

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La carga de la prueba en un proceso penal contra la persona jurídica.

María Paula Vinueza Andrade

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito

para la obtención del título de

Abogada

Quito, 23 de noviembre de 2023

© 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: María Paula Vinueza Andrade

Código: 00213011

Cédula de identidad: 1750305987

Lugar y fecha: Quito 23 de noviembre de 2023

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 COPE 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UNPUBLISHED DOCUMENT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. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. 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 CARGA DE LA PRUEBA EN UN PROCESO PENAL CONTRA LA PERSONA JURÍDICA.¹

THE BURDEN OF PROOF IN A CRIMINAL PROCEEDING AGAINST A LEGAL ENTITY.

María Paula Vinueza Andrade²
Mariavinueza10@gmail.com

RESUMEN

El compliance penal es un nuevo sistema de control que han adoptado las empresas para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones penales, con el fin de prevenir el cometimiento de hechos ilícitos y fomentar una cultura organizacional ética de trabajo. El presente trabajo propone invertir la carga de la prueba en un proceso penal en el cual la empresa haya adoptado un programa de cumplimiento. Esto se prueba con una exhaustiva investigación y análisis acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las leyes ecuatorianas acerca del compliance penal. Entendido de esta forma concluimos que la única forma de probar que la entidad ha actuado de forma diligente y es con la autorregulación de la empresa al incorporar estos sistemas, probando que su programa de control se ha desarrollado de una forma eficaz ya que solo la misma entidad puede conocer como se ha implementado el compliance.

PALABRAS CLAVE

Compliance, Due Diligence, Civil Law, Responsabilidad Penal, Federal Sentencing.

ABSTRACT

Penal compliance is a novel control system adopted by companies to ensure compliance with criminal laws and regulations, aiming to prevent the commission of unlawful acts and promote an ethical organizational work culture. This paper proposes a shift in the burden of proof in a criminal process in which the company has embraced a compliance program. This is substantiated through a thorough investigation and analysis of the criminal liability of legal entities and Ecuadorian laws regarding penal compliance. Understood in this manner, we conclude that the only way to prove that the entity has acted diligently is through the self-regulation of the company by incorporating these systems, demonstrating that its control program has been effectively implemented, as only the entity itself can be aware of how compliance has been implemented.

KEYWORDS

Compliance, Due diligence, Civil Law, Penal Responsibility, Federal Sentencing.

Fecha de lectura: 23 de noviembre de 2023.

Fecha de publicación: 23 de noviembre de 2023.

¹Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Maria 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. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 2.1. QUE MODELO DE ATRIBUCIÓN TIENE EL ECUADOR 2.2. POSIBILIDAD DE SANCIONAR PENALMENTE A LAS PERSONAS JURIDICAS 3. COMPLIANCE PENAL 3.1 ANTECEDENTES Y ORIGENES 3.2 COMPLIANCE EN EL ECUADOR 3.3. EFECTOS DEL COMPLIANCE PENAL 3.4 ANALISIS DE LA CARGA DE LA PRUEBA 4. DERECHO COMPARADO ESPAÑA VS ECUADOR 5. CRITICA A LA LEY DE COMPLIANCE PENAL EN EL ECUADOR Y SU APLICACIÓN 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Hace más de 100 años, las empresas desafiaron las convenciones y la vida al promover una cultura de prevención en beneficio de la sociedad, debido al surgimiento de las personas jurídicas, las cuales Cabanellas las ha definido como un “ente que, no siendo el hombre o persona natural es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”.³

Este nuevo paradigma no solo generó intriga, sino que también planteó desafíos significativos, tanto en el ámbito cultural como en el legal; la aparición de esta tendencia suscitó preguntas importantes sobre cómo deberían adaptarse las leyes para abordar las demandas y expectativas cambiantes de la sociedad en relación con las actividades comerciales y corporativas.

Bajo este punto de vista amerita considerar el desarrollo de las sociedades, y cómo el derecho punitivo tuvo originalmente su concepción en una sociedad limitada exclusivamente a personas, sin que se hubiere concebido para ese entonces a las personas jurídicas, es por eso que de acuerdo a la concepción de Beccaria los hombres fueron cediendo parte de su libertad, para inducir a los demás que la defendiesen, haciendo que la suma de estas mínimas porciones de libertad formen el derecho a castigar y que todo aquello que se exceda, sea considerado abuso y no justicia.⁴

En la actualidad, las personas jurídicas nos hacen reflexionar sobre su impacto en la sociedad; esto se debe a que, por un lado, estas entidades han revolucionado la

³ Cabanellas, G. (2006). Persona Jurídica. En el Diccionario Jurídico Elemental (p. 361).

⁴ Beccaria, C. De los delitos y las penas. Estudio preliminar Luigi Ferrajoli. (Colombia: Temis, 2019), 11.

concepción general del Derecho, dado que anteriormente una entidad no podía ser considerada penalmente responsable debido al principio *societas delinquere non potest*; dado que, parte de las “categorías penales aplicables a las personas físicas (capacidad de acción, capacidad de culpabilidad) entendidas como facultades psíquicas, no son trasladables a la persona jurídica, ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a efectos distintos de los penales.”⁵

Este criterio ha sido replicado por varios tratadistas, ya que de manera muy similar han concebido teorías acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las cuales manifiestan que estas no deberían ser sancionadas penalmente, ya que “son los principios de acción, culpabilidad e individualidad de las penas los que impiden ejercer la facultad coercitiva-sancionadora de la ley penal sobre las empresas, corporaciones, fundaciones y en general sobre las personas jurídicas”⁶.

Desde allí surge la interrogante, de si es factible o no sancionar penalmente a una persona jurídica, los propios principios del derecho penal no han sido concebido en un marco normativo que permita imponer un castigo al accionar de estas.

Sin embargo, las personas ficticias han sido introducidas en la sociedad a un grado en cual, ya han llegado a ser utilizadas como medios para delinquir, por lo que se requiere adaptar el sistema punitivo para que no existan supuestos en los cuales los ilícitos cometidos por intermedio de estas se hallen cobijados de impunidad amparados en el principio *societas delinquere non potest*.

Con base a lo expuesto, es importante considerar que “lo que debe determinarse es si la persona jurídica comete sus propios delitos o si responde penalmente por los delitos cometidos por sus integrantes”⁷, criterio que podrá ser diverso acorde a la legislación de cada territorio, en los cuales se deberá establecer la existencia o ausencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; precepto que si ha sido incluido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el que se podrá imputar responsabilidades sobre un determinado conjunto de delitos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal.

Los actos ilícitos de las personas jurídicas se pueden dar por múltiples factores, sobre todo cuando no se posee un control interno o sistemas de autorregulación que

⁵ Muñoz Conde, F. y García Arán, M. Derecho Penal, Parte General. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 627.

⁶ Basabe Serrano, S, Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas (Ecuador: ABYA-YALA, 2003), 21.

⁷ Raúl Andrés Baldomino Díaz, Bases de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 27.

permita ejercer un control eficaz, referente a la realización adecuada de funciones del personal de la sociedad, así como generar una vigilancia de que los procesos ejecutados en la misma han sido manejados dentro del marco legal vigente. Debido a estas circunstancias, surge necesidad que algunas empresas han optado por tener programas de cumplimiento o *compliance* ligados al ámbito penal.

Los llamados programas de cumplimiento o *compliance* han sido definidos como un protocolo integrado estatutaria, orgánica y jerárquicamente en sociedades o personas jurídicas, que han sido autoimpuestas voluntariamente por estas, y que tienen como objetivo ejercer el "debido control" al que se refiere la normativa penal, y de esta manera evitar conductas ilícitas de sus directivos y de todo el personal que integre esta persona jurídica, con lo que se busca efectuar un control que reduzca al mínimo el riesgo de que a una sociedad le sea imputada responsabilidad penal alguna.⁸

Este programa de control que se ha promovido en el mundo moderno nos lleva a reflexionar sobre si realmente constituye un mecanismo efectivo para erradicar ilícitos o simplemente reducir el riesgo de su ocurrencia. Por otro lado, nos hace considerar que, incluso si se adopta este sistema, no genera una garantía absoluta de que las compañías no serán utilizadas para el cometimiento de ilícitos, y en caso de que ocurran, la empresa podría argumentar una ausencia de responsabilidad debido a una implementación adecuada de un programa de cumplimiento, lo que plantea la interrogante sobre cuál es el estándar probatorio que se requerirá para que sea factible demostrar la implementación de un programa de *compliance* lo suficientemente eficiente.

Por ejemplo, si la compañía en su organización interna ha desarrollado un sistema de control enfocado en evitar el blanqueo de capitales en sus transacciones, es necesario demostrar su aplicación en las transacciones efectuadas por esta y como mediante su ejecución fehacientemente se ha reducido la posibilidad de que se utilice la compañía para la actividad antes indicada. Adicionalmente, como su desarrollo ha prevenido el cometimiento de otros ilícitos, la buena diligencia de los trabajadores y el uso adecuado de la entidad para una actividad económica lícita.

Debido a esto, destaca la importancia de implantar estos sistemas en el esquema societario del Ecuador, ya que principalmente tiene como finalidad "evitar la investigación judicial de la persona jurídica, así como su potencial procesamiento y

⁸ Rayón, M. Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso. (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2018), 210.

condena”⁹; esto quiere decir que las empresas son reguladas por entes externos, entre los cuales pueden surgir supuestos de investigación frente a delitos, y por ello deben es necesario contar con sistema que reduzca casi en su totalidad este tipo de circunstancias. Así mismo, analizaremos en el desarrollo del presente documento, que la implementación de estos programas puede ser considerado como atenuante o eximente de la responsabilidad penal de acuerdo con cada país y la normativa promulgada en el mismo.

Un hecho a considerar radica en que este tipo de modelos de *compliance* no se consideran obligatorios en todas las legislaciones, así que en su mayoría no son implementados; por este motivo, se hacen presentes dos elementos que limitan la aplicabilidad voluntaria de los programas de cumplimiento, el primero se debe, a una falta de cultura de prevención, con lo que muchas compañías mantienen un esquema de solución de contingencias reactivo en lugar de proactivo, y como segundo punto se tiene al alto costo de implementación. Sin embargo, aquí no se ha considerado, que el costo de implementación pudiere resulta menor en comparación al monto de una sanción pecuniaria por la comisión de un delito.

Basándonos en la información proporcionada, en esta investigación se va a demostrar la factibilidad de invierte la carga de la prueba, para que sea la persona jurídica quien tenga que demostrar que el programa de cumplimiento o *compliance* penal fue implementado de forma eficaz, ya que como norma general es Fiscalía quien que debe desvanecer el principio de inocencia del imputado en un proceso que la parte acusada no ha tomado las debidas diligencias; este hecho pretende ser demostrado en base a investigación y doctrina.

2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Busato ha planteado “la pregunta sobre si la responsabilidad penal de la persona jurídica representa una novedad jurídica”¹⁰. Pues, algunos creen que esto no es algo nuevo, dado que esta figura ha sido concebida desde el *civil law*, y siendo considerada posteriormente en el sistema angloamericano; sin embargo, debido a que es una figura que no ha sido implementada a escala mundial con considerable antelación, no ha tenido un desarrollo a profundidad y amerita que se siga ampliando los estudios sobre la misma.

⁹ Ricardo Abia Gonzales, *Implantación Práctica de un Sistema de Gestión de Cumplimiento- Compliance Management System*, (España: Thomson Reuters, 2017), 30.

¹⁰ Responsabilidad penal de Personas Jurídicas. (Quito: Perfil Criminológico, Fiscalía General del Estado, 2022), 4.

El imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas nace desde el siglo XIX, su origen surge en Estados Unidos, donde fue reconocido constitucionalmente hace 100 años a través de la política criminal internacional para la prevención de la delincuencia; esta política se basa en buscar mecanismos para evitar el cometimiento de actos ilícitos y establecer programas anticorrupción en dicho territorio.

Desde el surgimiento de esta figura, se han planteado diferentes posturas como las de Windscheid, Koppen y Briz que sostienen que la “conformación de un patrimonio alrededor de la noción de persona jurídica no da lugar a la construcción efectiva de un nuevo sujeto imputable de derechos y obligaciones”¹¹. Esto nos dice que, a pesar de tener un patrimonio, estas no son capaces de actuar en base al ámbito legal y comercial.

Estas teorías clásicas buscan mantener el carácter sancionador del derecho penal, donde la persona natural es la única a la que se le puede sancionar penalmente por sus acciones u omisiones; esto como se manifestó anteriormente amparado en los principios de acción, culpabilidad y pena, ya que el delito dentro de una empresa sería cometido por intermedio de una persona física que tiene conciencia y voluntad, y ella es quien debe ser sancionada, dado que la persona jurídica es incapaz de actuar por sí misma.

Para autores como Franz Von Liszt quien sostuvo la necesidad de considerar la responsabilidad de las personas jurídicas desde una concepción encaminada hacia la peligrosidad de las mismas, concibiendo a la persona jurídica como un instrumento peligroso que permitía la ocultación de quienes pudieren servirse de ella para cometer delitos.¹²; esta idea surgió debido a que era posible adecuar su estructura y operaciones, para facilitar las actividades delictivas, sumado a que se carecía de programas de seguridad, haciendo complejo ejercer un control sobre el desarrollo de las actividades que realiza cada persona en la compañía.

Por otro lado, algunas posturas dicen que es la misma empresa la que debe controlar su funcionamiento, esto nos hace creer que el Estado no es capaz de controlar los actos o actividades que realizan las empresas, y determinar si estas van conforme a la ley o si su funcionamiento está encaminado a la realización de actividades lícitas o ilícitas. No obstante, estas nociones tradicionales de la responsabilidad penal de una empresa han ido evolucionando.

¹¹ Basabe Serrano, S, Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas (Ecuador: ABYA-YALA, 2003), 20.

¹² Martínez, V. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. (Valencia: Revista Internauta de Práctica Jurídica, 2011) Núm. 26, año 2011, 62.

Planteado esto llegamos a la duda si en verdad existe un delito propio de la empresa que debe ser sancionado, lo que amerita considerar si es que una empresa responde penalmente por sus propios delitos o responde por los delitos cometidos por los individuos que forman parte de esta organización, lo cual se adecuará a la normativa de cada territorio en el cual sean cometidos los ilícitos que pretendan ser sancionados, en concordancia a lo que se concibe como persona jurídica.

En nuestra legislación, el Código Civil ecuatoriano contempla en su artículo 564 a lo que se define como persona jurídica y la identifica “como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.¹³; por este motivo, al efectuar una inferencia lógica, y dado que puede ejercer derechos y contraer obligaciones, estas también son capaces de ser responsables por sus actos y ser sancionadas por los mismos, tal como lo ha sostenido Von Liszt al manifestar que “quien puede concluir contratos puede concluir contratos fraudulentos o usurarios.”¹⁴

Por lo tanto, en términos generales, la responsabilidad penal de una persona jurídica se refiere a su capacidad legal para ser considerada imputable y que consecuentemente pueda ser sancionado por el cometimiento de una infracción penal. Según la normativa ecuatoriana, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es independiente de la de las personas naturales que puedan estar involucradas en la comisión de delitos, incluso si no es posible identificar a la persona que cometió la infracción, la entidad corporativa sigue siendo sujeto de responsabilidad penal.

Por ejemplo, el artículo 50 del Código Orgánico Integral Penal en el cual se prescribe que “(...) tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley”¹⁵; frente a esto podemos considerar que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se extingue por ninguna modificación de índole societario que la empresa tenga.

En este sentido, no se ha manifestado cómo la normativa penal solucionaría ciertos inconvenientes que se generarían con la aplicación del articulado antes mencionado, en primer lugar al hablar de la fusión, de acuerdo al artículo 337 de la Ley de Compañías

¹³ Artículo 564, Código Civil, Registro Oficial No. 46 , 24 de Junio 2005.

¹⁴ Vasco, M. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español a partir del Nuevo Código Penal Español. (Albacete: Universidad de Castilla-La Mancha) 203.

¹⁵ Artículo 50, Código Orgánico Integral Penal [COIP], Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

detalla el proceso de fusión que se puede dar y que se resume en la creación de una nueva sociedad o que sociedades existentes son absorbidas por otras; por otro lado al referirnos a la escisión prescrita en el artículo 345 y siguientes *ibidem* se hace presente el supuesto de la existencia de una o más compañías distintas a aquella que hubiere sido imputada con una infracción penal.¹⁶

Los inconvenientes que saltan a la luz principalmente recaen sobre las sanciones de índole administrativo, como son las clausuras y disoluciones; es por eso por lo que nace la interrogante ¿se convertirían en sanciones inaplicables o por otro lado se sancionaría a las nuevas compañías producto de transformación o escisión (considerando que pudieren afectarse a terceros no involucrados) ?, en ambos casos la normativa ecuatoriana no ha planteado soluciones a estos supuestos que solamente el desarrollo de casos prácticos podrá solucionar en tiempos venideros con las decisiones adoptadas por juzgadores que sustancien estos procesos.

Adicionalmente, la noción de perennizar las penas impuestas a personas jurídicas independientemente de su configuración societaria expresa un criterio que es contrario a la individualización de la pena, ya que dará lugar a que la imputación realizada a una persona jurídica determinada sea maleable con relación al sujeto activo, cual, si se hubieren realizado un simple cambio de denominación y como se manifestó, el análisis requerido debe ser concebido más a profundidad.

2.1. Qué modelo de atribución tiene el Ecuador

Para poder atribuir responsabilidad a la persona jurídica existen tres modelos de atribución, el primero es el de autorresponsabilidad que hace referencia a la interpretación constitucional donde la entidad responde por los hechos propios que ha cometido. En este sentido, decimos “que sus órganos no cumplieron sus deberes de supervisión, vigilancia y control de las actividades realizadas por los subalternos de las personas que ejercen cargos de administración o dirección de la corporación”¹⁷; esto hace referencia a que, a nivel interno se incumplió con una correcta ejecución de los protocolos y controles respectivos a los cuales la empresa estaba obligada.

En segundo lugar, el modelo de hetero responsabilidad o responsabilidad vicarial consiste en transferir a la persona jurídica la responsabilidad penal por los actos que cometan sus representantes, por lo que “se trata de construir la responsabilidad de la

¹⁶ Ley de Compañías. Registro Oficial 312 de 05-nov.-1999.

¹⁷ Responsabilidad penal de Personas Jurídicas. (Quito: Perfil Criminológico, Fiscalía General del Estado, 2022), 44.

persona jurídica exclusivamente a partir de la transferencia o imputación de la persona física que actúa como órgano: Lo que realiza el órgano se le imputa a la persona jurídica”¹⁸. A modo general, este modelo se basa en la idea de que la entidad debe asumir la responsabilidad por las acciones de aquellos a quienes ha confiado la autoridad y las funciones en su nombre.

El último modelo al que se hace referencia es el mixto, el cual se fundamenta en una combinación de los modelos enunciados anteriormente; en consecuencia, se considera que la entidad puede ser responsable penalmente por sus propias acciones o por aquellas cometidas por sus empleados, agentes o representantes, así como por su negligencia en prevenir o supervisar adecuadamente actividades que derivaron en conductas penalmente relevantes. Por ejemplo, en el supuesto que una persona comete un delito o acto ilícito que beneficie a la empresa o a sus asociados, la responsabilidad recae no solo en la persona que lo llevó a cabo, sino también en la entidad o empresa a la que pertenece esa persona.

Explicado esto, se puede observar que algunos países como Ecuador, Argentina y Francia se mantiene el modelo de la hetero responsabilidad o más conocido como sistema vicarial; este modelo sostiene que “la responsabilidad penal de la persona jurídica es automática consecuencia de la comisión de un delito por parte de una persona física actuando en beneficio de dicha corporación”¹⁹. De acuerdo con esto, la empresa es imputable no por actos que realiza la misma, esto debido a su clara incapacidad fáctica para obrar al ser una persona ficticia, más bien es responsable por los actos cometidos por individuos que pertenezcan a su organización y estos hayan sido ejecutados para su beneficio o el de los intervinientes.

Para ser más específicos, en Ecuador se usa el sistema vicarial, ya que se transfiere la responsabilidad de una persona física a una persona jurídica. En relación con esto, el artículo 49 del COIP nos habla de que la empresa es responsable por los delitos que ha cometido cualquiera de sus asociados, mandantes, delegados, etc. En este sentido, en Ecuador la responsabilidad penal que se atribuye a la persona jurídica no es directa, ya que es un requisito *sine qua non* la intervención de la persona natural, aunque no se le impute responsabilidad penal alguna.

¹⁸ Robles, R. ¿Delitos de Personas Jurídicas? A Propósito de la Ley Austriaca de Responsabilidad de las Agrupaciones por Hechos Delictivos. In Dret, Revista para el Análisis del Derecho. (Barcelona, 2006). 73.

¹⁹ Responsabilidad penal de Personas Jurídicas. (Quito: Perfil Criminológico, Fiscalía General del Estado, 2022), 19.

Este modelo de responsabilidad se sustenta en un hecho de conexión, entonces se plantea la exigencia de la responsabilidad penal de las empresas, al asignar la conducta delictiva de un individuo a la entidad jurídica, siempre que se declare culpable a la persona natural. En consecuencia, se entiende que la “corporación solo podría intentar crear condiciones en su organización previa y en su respuesta posterior a las consecuencias del delito”²⁰; de esta forma se entendería que se abre la posibilidad de obtener aplicar herramientas como sistemas de control para prevenir delitos, las cuales podrían ser configurados como atenuantes.

2.2.Posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas

Estas entidades, presentes desde tiempos remotos, nos han llevado a reflexionar acerca de la posibilidad de enjuiciarlas por la comisión de un delito, dado que son entidades ficticias o incorpóreas. Desde su creación, se ha hecho referencia al aforismo "*societas delinquere non potest*", lo que se traduce en que las sociedades no pueden delinquir; si consideramos esta frase como verdadera, entonces las entidades no pueden ser responsables de un delito, ya que no tienen la capacidad de cometerlo mediante acciones u omisiones.

Von Savigny reconocía esta tesis, al manifestar que las personas jurídicas “no tenían sustancia o configuración propia, debido a que estaban compuestas por personas individuales que tomaban decisiones y obedecían las órdenes. De modo que, serían las personas individuales quienes cometerían conductas delictivas. Por tanto, se entendía que las sociedades o asociaciones eran ficciones creadas por el derecho con fines específicos.”²¹

Sin embargo, en Ecuador se ha reconocido a la persona jurídica como alguien capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones; por lo tanto, en el supuesto de que una compañía cometa un delito, esta sería plenamente imputable.

Por lo tanto, en Ecuador a partir del año 2014, de acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal, se estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pudiendo sancionarse a las infracciones penales cometidas por estas. Posterior a esto, en febrero de 2021 la Asamblea Nacional del Ecuador promulgo la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción lo cual se conoce como Ley

²⁰ Baldomino Diaz, Bases de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 20.

²¹ Von Savigny, F. citado en: González Sierra, P. La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP. (Valencia: Tirant lo Blanch , 2014), 32.

Anticorrupción. En esta reforma se estableció en el artículo 49 del COIP, los requisitos mínimos para que las empresas puedan aplicar a los atenuantes cuando han adoptado programas de cumplimiento.

Por un lado, si bien es cierto que el artículo 49 del COIP hace referencia a la responsabilidad penal de las personas al indicar que “la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito”.²², esto no es lo que sucede en la práctica. Puesto que el modelo vicarial es aplicado en Ecuador, en primer lugar, es necesario identificar a la persona que ha cometido el delito para posteriormente poder atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica.

Así mismo, con la última reforma de 2021 del Código Orgánico Integral Penal se menciona un listado de los delitos en los cuales las empresas serían responsables penalmente. Algunos delitos significativos por los cuales estas entidades pueden ser responsables incluyen estafa, cohecho, fraude tributario, ocupación o uso ilegal de suelos, daños ambientales, insolvencia fraudulenta, quiebra fraudulenta, violaciones de propiedad intelectual o derechos de autor, y comercialización de productos médicos vencidos, etc.

En relación, al tipo de delitos que pudieran cometer las personas jurídicas, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) mantiene un sistema *numerus clausus* para identificar a las conductas penalmente relevantes que se podría incurrir; consecuentemente, el artículo 71 del COIP se refiere a las penas con las que podrían ser castigadas, por lo que en caso de determinarse responsabilidad penal sería procedente la imposición de multas pecuniarias, comiso penal, clausura temporal o definitiva, la realización de actividades en beneficio de la comunidad, la remediación integral de daños ambientales, la disolución y la prohibición de contratar con el Estado de manera temporal o definitiva.

En estos casos, la entidad puede ser sancionada por delitos cometidos en su nombre y en su beneficio. Para ello, en resguardo al debido proceso, la acusación debe efectuarse citando a la persona jurídica a través de su representante legal, quien puede actuar por sí mismo o a través de un tercero con procuración judicial. Para probar la responsabilidad penal de la entidad, se deben cumplir ciertos requisitos, como la acusación de la comisión de un delito en beneficio de la entidad, la cual deberá demostrar

²² Artículo 49, Código Orgánico Integral Penal [COIP], Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

el “convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable (...)”²³, la identificación de los responsables individuales dentro de la empresa y la demostración de que la empresa no tomó las medidas adecuadas para prevenir el delito.

Dada la acusación se puede solicitar medidas cautelares y de protección, mientras se sustancia el proceso penal, por ejemplo, clausura provisional del local, suspensión de actividades o intervención por parte del sector público de control competente. Para ello es necesario que se realice una investigación exhaustiva de la infracción que se pretende sancionar, pero también es necesario saber si la persona jurídica ha cumplido con el programa de *compliance* penal o algún método de control ante este tipo de delitos.

Es importante destacar que si la empresa implementó un programa efectivo para prevenir delitos y puede demostrar que tomó medidas adecuadas para prevenir la comisión de delitos, es posible que no se la considere responsable en ciertos casos. Este enfoque refuerza la importancia de que las empresas adopten medidas preventivas y programas de cumplimiento para evitar la comisión de delitos y proteger su responsabilidad legal.

En el caso de que una empresa cometa actos ilícitos y no haya implementado un modelo de control como es el *compliance* penal, se manifiesta que se la está sancionando por una omisión; específicamente, se le impone una pena por no haber implementado un modelo de control, incluso considerando que este no es obligatorio. Destacando que “la responsabilidad penal por no haberse organizado adecuadamente para el desarrollo de su negocio, para comportarse dentro del marco del riesgo permitió”²⁴, lo cual nos hace inferir que se le sanciona por una organización defectuosa más no por el cometimiento de una infracción penal.

En concordancia con lo anterior, es necesario destacar la necesidad que tácitamente las compañías han adquirido referente a establecer “normas que imponen una determinada organización interna para las entidades”²⁵. Por lo tanto, estas deben ejecutar procesos internos encaminados a desarrollar una adecuada regulación, que permita reducir los índices de riesgo en el cometimiento de delitos.

²³ Artículo 5, Código Orgánico Integral Penal [COIP], Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

²⁴ Responsabilidad penal de Personas Jurídicas. (Quito: Perfil Criminológico, Fiscalía General del Estado, 2022), 21.

²⁵ Bedecarratz Scholz, Francisco Javier. Defecto de organización y reglas de comportamiento en la imputación de las personas jurídicas. Política criminal, (2020).

Para entrar un poco más en contexto en lo que respecta al defecto de organización, “se revela como un requisito de imputación y funda la responsabilidad penal en un fallo organizativo de la persona jurídica. Así, la responsabilidad se irroga por un hecho propio de la persona jurídica, consistente en que se ha organizado internamente de modo defectuoso”²⁶. En otras palabras, cuando se efectúan actividades ilícitas dentro de una entidad jurídica, estas son clasificadas de acuerdo con la organización interna de la entidad; puede significar que se identifica quiénes son los responsables, cómo se llevaron a cabo estas acciones y cómo estas afectan la estructura organizativa de la entidad.

Por lo tanto, cuando una entidad comete un delito, no se le sanciona en si por el delito que cometió sino por el defecto de organización de esta; sanción que recae debido a que no implementó un programa de control para regular a su empresa en todas las actividades que se realicen para su beneficio. Esto hace que el desarrollo de programas de cumplimiento sea esencial en la autorregulación de la compañía, en cada proceso que esta se ve involucrada.

Sin embargo, el delito que se da por falta de aplicación del *compliance* siempre es sancionado, esto quiere decir que si una entidad no tomó las medidas necesarias para prevenir el cometimiento de un acto ilícito se entenderá que actuó de forma negligente y recibirá un castigo; sin embargo, se debe tomar en cuenta que el programa de *compliance* es un método preventivo y disuasivo, esto no implica que se erradicará la posibilidad de que se cometa un ilícito por intermedio de la persona jurídica.

3. Compliance Penal

3.1. Antecedentes y orígenes

En el sistema del *common law*, se destaca el precedente establecido en el caso de New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481, sentenciado el 23 de febrero de 1909 por el Tribunal Supremo. En esta decisión, el tribunal introdujo la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los Estados Unidos, un hito significativo en la evolución del modelo de cumplimiento normativo, también conocido como *compliance*, tal como se conoce en el contexto estadounidense.

²⁶ Ibidem

Este modelo en “castellano significa conformidad o cumplimiento y llevado al mundo jurídico, cumplimiento normativo”²⁷, lo que implica que su objetivo se basa en minimizar los riesgos de incumplimiento que pueda realizar una entidad. No obstante, se cree que su terminología es inexacta y solo se refiere a actuar conforme a legalidad o el cumplimiento de obligaciones.

Los programas de cumplimiento coadyuvan a la autorregulación empresarial que se ha desarrollado en base al sistema de *law enforcement* autónomo, el cual genera el cumplimiento de las leyes y regulaciones de una entidad. En otras palabras, implica que la entidad tiene autoridad y recursos para tomar medidas coercitivas o sancionadoras cuando se detecta un incumplimiento de las regulaciones, sin necesidad de recurrir a un extenso proceso legal.

Por otro lado, un adecuado *due diligence* nos ayuda en el desarrollo de un modelo óptimo de *compliance*, pues mediante esta “se comprueba cuál es el nivel de cumplimiento de una empresa que se va a adquirir o con la que se va a realizar una joint venture”²⁸, con estos procedimientos, la empresa se cerciora de actuar de manera diligente y reduce el riesgo de incumplimientos conforme a lo establecido en la legislación local.

3.2. Compliance en el Ecuador

En la actualidad, se ha implementado el *compliance* penal como una medida preventiva para evitar el cometimiento de un delito por parte de entidades ficticias. Esta herramienta se centra en un enfoque integral para evitar el cometimiento de ilícitos, además de que ofrece una nueva forma de organización corporativa donde las empresas se enfoquen en la ética y la responsabilidad desde su creación, lo que genera un enfoque proactivo para asegurar que las empresas operen de manera legal y ética.

El término *compliance* hace referencia a “que la organización se dote de un sistema eficiente de prevención y control ante posibles incumplimientos normativos, siendo capaz de detectar con antelación los riesgos”²⁹; bajo este concepto, este programa ayuda a evitar que se cometan delitos o actos corruptos en la empresa y permite que la actividad económica de la empresa sea realizada dentro del marco normativo vigente.

²⁷ Ricardo Abia Gonzales, *Implantación Práctica de un Sistema de Gestión de Cumplimiento-Compliance Management System*, (España: Thomson Reuters, 2017), 35.

²⁸ Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, (Madrid: Marcial Pons, 2013), 23.

²⁹ Ricardo Abia Gonzales, *Implantación Práctica de un Sistema de Gestión de Cumplimiento-Compliance Management System*, (España: Thomson Reuters, 2017), 35.

Es decir que la empresa mediante el programa de cumplimiento tiene un modelo individualizado de control de acuerdo con sus necesidades específicas, que le permitirá determinar los riesgos de cometimiento de ilícitos dentro de la misma. El *compliance* no puede ser generado como un estándar de único cumplimiento, este es diferente para cada empresa, ya que ninguna entidad presenta los mismos problemas, el mismo objetivo o riesgos en su giro del negocio; podrá haber casos similares, pero difícilmente uno idéntico.

Ahora bien, como ya se ha mencionado el artículo 49 del COIP sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, también tenemos el numeral 7 del artículo 45 del COIP que nos enumera acerca de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aquí específicamente se reconoce a los programas de cumplimiento como un atenuante de responsabilidad penal, sin embargo, es necesario traer a colación lo plasmado en el Acuerdo Nro. MPCEIP-DMPCEIP-2021-0002 que contiene el “Reglamento Para Calificar y Regular a los Implementadores de Programas de Cumplimiento Penal”, el cual concibe que solamente aquellos autorizados por el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca podrán elaborar programas de cumplimiento en materia penal.

Además, desde la última reforma de agosto de 2021 de este artículo 45 se menciona los requisitos de los programas de cumplimiento taxativamente, el cual indica que debe haber controles internos, administración de las actividades en las que haya riesgo, modelos de gestión financiera, canal de denuncias, código de ética, programas de capacitación, investigaciones internas y supervisiones.

Dado esto, hay que considerar que las empresas no pueden cometer todo tipo de delitos, ya que como dice el principio de *numerus clausus* la persona jurídica solo va a ser responsable por el tipo penal que está establecido en el COIP. Por lo que no les sería atribuible delitos como violación, asesinato, hurto, etc. De acuerdo con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, sólo podrían ser imputados por aquellos que taxativamente estén contemplados en el COIP.

Por lo tanto, en el escenario en el que una empresa haya implementado el *compliance* penal y, a pesar de ello, se vea involucrada en el cometimiento de ilícito, esta debe probar la aplicación del programa, su eficacia y su autorregulación. En este contexto, determinar quién es verdaderamente responsable cuando una institución comete un ilícito dependerá de la evaluación de las pruebas disponibles y de la demostración de la debida diligencia por parte de la empresa.

Estos programas de cumplimiento de acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano establecen que las personas jurídicas pueden implementar el *compliance* para prevenir la comisión de delitos, incluyendo políticas, procedimientos y controles internos de prevención. Nos dice que, si una empresa ha utilizado este programa de forma efectiva, se lo consideraría como un factor atenuante en el proceso penal. Esto nos hace entender que es necesario que toda empresa implemente este tipo de sistema para que el cometimiento de delitos disminuya, y la vez en caso de ocurrir, las penas aplicables sean atenuadas.

Por esta razón, una parte de la doctrina considera que la implementación del sistema de control debería ser obligatoria para las empresas, sancionándose su incumplimiento. Por otro lado, se cree que lo más eficaz sería la autorregulación de la compañía; dado que, desde el interior de la entidad se puede controlar su funcionamiento y prevenir ilícitos, con diferentes tipos de control interno.

Así mismo se debe tener clara la concepción de *compliance* como “un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos”³⁰

En consecuencia, si se opta por la autorregulación, la empresa implementaría el modelo de *compliance* para mantener “una auténtica cultura ética y de cumplimiento normativo dentro de la organización”³¹, debiéndose basar en los empleados, gerentes y todo el personal que va a seguir las normas del sistema y actuar conforme a lo que se le indique en concordancia a las leyes del territorio ecuatoriano.

Por esta razón, tampoco sería adecuado que sea la Fiscalía la autoridad correspondiente para probar que la empresa implementó un programa de *compliance*, debido a que esta no tiene un conocimiento referente a si la empresa fue responsable o si usó todos los mecanismos de control para poder evitar actos ilícitos. Dado que esta autoridad no conoce como se lleva a cabo los procesos internos y el desarrollo de la empresa; Entonces, la compañía sería la encargada de aportar elementos probatorios que permitan demostrar que su programa de cumplimiento ha sido eficaz y su implementación ha ayudado a la prevención de delitos.

³⁰ España Revista World Compliance Association, “Acerca del Compliance”, World Compliance Association, accedido 19 de noviembre de 2023, <http://www.worldcomplianceassociation.com/ques-compliance.php>

³¹ Ricardo Abia Gonzales, *Implantación Práctica de un Sistema de Gestión de Cumplimiento- Compliance Management System*, (España: Thomson Reuters, 2017), 28.

3.3.Implementación del Compliance Penal

Para que el programa de cumplimiento sea eficaz en el control interno de una empresa hay que considerar dos principios esenciales que la entidad debe tener de acuerdo con la *Federal Sentencing*. Estas son las Directrices Federales de Sentencia que forman un conjunto de reglas establecidas por los Estados Unidos para dar uniformidad a las acusaciones penales.

El propósito de estas pautas es promover la consistencia y la equidad en las sentencias impuestas por los tribunales federales. En este sentido, estas normas mencionan que “*the organization should act appropriately to prevent further similar criminal conduct, including assessing the compliance and ethics program and making modifications necessary to ensure the program is effective*”.³² Lo que se traduce, en implementar un sistema de *compliance*, que permita evitar posibles conductas criminales, y efectuar los cambios que se requieran para eficiencia del programa.

Así mismo, se debe considerar la implementación de ciertas conductas, como lo son: “i) el ejercicio de la debida diligencia para prevenir y detectar conductas ilícitas; y, ii) la promoción de una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso de cumplimiento con la ley”.³³ Esto significa que al implementar el modelo de cumplimiento este debe estar organizado de tal manera que pueda prevenir, corregir y evitar cualquier tipo de infracción, de esta forma se implementaría un modelo ético y responsable que pueda asegurar una operatividad adecuada de la empresa con relación a la prevención de actividades delictuales.

En general se considera que tenemos tres momentos al implementar el modelo: Uno cuando se diseña el modelo del programa que debe “satisfacer los estándares de calidad referidos a la identificación control, información y evitación de los riesgos”³⁴, dos la comunicación y aplicación del *compliance*, que se da cuando la empresa acepta y sigue el sistema planteado, y tres, el control y seguimientos de las normas del programa de cumplimiento.

3.4.Compliance como factor determinante de la pena para las personas jurídicas

³² United States Sentencing Commission. Guidelines Manual 2023. Extraído el 19 de noviembre de 2023: <https://www.usc.gov/guidelines/2023-guidelines-manual-annotated>

³³ Justo Edward Nieves Chero, coord. Daniel Armando Pisfil Flores, coord. y Carlos Antonio Agurto Gonzáles, coord. Responsabilidad penal de las empresas y Compliance Program. (Ediciones Olejnik, 2018), 116.

³⁴ Justo Edward Nieves Chero, coord. Daniel Armando Pisfil Flores, coord. y Carlos Antonio Agurto Gonzáles, coord. Responsabilidad penal de las empresas y Compliance Program. Ediciones Olejnik, 2018, 117.

De acuerdo con el artículo 45 del COIP existen circunstancias atenuantes de la infracción penal, una de ellas es la aplicación previa de un modelo de *compliance* por parte de la persona jurídica imputada. Frente a esto, con la finalidad de individualizar la pena para las personas jurídicas, estas deberán ser las encargadas de demostrar la consecución de más de un atenuante y no limitarse solamente a la implementación de un programa de cumplimiento.

De esta forma el *compliance* puede ser utilizado como atenuante para la empresa que ha cometido el delito de acuerdo con el artículo antes mencionado; para establecer un atenuante es necesario considerar el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal que señala que:

Sí existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.³⁵

Entonces en un caso el juez podría establecer un tercio de la pena mínima para la persona jurídica de acuerdo con los dos artículos antes mencionados, ya que, si demuestra la aplicabilidad de dos atenuantes y ningún agravante, se permitiría que sea procedente este beneficio procesal. Por otro lado, es importante considerar que el programa de *compliance* debe cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 49 del COIP para ser considerado válido y que sea considerado como un atenuante.

Por este motivo no podemos hablar de una regulación absoluta del estado o una regulación totalmente independiente de la compañía; más bien amerita referirse a una autorregulación regulada, la cual establece que “el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas se relaciona con la “autorregulación regulada”, dado que la exención o atenuación de la pena a las personas jurídicas por la adopción adecuada de *compliance* podría ser considerada como una consecuencia jurídica -estatal- “favorable” que fomenta la autorregulación en aras de la prevención de delitos y protección de bienes jurídico-penales. El Estado busca, de esta forma, “fomentar” la adopción e implementación de *compliance* empresariales para la prevención delictiva.”³⁶

3.5. Análisis de la carga de la prueba

³⁵ Artículo 44, Código Orgánico Integral Penal [COIP], Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

³⁶ Darnaculleta, M. “La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental- europea”, (2015), 64.

Entonces, la carga de la prueba nos da “los medios ofrecidos al juez para evitar un pronunciamiento de duda”³⁷. En un proceso las partes siempre deben probar con hechos, documentos o cualquier tipo de respaldo que lo que están alegando es verdadero.

En los sistemas jurídicos existe el término *onus probandi incumbit actori* el cual nos dice que la carga de la prueba le corresponde al actor. Por lo tanto, la persona que está acusando debe demostrar que el acusado es culpable; sin embargo, cómo la parte que acusa puede demostrar que el programa de cumplimiento no ha sido llevado a cabo con efectividad o que la empresa ha tenido un defecto de organización, pues en un proceso penal se busca más que probar la no implementación del *compliance*, se busca demostrar si este ha sido eficaz o no.

Si tomamos el caso en el cual una empresa B que ha llevado todos sus asuntos interiores de forma correcta y ha implementado programas de cumplimiento para no cometer actos ilícitos y mantener las actividades de su empresa dentro del marco normativo vigente, igualmente ha incurrido en un delito pese a tomar medidas de prevención; por lo que, se configura una conducta penalmente relevante, que ante la ley penal debe ser sancionada.

Por lo tanto, al ir a un proceso penal la Fiscalía en este caso debería probar que la empresa ha cometido el acto del cual se le acusa, esto implicaría demostrar por parte del titular de la acción penal pública que la compañía no ha tenido un sistema de prevención como es el *compliance*. Esto se podría probar con peritaje especializado que analizarían la regulación interna de la persona jurídica y proporcionaría una idea acertada de la autorregulación de esta. No obstante, que tan sencillo es para las autoridades demostrar que la empresa no tiene un programa de cumplimiento eficaz y hasta qué punto podrían probarlo.

En primer lugar, hay que considerar que la aplicación de un programa de cumplimiento no es obligatoria, lo que se traduce en que la empresa decide o no implementar este sistema. Por lo tanto, si la entidad opto por su aplicación no tuvo intención de cometer un delito sino de prevenirlo, al actuar de manera diligente y autorregularse de manera óptima.

En segundo lugar, esta autoridad tendría que llevar a cabo un análisis e investigaciones exhaustivas de como se ha desarrollado la empresa desde la implementación del programa. Por lo cual, no solo se gastaría tiempo y dinero en que la

³⁷ Micheli, Gian Antonio. La carga de la prueba. Ediciones Olejnik, 2019, 23.

fiscalía investigue cada empresa, sino que los procesos serían bastante extensos, y se podría correr riesgos de exceder los tiempos de investigación previa e instrucción fiscal, según corresponda.

La fiscalía por su parte no busca probar el simple hecho de no haber tenido un programa de *compliance* sino de demostrar que este no fue eficaz y por ello se ha no se ha podido evitar el cometimiento de cierto tipo de delito. Aun así, no se puede probar con exactitud si este es un buen sistema o no, sino que si se ha implementado para evitar el riesgo del cometimiento de un delito.

Por otro lado, las empresas deberían demostrar que han implementado el *compliance* de acuerdo con lo determinado en el COIP, y que han seguido todo su protocolo, porque basta con probar que se ha implementado el *compliance* para demostrar su buena fe, debida diligencia y eficacia en la empresa. Pues en estos casos es más sencillo para la entidad demostrar que si ha actuado conforme a la ley, que demostrar que la implementación se ha dado de forma adecuada.

Esta aclaración se la realiza debido a que el texto de la norma hace referencia a la implementación del programa de cumplimiento, más no hace alusión a los resultados obtenidos por su aplicación o a evaluaciones efectuadas posterior a su implementación.

Esto se debe a que no “puede afirmarse que no contar con un programa de cumplimiento eficaz supone un comportamiento imprudente de la empresa”³⁸, sino se hablaría de delitos culposos. En este sentido la empresa si quiere cometer un delito lo haría con intención, así mismo, si se implementó un programa de *compliance* para evitar el riesgo de delitos ha sido con intención de no estar involucrado en temas ilícitos. A pesar de ellos si el programa resultase ineficaz, la empresa no tendría que ser castigada por ello.

Esto debido a que la compañía es quien tiene la información y quien se encuentra en óptimas condiciones de cometer cualquier ilícito si así se pretendiera hacerlo. Porque solo desde adentro de la entidad se conoce como funciona y como se manejan los sistemas, los documentos, facturas y datos personales que se posean. Por otro lado, una persona externa no tiene acceso a este tipo de información y cuando analice los documentos no va a saber con exactitud que se ha hecho o como se han llevado a cabo sus actividades, sin que se requiera un análisis exhaustivo previamente.

³⁸ Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, Inigo Ortiz de Urbina Gimeno. Compliance y teoría Derecho penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid. 2013, 37.

Este supuesto de que la empresa sea la que pruebe que adecuó un programa de cumplimiento bajo los estándares de la norma vigente, se lo conoce como la inversión de la carga de la prueba.

Este tipo de programas como es el *compliance* tiene como finalidad que las actividades realizadas en cada compañía sean adecuadas a los estándares éticos y normativos de cada uno, y evitar de esta manera la comisión de actos inadecuados que incluso puedan ser considerados ilícitos. Por ello existe esta necesidad de tener un orden en sus asuntos interno, la cual se efectúa a través de la autorregulación; esta depende solo de la entidad, mas no de elementos externos como entes gubernamentales o requerimientos impuestos que no se adecúen a la realidad de la persona jurídica.

Bajo lo antedicho, se desprende una posible vulneración al principio de inocencia consagrado como fundamental en el proceso penal, debido a que dista de la concepción regular de una acusación en la cual se debe desvanecer este principio para que pueda existir una sentencia condenatoria, y por otro lado al requerirse este accionar a las personas jurídicas, ya se hace presente el requerimiento de una prueba encaminada a ratificar la inocencia, un hecho contrario a la noción garantista de la normativa penal ecuatoriana.

4. Derecho comparado España vs Ecuador

El cumplimiento normativo (*compliance* penal) en España y Ecuador tiene similitudes en términos de sus objetivos generales, que son prevenir y detectar actividades delictivas en las empresas y otras organizaciones. Sin embargo, también existen diferencias significativas en cuanto a la legislación y la implementación de programas de *compliance* en ambos países.

En la legislación española a diferencia de Ecuador el *compliance* penal es un sistema que se ha ido implementado por varios años y posee mayores indicadores. Primero en España se aplicó la responsabilidad de las personas jurídicas desde al año 2010, desde ahí estas entidades pueden ser sancionadas penalmente.

En España la mayor parte de las sociedades son pequeñas o medianas empresas, por lo que hay varios administradores y varios socios; esta situación se ha regulado con el Código Penal español que en su artículo 31 nos dice que los administradores responderán personalmente por los ilícitos efectuados por la persona jurídica que representen³⁹, así no se cumplan los preceptos para que este sea considerado sujeto activo

³⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Extraído el 19 de noviembre de 2023: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

de dicho delito; esto en concordancia con el artículo 31 bis del mismo cuerpo normativo que contempla la responsabilidad jurídica de las sociedades, esto implica que responden por lo actos de su representada por el simple hecho de ejercer su representación.

En España, el marco legal para el *compliance* penal está definido principalmente por la Ley Orgánica 10/1995 desde el artículo 31 bis y siguientes; además, de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado establece las directrices para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece disposiciones relacionadas con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas de *compliance* que las organizaciones deben implementar.

En base a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en ambos países, las personas jurídicas pueden ser consideradas penalmente responsables por delitos cometidos en su nombre o en su beneficio. Sin embargo, los detalles y los procedimientos específicos pueden variar.

Sobre los programas de *compliance*, primero en España la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado en España proporciona directrices sobre la implementación de programas de *compliance* para las personas jurídicas, en estos se enfatiza la importancia de medidas de prevención y control internas para evitar la comisión de delitos.

En Ecuador el COIP establece que las personas jurídicas deben implementar medidas de control interno para prevenir delitos. No obstante, la legislación en Ecuador no proporciona directrices detalladas sobre cómo deben ser estos programas de *compliance*.

Las sanciones y procedimientos legales específicos para la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden variar en términos de gravedad y procesos judiciales entre España y Ecuador; sin embargo, se han priorizado en multas para la entidad infractora.

En España, la Fiscalía General del Estado tiene un papel relevante, ya que supervisan estos mecanismos de control, mientras que, en Ecuador, se pretende que también sea la Fiscalía General del Estado quien asuma ese rol, sin que se haya desarrollado esta capacidad de una manera idónea.

5. Crítica a la ley de compliance penal en el Ecuador

En el Ecuador desde las reformas normativas que implementaron el *compliance* en nuestro territorio, no se generó un desarrollo extenso del tema, y solamente se lo ha

enunciado, lo que implica que requiere aún un proceso de desarrollo en el país antes de una implementación plena. Así mismo, de un modo que no termina de quedar dilucidado, ya se ha definido quien va a ser el ente regulador de los programas de cumplimiento, en este caso es el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca.

Esta entidad se dedica a incrementar la productividad, calidad, desarrollo de polos productivos y temas relacionados con la industria, entonces cómo una entidad que no conoce exhaustivamente la normativa penal y está relacionada con otro campo puede regular el *compliance*. Para este tipo de regulación se requiere un conocimiento profundo de la normativa penal vigente y que esta pueda ser asociada con aquella promulgada en materia societaria.

También, es importante tomar en cuenta que la ley ecuatoriana nos apunta hacia un modelo de autorregulación para las empresas, si tomamos el caso de las compañías anónimas la Ley de Compañías es obligatorio que tengan un comisario de control, ya que se supone que a mayor número de accionistas se requiere un mayor control de la entidad y mayor vigilancia en el desempeño de cada uno; sin embargo, no se puede extender la figura del comisario a un revisor de *compliance*, quien debe ser alguien especializado para la materia.

Si se habla de las compañías limitadas el tener un comisario de control es una facultad mas no una obligación, esto quiere decir que si se realiza una junta general se toma la decisión entre todos de implementar un comisario o no.

Frente a estos dos tipos de compañías vemos un aspecto importante y es que no todas las empresas tienen el mismo tipo de regulación sobre sus procesos control interno. Aun así, si cualquier empresa comete un acto ilícito de igual forma es responsable penalmente, pero que razonable es sancionar a alguien por no haber implementado un órgano de control si este no es obligatorio.

Por lo tanto, tener un comisario de vigilancia no es una solución para una eficaz implementación de un programa de cumplimiento, servirá como un elemento paliativo mientras el ente de control designado en conjunto con el ente rector del ámbito societario defina los parámetros claros, medibles y cuantificables para que un programa de cumplimiento sea eficazmente aplicado.

Esta práctica tendrá un fin en concreto, el cual es que se disminuyan los delitos de empresas y elementos que promuevan la corrupción en las mismas. Si en el caso de Ecuador no es obligatorio implementar este tipo de control, entonces sería una decisión únicamente de la empresa para actuar de forma diligente; y llegaría a ser una obligación

tácita para que las personas jurídicas puedan probar su debida diligencia en la prevención del cometimiento de delitos.

Con respecto al *compliance* y entes de cumplimiento se sugiere que las personas jurídicas, explícitamente en el artículo numeral 6 del artículo 45 del COIP en concordancia con el numeral 7 *ibidem*, pueden colaborar con las autoridades en la investigación; esto nos demuestra que si la empresa comete un ilícito es ella la que debe hacer las debidas investigaciones para aportar elementos que permitan determinar el nivel de responsabilidades de los intervinientes en la conducta penalmente relevante.

A propósito de esto, el canal de denuncias es esencial al momento de implantar un programa de cumplimiento, ya que permitirá atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; también se lo conoce como canal ético, el cual es un medio de comunicación que permite a empleados y profesionales informar a la empresa sobre posibles conductas irregulares contrarias a las normativas internas o externas. Esta herramienta busca mitigar riesgos asociados con prácticas indebidas, evitar sanciones y multas, y demostrar una cultura organizacional centrada en el cumplimiento.

Otra cuestión importante es que, considerando que el desarrollo normativo en materia de *compliance* penal es escaso, así como el desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; entendemos que los encargados de la acusación penal, así como los administradores de justicia no tienen una claridad acerca de este programa ni sobre su implementación. Por esta razón, es necesario fijar parámetros claros para que se conciba un programa de cumplimiento idóneo, y el invertir la carga de la prueba sea un hecho beneficioso en lugar de solamente ser un menoscabo al debido proceso, la igualdad y el principio de inocencia, al permitir que las autoridades extiendan el concepto de inversión de la carga de la prueba a modo general a otros procesos.

Es notorio que se puede generar un proceso de trabajo conjunto entre las personas jurídicas y Fiscalía; ya que desde su autorregulación conoce su funcionamiento desde su interior y sabe cómo se manejan sus procesos de control, esto permitiría un uso eficiente de recursos de una institución que a la fecha pasa por una crisis en lo institucional y en lo económico.

6. Conclusiones

En el ámbito legal, se reconoce que las personas jurídicas tienen la capacidad de contraer derechos y obligaciones, lo que incluye la posibilidad de ser responsables penalmente por sus acciones; esta responsabilidad penal implica que las compañías y entidades legales pueden ser juzgadas y sancionadas en caso de cometer delitos. Esta

concepción de imputación penal ha impulsado un desarrollo creciente en la implementación de programas de control, como el *compliance* penal, en diferentes jurisdicciones, incluyendo a Ecuador.

En Ecuador, los programas de control, como el *compliance* penal, han sido implementados y continúan desarrollándose en el país; estos desempeñan un papel fundamental en la autorregulación de las empresas, ya que su objetivo principal es prevenir la comisión de delitos dentro de la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento legal y ético. Por lo que se concibe que estas medidas contribuyen a fortalecer la integridad de las empresas y a evitar el incumplimiento de la ley.

Es importante destacar que, si bien el *compliance* busca prevenir delitos, no puede garantizar que no ocurran; su implementación demuestra que la empresa ha actuado diligentemente en su autorregulación y ha tomado medidas para evitar el incumplimiento de la ley. Sin embargo, si un delito llegara a cometerse, no necesariamente implica que el programa de *compliance* haya sido defectuoso, más bien, puede deberse a una situación no contemplada, ya que como todo cuerpo normativo no es absoluto y tendrá vacíos que solamente su aplicación práctica podrá subsanarlos.

En este contexto, surge la concepción de la inversión carga de la prueba en el proceso penal; en este punto Fiscalía no estaría en la plena capacidad de demostrar que el programa de *compliance* ha sido defectuoso, ya que esto podría resultar en un proceso complicado y costoso. En cambio, se podría considerar invertir la carga de la prueba, lo que facilitaría a la empresa demostrar que ha implementado un programa de *compliance* eficaz; de esta manera, la entidad podría beneficiarse al atenuar la responsabilidad penal que se le imputa.

Dado que no existe una ley que obligue a las empresas a implementar programas de *compliance*, la responsabilidad de su aplicación recae enteramente en la entidad; esto implica que la empresa debe demostrar que ha seguido un programa de cumplimiento efectivo a través de documentación, registros y evidencia de su implementación. La autorregulación se convierte en un pilar fundamental para la integridad y el cumplimiento legal de las empresas en ausencia de una regulación legal obligatoria.

Finalmente, para validar el desempeño positivo de la empresa, es crucial que esta implemente medidas de autorregulación, como los programas de *compliance*. La eficacia y el adecuado desarrollo de estos programas no solo sirven como prevención contra posibles actos ilícitos por parte de la compañía, sino que también constituyen una

demostración tangible de su compromiso con prácticas comerciales éticas y dentro del marco jurídico vigente.