sin esto significarse una cesión de la función por parte del Estado⁷⁴. En otras palabras, no se transfieren poderes ni funciones, sino que simplemente se delega la capacidad de regularse a sí mismas con el objetivo de obtener una legitimación de lo normado.

Bajo esta figura, tanto el Estado como las empresas obtienen beneficios. Por un lado, el Estado se apoya en la autorregulación de los particulares para fortalecer la prevención de posibles delitos que puedan generar, mediante el aprovechamiento del conocimiento especializado de cada persona jurídica, lo que equivale a un mejor control y una vigilancia eficaz al seno de su interior, además reflejaría “mayor eficacia y cohesión en la actividad legislativa y en la aplicación del [d]erecho”⁷⁵.

Por otro lado, las compañías se benefician de la autorregulación ya que son capaces de adaptar los programas de *compliance* a sus características y necesidades, más aún si esto les permite mejorar su reputación con el objetivo de ser más competitivos en el mercado. Resulta beneficioso para las compañías autorregularse ya que permite a las mismas prevenirse de manera más específica y así mismo, crea una cultura de cumplimiento normativo otorgando mayor confianza hacia dentro como hacia fuera de la empresa.

Mediante esta figura el Estado “convalida la regulación privada como normas válidas y vigentes”⁷⁶, sin renunciar a su función de control y sanción. Lo que quiere decir que el Estado no otorga libertad total a las empresas, pues ha establecido en el COIP ciertos requisitos mínimos que las empresas deben cumplir para poder implementar programas de *compliance*.

En el ejercicio de la autorregulación;

[S]e le ha concedido efectos diversos, que van desde el entendimiento de el cumplimiento de ciertos estándares como un indicio o incluso una presunción de conducta diligente, o como preconstitución de una prueba pericial, hasta medidas más decisivas, como la exclusión de la intervención del Estado en el ámbito autorregulado y su sustitución por la actividad de los particulares (en algunos casos, incluso, llegando a la imposición de sanciones)⁷⁷

⁷⁴ Silva y Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 47.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Palma y Aguilera, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 106.

⁷⁷ Kuhlen et al., *Compliance y teoría del Derecho penal*, 265.

Por lo mencionado previamente, surgen varios problemas sobre legitimación y también de *enforcement* en los sistemas de autorregulación, ya que mientras más intervención estatal –directrices y requisitos específicos– menores problemas de legitimación habrá, caso contrario, existen mayores conflictos y objeciones cuando el Estado interviene mínimamente o en nada⁷⁸. En este sentido, queda a total discreción del Estado definir y controlar qué tan vinculante son las normas de *compliance* dentro de las compañías en el sentido de determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

9.5 Exigibilidad del *compliance*

Con el objetivo de lograr una adecuada regulación del *compliance* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es necesario analizar si es factible y viable exigir un programa de *compliance* para las personas jurídicas. Pues el hecho de que el *compliance* actúe como un sistema de prevención de riesgos penales, podría considerarse razonable que su implementación sea obligatoria. Sin embargo, surgen ciertas dificultades que resultan problemáticas y desfavorable tanto para el poder público como para las empresas.

Por un lado, se debería evaluar cuales serían los beneficios y desventajas de exigir a cada empresa que cuente con un modelo de gestión. Es así que, se debe ponderar si el coste de implantar un programa para la prevención del cometimiento de un determinado delito en el seno de la persona jurídica, justifica la inversión en comparación con los costos y posibles perjuicios de no hacerlo. Dicho de otro modo, correspondería analizar qué tan oneroso y perjudicial podría resultar para las empresas el no adoptar un programa de *compliance*. Para ello, Gómez Tormillo menciona que “si es cierto lo caro que resulta, es más caro todavía el no-*compliance*”⁷⁹.

En este sentido, para el Estado sería bastante favorable, ya que alivianaría los costos relacionados con la prevención de delitos en el ámbito empresarial, trasladando esa obligación a cada empresa. Además, generaría mayor confianza en los actores económicos y sería beneficioso para el sector empresarial ecuatoriano. Bajo esta perspectiva, como su objetivo lo menciona, contribuiría a prevenir gran cantidad de riesgos en la estructura de la empresa, que de otro modo existirían en ausencia de un programa de *compliance*.

⁷⁸ Silva y Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 52.

⁷⁹ Manuel Gómez Tomillo, *Compliance y política legislativa*, 18.

No obstante, si los programas de *compliance* fueran obligatorios y exigibles, podrían darse casos en los que se implementarían únicamente para cumplir con la normativa, sin el verdadero objetivo y ánimo de prevenir riesgos dentro de la estructura de la organización. En este sentido, la exigencia de un programa resulta contraproducente, ya que, al requerir parámetros mínimos en la norma, con el objetivo de un acatamiento de las empresas, en realidad se está incentivando a un *make-up compliance*⁸⁰, o también llamado *compliance* de maquillaje. Esto guarda relación con los posibles beneficios que podría obtener una persona jurídica al adoptar un programa de *compliance*, que realmente sea eficiente y no simplemente por cumplir con la norma.

Así mismo, en caso de que los *compliance* programs fueran exigibles para las personas jurídicas, aquellas que no lo integren en su estructura podrían ser sancionadas. Sin embargo, la postura de esta investigación es que se recaería en un ciclo constante de falta de recursos para supervisar, detectar y sancionar, ya sea penal o administrativamente, a las sociedades que no hayan adoptado estas medidas. Consecuentemente, aumentaría la carga para el sector público, lo que evidenciaría nuevamente en una deficiente regulación de los sistemas de *compliance*.

9.5.1 Exigibilidad dentro del contexto ecuatoriano

Así las cosas, en Ecuador, se ha expedido la Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, la cual obliga a ciertos actores económicos a reportar al organismo de control, es decir la UAFE, de sus propias operaciones y las operaciones inusuales e injustificadas de personas jurídicas o naturales que hayan tenido con la entidad que reporta. Estos sujetos se encuentran enlistados en el artículo 5 de esta ley, entre otros se encuentran: “[...] las cooperativas, fundaciones, instituciones del sistema financiero, casas de valores [...]”⁸¹, etc. Adicional a ello, este ente de control ha expedido varias resoluciones, donde también obliga a contadores, organizaciones políticas, etc, como sujetos obligados a reportar. Sin embargo, mediante Resolución No. UAFE-DG-2022-0129 emitida por la UAFE, también se han incorporado particularmente nuevos sujetos obligados, los cuales son, entre otros, los abogados, profesionales del derecho y los que realicen operaciones relacionadas con: “[...] compra y venta de bienes inmobiliarios, administración de dinero y activos del cliente, creación, operación o

⁸⁰ Carolina Boehler, Juan Pablo Montiel, “¿Cómo testear la adecuación de un programa de *compliance*? Introducción al “modelo de los tres filtros” *Política Criminal 16* (2021), 214.

⁸¹ Artículo 5, Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, R.O Suplemento 802 de 21 de julio de 2016, reformado por última vez R.O.S 610 de 29 de julio de 2024.

administración de personas jurídicas, fideicomisarios [...]”⁸², etc. Mediante la incorporación e inclusión de nuevos sujetos a reportar, el organismo de control se satura y acumula de reportes que en ocasiones resultan inocuos e inofensivos.

Ahora bien, mediante el Reglamento General a la Ley Orgánica de Prevención de Lavado de Activos y la mencionada resolución de la UAFE, se ha previsto la exigibilidad de un sistema de prevención de riesgos en su estructura para los sujetos obligados a reportar. En concreto, en el artículo 5 y 6 del reglamento y el artículo 4 de la resolución, mencionan que los sujetos obligados a reportar operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas deben elaborar e implementar un sistema de prevención de riesgos junto con un manual de prevención de lavado de activos y financiamiento de delitos⁸³.

En este orden de ideas, para estas empresas que enfocan sus actividades dentro de los supuestos mencionados, resulta de carácter obligatorio mantener e implementar un programa. Como se ha repasado, incluso los estudios jurídicos que se encasillan dentro de lo mencionado también están exigidos a incorporar un programa de *compliance*. Lo que podría resultar de cierta manera perjudicioso ya que, se le impone la carga de incurrir en nuevos costos para la implementación de un programa, y no solo eso, sino también la obligación de reportar sus operaciones financieras, vulnerando incluso la confidencialidad de los clientes de cada firma legal.

De allí la importancia de que existan unos parámetros completos en la normativa penal. Sin embargo, cabe preguntarse si resulta eficiente y efectivo que les sea exigible a todos los sujetos mencionados en estos instrumentos. En consecuencia y de acuerdo con el análisis de esta investigación mediante un análisis razonable de la norma, no le sería eficiente ni a la administración pública, ni a las empresas de menor tamaño que se les exija un sistema de prevención. Toda vez que pueden prevenir riesgos penales únicamente con algunos de los elementos de un programa, sin la necesidad de incurrir en lo costoso de un programa serio y completo. En razón de aquello, resultaría inviable y conflictivo exigir programas de *compliance* a las empresas de pequeñas dimensiones⁸⁴.

⁸² Artículo 2, Resolución No. UAFE-DG-2022-0129, Unidad de Análisis Financiero y Económico, Registro Oficial 48 de 22 de abril de 2022.

⁸³ Artículos 5 y 6, Reglamento a la Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, Decreto Ejecutivo 1331, Presidencia de la República, R.O.S 966 de 20 de marzo de 2017, reformado por última vez R.O 259 de 3 de agosto de 2020.

⁸⁴ Manuel Gómez Tomillo, *Compliance y política legislativa*, 75.

Por otro lado, resulta totalmente recomendable que, para las empresas de dimensiones mayores, les sea exigible implementar sistemas de prevención de riesgos, debido a toda la información que manejan, las cantidades exorbitantes de dinero, la complejidad de sus relaciones contractuales, etc. Esto es lo que busca implementar la normativa ecuatoriana, al requerir que las instituciones del sistema financiero cuenten con un programa de cumplimiento.

En conclusión, esta investigación sostiene que, para las empresas grandes, con magnitudes gigantes y que sean sujetos obligados a reportar al órgano de control debería ser obligatorio. Mientras que, para aquellas de menor tamaño, que sus actividades económicas son menores y mantienen un bajo presupuesto, no se les sea exigible. Sin perjuicio de que implementen medidas que se adecúen a sus patrimonios y dimensiones.

Es así que, en general y bajo las excepciones antes mencionadas, el legislador ecuatoriano ha optado por no exigir obligatoriamente los programas de *compliance* para las personas jurídicas y dejar en manos del empresariado, la ponderación de los riesgos que asume. En este caso, la misma compañía, según las características de la empresa y aversión al riesgo de quien la dirige, se decide si optar o no por asumir el costo e implementar medidas idóneas de *compliance*⁸⁵ o de autorregulación.

10. Propuestas de mejora en la regulación del *compliance*

Una vez revisados todos los criterios relevantes a tener en cuenta para una adecuada regulación de los programas de cumplimiento normativo, corresponde analizar cuál podría ser la postura más adecuada para una efectiva y completa regulación del *compliance* en la legislación ecuatoriana. La presente propuesta se estructurará en secciones dedicadas a la co-regulación, la regulación sectorial, así como a los posibles beneficios e incentivos que las empresas podrían obtener y que deberían existir en la legislación.

10.1 Una regulación colaborativa: Co-regulación

Según se ha venido observando, el legislador ecuatoriano ha puntualizado de manera muy amplia y escueta los mínimos que las empresas deben observar en miras a adaptar un programa de *compliance* en su estructura. Sin embargo, con el objetivo de establecer lineamientos claros y específicos en la norma, el Estado en colaboración con las personas jurídicas interesadas buscan estimular a las compañías a que se

⁸⁵ Manuel Gómez Tomillo, *Compliance y política legislativa*, 20.

autorregulen⁸⁶, dado que así existiría un sistema óptimo y eficiente del *compliance*. En este sentido, el Estado con su falta de conocimientos y recursos, junto con los entes privados, quienes poseen la información y la experiencia necesaria, realizan un trabajo en conjunto con el objetivo de regular acertadamente las normas de *compliance*.

En este supuesto el Estado se reserva parcialmente sus funciones, tutela el proceso de regulación –*law enforcement authority*– y trabaja junto con los privados para crear una normativa básica⁸⁷, pero correctamente estructurada que incentive a las compañías a autorregularse ciñéndose a la normativa ahora creada, que contiene los parámetros detallados. En esa misma línea el Estado estaría dictando leyes para los sistemas de *compliance* -privados- y que de esta manera se exija al privado a cooperar con el sistema sancionador estatal, incluso estableciendo legalmente que el código interno adoptado por la empresa sea vinculante⁸⁸.

Sin duda, la colaboración público-privada resulta ser una herramienta útil para poder regular a las entidades más relevantes en el sector económico del país, es decir a las personas jurídicas. Sin embargo, es la esencia de este sistema regulatorio que el Estado *per se*, no pierda sus facultades sancionatorias, pues “no debería sustituir totalmente la perspectiva tradicional basada en la disuasión”⁸⁹. Ante esta afirmación, resulta importante resaltar que bajo una investigación práctica ha quedado evidenciado que las organizaciones no se autorregulan de manera confiable y segura sin una presión disuasoria y que prevea sanciones en caso de incumplimiento de los estándares mínimos que imponga la ley⁹⁰. Dichas sanciones cobrarían relevancia con el tema de atenuantes o eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica como se analizará más adelante.

El proceso en principio no sería sencillo, ya que es necesario elaborar sistemas específicos de regulación, que involucren no solo a las empresas, sino también a todos los terceros interesados⁹¹ como pueden ser proveedores, contratistas, etc. En ese sentido, las personas jurídicas podrían poner a disposición del Estado aquella información relevante y significativa. A manera de ejemplo, en la co-regulación se podrían agregar las pautas para empezar a elaborar códigos de conducta, incluir como requisitos

⁸⁶ Nieto y Arroyo, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 77.

⁸⁷ Palma y Aguilera, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 108.

⁸⁸ Nieto y Arroyo, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 99.

⁸⁹ Silva y Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 97.

⁹⁰ *Id.*, 98.

⁹¹ *Id.*, 51.

indispensables de un programa de *compliance* elementos como: las tareas de supervisión y control, que sirvan como un primer bosquejo, con el objetivo de simplificar la implementación en empresas de menor dimensión. Solo de esta manera, el trabajo público-privado daría sus frutos y se podría obtener sistemas específicos e individualizados de regulación⁹².

Es así como en Italia las asociaciones representativas de las entidades colectivas han compartido sus códigos de conducta al Ministerio de Justicia, el cual realiza observaciones, ratifica y aprueba si son o no idóneos para la prevención de delitos⁹³ en el seno de la persona jurídica. Entiendo de esta manera que el estado se guarda su facultad de revisión, supervisión y aprobación –*cooperative self regulation*–⁹⁴. De esta manera, no se trata de un sistema de heterorregulación, pues únicamente se sientan las bases de un programa de *compliance* eficaz, verídico y completo. Esta cooperación público-privada tiene la finalidad de que las empresas observen los requisitos y parámetros establecidos, que han sido elaborados con ayuda de los entes privados, quienes son los que conocen y tienen la experticia en el tema y se autorregulan en base a ello, pudiendo así obtener beneficios en cuanto a la responsabilidad penal.

En ese sentido, se considera que esta debería ser el sistema regulatorio que se debe implementar en materia de la autorregulación, ya que saca ventaja a todos los medios y habilidades que poseen los entes privados. De esta manera, las personas jurídicas pueden ayudar al Estado, no solo regulando, si no también previniendo los riesgos desde dentro de las empresas e incluso controlando mediante una adecuada normativa inicial.

10.2 Regulación sectorial

Si bien es cierto que el sistema de co-regulación no puede abarcar la regulación de todos los aspectos específicos de cada giro de negocio y de los diferentes sectores empresariales, es menester que este proceso de regulación permita establecer las bases para cada uno de ellos. Es así que, en un mundo donde la economía ha trazado diversos caminos en el ámbito de la empresa, resulta particularmente importante para los sectores más comunes y con mayor relevancia dentro de la economía, que mediante la co-regulación, el legislador establezca de forma general el contenido del *compliance* en cada sector⁹⁵ específico.

⁹² Silva y Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 52-53.

⁹³ Vincenzo Mongillo, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Italia: Puntos fuertes, problemas de aplicación y perspectivas de reforma”, 13.

⁹⁴ Silva y Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 51.

⁹⁵ Nieto y Arroyo, *El Derecho Penal Económico en la Era Compiancia*, 76.

Está claro que las empresas buscan adoptar un sistema de *compliance* no solo para evitar delitos, sino para que, en el ejercicio de sus actividades económicas se cumpla la ley. Así las cosas, no cabe duda de que una regulación de *compliance* específica para cada sector empresarial – al menos los sectores con mayor importancia – incentivaría en gran medida a implementar una correcta autorregulación y estimularía al crecimiento de una cultura de cumplimiento corporativo en el del marco de las empresas ecuatorianas.

10.3. ¿Atenuante o Eximente de Responsabilidad?

Mediante la Ley Orgánica Reformatoria del Código Integral Penal en Materia Anticorrupción mencionada *ut supra*, el legislador ha reconocido a los programas de *compliance* como una circunstancia atenuante para la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ahora bien, según la legislación extranjera que se ha analizado se desprenden varias posturas. Si bien, no existe una posición unánime en el derecho comparado ni en la doctrina sobre cuál debería ser la naturaleza del *compliance* como atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se realizará el análisis en busca de encontrar una correcta regulación como atenuante en función de la correcta implementación de los programas de cumplimiento normativo. De esta manera, las personas jurídicas que acogen en su estructura sistemas de *compliance*, gozarían de ciertos beneficios no solo como atenuante sino incluso como eximente de la responsabilidad penal según los siguientes argumentos.

En primer lugar, se debe entender la naturaleza del *compliance*, pues su objetivo es que la empresa que lo aplique comparta una cultura de cumplimiento corporativo y cumpla la ley. En ese sentido, en el supuesto que una persona jurídica que no posea medidas de control y prevención, cometa un ilícito, se entiende que evidentemente existe un déficit en su organización y estructura que ha permitido la comisión del delito⁹⁶. Mientras tanto, ocurre totalmente lo contrario cuando una empresa se acoge a un sistema de cumplimiento normativo. Es decir que, si la persona jurídica – *ex ante* – realmente contaba con las medidas idóneas para evitar la comisión del delito, pero aún así se cometió dicha conducta penal, quiere decir que la compañía estaba correctamente organizada, sin embargo, puede que se hayan evadido y esquivado los controles de vigilancia.

A este respecto, teniendo en cuenta que el injusto de la empresa es el defecto de organización, y que el *compliance*, en efecto supone que la persona jurídica está

⁹⁶ Palma y Aguilera, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 26.

organizada⁹⁷. Corresponde evaluar y considerar la eficacia e idoneidad de las medidas adoptadas de cada programa para darle una respuesta a la regulación eficaz del *compliance* como atenuante o eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En este sentido, este trabajo de investigación sostiene que el *compliance* puede actuar como atenuante de responsabilidad penal, pero también habría el supuesto en el que puede actuar como eximente. Ahora bien, si dado el caso que una compañía cometa un delito en el seno empresarial y haya implementado un *compliance program* de manera superficial –*make-up compliance*– no le aplicaría ningún tipo de beneficio en cuanto a la responsabilidad penal. La empresa estaría intentando engañar a la administración pública, pues puede llegar a suceder que se haya adoptado el programa de manera exclusivamente formal y cosmético, lo que deriva en un programa ineficaz⁹⁸. Razón por la cual, no se le debería tomar en cuenta como una circunstancia atenuante o parámetro eximente, ya que la empresa no estaría verdaderamente implementando un programa de *compliance*, sino se estaría frente a un *compliance* de “maquillaje”, aparentando el cumplimiento normativo, cuando en realidad y en la práctica no se está aplicando ninguna medida de prevención.

En este supuesto corresponde a la autoridad revisar y evaluar si dicho programa ha implementado las medidas idóneas para tratar de evitar el cometimiento del delito, pues esa es la esencia del *compliance*. A este respecto la autoridad debe demostrar que en efecto el programa es ineficaz y que fácticamente no se lo cumple al interior de la compañía y por tal motivo se cometió el ilícito. De allí la importancia que exista una óptima regulación del *compliance* en la legislación ecuatoriana, pues los parámetros mínimos y detallados en la norma servirán de apoyo para la autoridad competente al momento de evaluar la eficacia e idoneidad de las medidas adoptadas. Así mismo, no solo las personas jurídicas, sino también la autoridad estatal tendrá seguridad jurídica en sus decisiones para calificar la operatividad de los modelos de control y prevención.

En el siguiente supuesto, la compañía ha implementado algunos de los parámetros establecidos en la norma, es decir, cuenta con un programa de vigilancia y prevención parcial, con determinadas medidas orientadas al cumplimiento normativo. Sin embargo, el programa es incompleto y presenta falencias y omisiones en su estructura. Por este motivo, la empresa recae en un defecto de organización parcial es decir que ha cometido un injusto penal. No obstante, se reconoce el esfuerzo en tener una cultura de

⁹⁷ Palma y Aguilera, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 26.

⁹⁸ Manuel Gómez Tomillo, *Compliance y política legislativa*, 76.

cumplimiento por parte de la persona jurídica y el hecho de que realmente haya implementado medidas así sean mínimas y estén operando correctamente en el seno de la empresa. Por lo cual, le permite obtener el beneficio de atenuante en caso de recaer en responsabilidad penal. Esto se debe a que la empresa mostró la verdadera intención de autorregularse y mantenerse al marco de la legalidad, a pesar de ello, no logró organizarse adecuadamente y se llevó a cabo el delito.

En el tercer y último supuesto, se ha optado por poner en funcionamiento un programa de *compliance* –*ex ante*– con todas los parámetros y regulaciones que exija la norma, y en efecto funciona correctamente en la empresa. A pesar de ello, pueden ocurrir supuestos como la utilización de maniobras para la comisión de tipos penales como evadir controles y no cumplir con los códigos de conducta de los sistemas de prevención. En este supuesto lo más apropiado es considerarla como una circunstancia excluyente del tipo objetivo, ya que la exoneración depende de demostrar la existencia de medidas de control adecuadas y efectivas, cuya ausencia constituiría el núcleo central de la responsabilidad penal⁹⁹. Es decir que la persona jurídica ha realizado diligentemente todo lo que estuvo a su alcance para evitar el cometimiento de cualquier delito en su organización. Así mismo, la autoridad debe observar mediante la ley y las circunstancias de hecho todos los parámetros que la empresa ha cumplido y en la manera en cómo lo ha hecho.

11. Conclusiones y Recomendaciones

A lo largo de toda la investigación se han repasado todos los instrumentos que existen en el Ecuador sobre los programas de cumplimiento normativo. Este análisis incluyó el Código Orgánico Integral Penal y su reforma mediante la cual se adoptaron los sistemas de cumplimiento en la legislación ecuatoriana, resoluciones tanto de la Superintendencia de Compañías, la Superintendencia de Competencia Económica, como también de la Unidad de Análisis Financiero y Económico y acuerdos ministeriales del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca.

Del estudio realizado se ha concluido que la normativa vigente es corta, muy general y puede generar problemas de tipicidad. Por lo cual, se ha evidenciado que la regulación de estos sistemas todavía es insuficiente en la legislación ecuatoriana para llegar a una correcta y completa esquematización por parte del Estado.

⁹⁹ Palma y Aguilera, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 27.

Para determinar si existe la regulación suficiente se han repasado varias teorías y modelos con respecto a la intervención estatal en la regulación del *compliance* dentro de las empresas. Así, se han analizado los argumentos a favor y en contra de la excesiva regulación del *compliance*, arribando a la postura de que es necesaria una intervención del poder público para poder ejercer coerción. No obstante, se debe preservar la libertad de autorregulación de cada empresa, quienes son los principales sujetos interesados en mantener una correcta organización interna.

Así mismo, en base a los criterios de regulación del *compliance*, el Estado como garante de varios bienes jurídicos protegidos, tiene la obligación de proveer una correcta regulación. Sin embargo, no se encuentra en la capacidad económica e intelectual de poder legislar correctamente la materia de *compliance*. Razón por la cual debe permitir que las personas jurídicas se autorregulen en busca de una atenuación de cargas para el poder público.

Del mismo modo, se revisaron los principales modelos de regulación, incluyendo la heterorregulación, plena regulación, meta-regulación y co-regulación. Tras el análisis desarrollado a lo largo de esta investigación se determinó que el enfoque más adecuado y acertado para el Ecuador es el modelo de la co-regulación.

Tras repasar legislación comparada de países como Estados Unidos o Italia, los cuales poseen un mayor desarrollo en el tema, se pudo determinar que se necesita de la regulación y autoridad por parte del Estado como también del apoyo de las personas jurídicas del ámbito privado, quienes poseen los conocimientos y recursos especializados.

En ese sentido, la co-regulación ofrece un sistema normativo idóneo mediante el cual las personas jurídicas, terceros interesados y otros actores del sector empresarial, comparten conocimientos y estrategias con el Estado para otorgar una legislación completa. Complementariamente esta coalición lograría otorgar legitimidad a la nueva normativa que se logre ajustar a los intereses de todos los sujetos participantes y a los programas de *compliance* que se implementen en las empresas.

Ahora bien, se recomienda al legislador que mediante este cambio normativo se contemplen todos los requisitos, parámetros, sectores empresariales, incentivos, sanciones y beneficios para las personas jurídicas que adopten los programas de prevención en su estructura. La postura de esta investigación sostiene que este cambio regulatorio únicamente sería viable mediante una ley especializada en materia de *compliance* que reforme el Código Orgánico Integral Penal. Solo así la normativa será vinculante y cumplirá con todos los criterios de legalidad de una ley penal.

En miras a una futura completa y eficiente regulación de los programas de cumplimiento normativo, también se hace énfasis en adoptar elementos de control en cuanto a la correcta implementación de estos sistemas. En otras palabras, se hace énfasis en verificar y controlar que dichos programas implementados en la estructura de las empresas no se limiten a ser una simple formalidad y sirvan como fachada para obtener los posibles beneficios como atenuantes o eximentes de responsabilidad para la empresa. De esta manera, se busca que se apliquen y adopten de manera consciente y efectiva en busca de fomentar una auténtica cultura de cumplimiento normativo en el Ecuador.

Finalmente, mediante una legislación robusta y especializada en materia de *compliance*, respaldada por mecanismos de control y sanciones se logrará construir una normativa con bases consolidadas con el objetivo y finalidad de promover el desarrollo empresarial en el Ecuador insertando una consistente cultura de cumplimiento normativo en las personas jurídicas del país.