

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho de la Empresa

**Mecanismos de control interno de las empresas como atenuantes y eximentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica**

Gilber Adrián Colina Chiguano

Tutor: José Andrés Charry Dávalos

Quito, 2022





## Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Gilber Adrián Colina Chiguano, autor de la tesis intitulada “Mecanismos de control interno de las empresas como atenuantes y eximentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho de la Empresa en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

30 de junio de 2022

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

Esta investigación analiza los mecanismos de control en las personas jurídicas, como causas eximentes o atenuantes de su responsabilidad penal, a partir de la legislación comparada y la introducción en la normativa penal ecuatoriana de este nuevo sujeto del derecho penal, iniciando el estudio de los fundamentos políticos, los que se facilitan de forma significativa una interpretación coherente del texto legal. En la actualidad no tendría sentido discutir si es posible o no sancionar penalmente a la empresa; sino, determinar si la persona jurídica responde desde un modelo vicarial o transferencia; o de responsabilidad por el hecho propio de la empresa o auto responsabilidad, si debemos determinar la culpabilidad de ésta o se puede prescindir de dicha categoría dogmática; y, la incidencia de mecanismos de control para mantener el riesgo del negocio, dentro de los límites permitidos y con ello pretender eximir o atenuar una posible pena a la empresa. El objetivo es el estudio de las circunstancias eximentes o atenuantes tipificadas en el derecho comparado, desde la implementación en la empresa de un programa de cumplimiento; y, la forma en que este se implementa, desde un estándar internacional como la Norma UNE 19601. Para alcanzar los objetivos planteados se aplicó una investigación de tipo deductivo-descriptivo. Como resultado se considera que los mecanismos de control interno –*compliance program penal*- mitigan el riesgo en la empresa y ayudan que el comportamiento en la persona jurídica carezca de reproche. Se concluye que el papel principal de los programas de cumplimiento es coadyuvar que en el seno de la empresa se fomente una cultura de cumplimiento a la legalidad. Se recomienda de *lega ferenda* que la normativa ecuatoriana considere causas eximentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Palabras clave: persona jurídica, heterorresponsabilidad, autorresponsabilidad, *compliance* penal, atenuantes, eximentes, UNE 19601



A mi padre Gilber y mi madre Sofía, por su infinita paciencia, confianza e incondicional apoyo, sobre todo por su amor.

A mi hermano Alexis, por sus consejos, complicidad y amistad sincera.



## **Agradecimientos**

A la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador y de forma personal al Mgs. José Andrés Charry Dávalos, por su apoyo, recomendaciones y dirección en el presente trabajo.

A Lourdes, por su acompañamiento en este trabajo.



## Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Responsabilidad penal de la persona jurídica .....	15
1. Fundamentos políticos de la responsabilidad penal de la persona jurídica .....	16
2. Modelos de atribución de la RPPJ.....	19
2.1. Modelo de heterorresponsabilidad de la persona jurídica .....	20
2.2. Modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica .....	22
3. Culpabilidad de la persona jurídica .....	25
3.1. Por defecto de organización .....	26
3.2. Por incumplimiento de legalidad .....	27
4. Fundamentos y toma de posición.....	30
Capítulo segundo: Eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho español .....	31
1. Eximentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código penal español, cuando el delito es cometido por un representante, administrador o directivo .....	31
1.1. Implementación de modelos de organización y gestión .....	32
1.2. Designación de un órgano de supervisión .....	36
1.3. Elusión fraudulenta de los modelos de organización.....	39
1.4. Omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control .....	41
1.5. Las funciones de supervisión, asumidas por el propio órgano de administración .....	42
2. Presupuesto para la exoneración cuando el delito es cometido por los trabajadores o dependientes .....	44
3. Atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal español .....	47
3.1. Confesión a las autoridades .....	47
3.2. Colaboración en la investigación .....	49
3.3. Reparación del daño .....	50
3.4. Medidas eficaces de prevención y detección .....	52
3.5. Programa de cumplimiento parcial .....	53

4. Contenido del modelo de organización y gestión .....	56
4.1 Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deban ser prevenidos .....	56
4.2. Establecimiento de protocolos o procedimiento que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y ejecución de las mismas con relación a aquellos .....	58
4.3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos .....	59
4.4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención .....	60
4.5. Un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas establecidas en el modelo .....	62
4.6. Verificación periódica y eventual modificación del modelo de organización y gestión .....	63
Capítulo tercero: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador .....	65
1. Requisitos para la determinación de la RPPJ.....	67
2. Hacia un modelo de autorresponsabilidad.....	69
3. Criterios de <i>lege ferenda</i> para establecer circunstancias eximentes de la RPPJ en el Ecuador .....	71
Capítulo cuarto: Sistemas de gestión de compliance: Norma UNE 19601 .....	75
1. <i>Compliance</i> .....	76
2. Consideraciones para la implementación de un programa de cumplimiento penal .	77
2.1. La decisión en la persona jurídica de implementación de un programa de cumplimiento .....	78
2.2. Examen previo de la organización .....	80
2.3 Elaboración del mapa de riesgos.....	83
2.4. Reglamento de <i>compliance</i> .....	84
2.5. Mejora continua.....	93
3. Críticas al <i>compliance</i> .....	96
Conclusiones.....	97
Bibliografía.....	101

## Introducción

El presente trabajo inicia con un estudio de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas como una decisión de la política criminal en manos del legislador, condicionada a principios como el de legalidad, proporcionalidad o culpabilidad, para modelar la normativa penal de las personas jurídicas. En un Estado constitucional, la normativa penal y la concepción de la teoría del delito no representan una barrera infranqueable de la política criminal, por lo que representan la necesidad de normar o imponer sanciones a las personas jurídicas que actúen en forma contraria a la Constitución y la ley.

Para este objetivo he presentado un estudio desde el derecho comparado y en particular con la normativa penal española, a la que se ha dado especial atención por el acrecimiento en su derecho positivo y su debate a reconocer la culpabilidad por el hecho propio, como sanción de la persona jurídica, enlazada con discusiones importantes sobre sus atenuantes y eximentes, desde modelos de organización y gestión de riesgos penales –*compliance program penal*–.

Los programas de cumplimiento constituyen una pieza clave en el estudio de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tanto en la legislación española como en la ecuatoriana. Pues, doctrinariamente, los modelos de organización actúan ante el cometimiento de los delitos previstos de responsabilidad para la empresa, cometidos por directivos o empleados, en beneficio de esta.

Es por ello que en el primer capítulo se analiza los fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, los modelos de atribución de esta responsabilidad y la culpabilidad del ente corporativo, con la finalidad de realizar una explicación en la que se concluye que la persona jurídica puede responder por su propio injusto y su propia culpabilidad y la importancia de los programas de cumplimiento de la legalidad.

Una vez realizado un análisis respecto de la culpabilidad de las personas jurídicas, surge la necesidad de abordar en el capítulo segundo, los diversos preceptos del texto legal español y sus aportaciones relativas a las circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad de la empresa. Desde esta perspectiva se puede concluir que las personas jurídicas que sean cumplidoras de la legalidad no sufrirán la imposición de una

pena o la atenuaran, por mucho que alguno de sus empleados o directivos hayan cometido un ilícito en beneficio de la empresa, permitiendo que la misma pueda distanciarse de dicha sanción demostrando su fiel compromiso a la prevención de riesgos penales.

El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica introducido en la normativa penal española, prevé una serie de circunstancias atenuantes y eximentes para la empresa. Si bien, alguna de ellas es considerada en el derecho penal ecuatoriano, otras como las eximentes constituyen un auténtico vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico. Estas novedades permiten el desarrollo del capítulo tercero, sobre la necesidad de una propuesta de *lege ferenda* que permitan tipificar circunstancias eximentes para la responsabilidad de la de la persona jurídica.

Tanto el Código Penal español como el Código Orgánico Integral Penal, se han preocupado por caracterizar en su legislación a los modelos de organización y gestión de riesgos penales, para atenuar o eximir la pena, según el caso y la normativa. Así las cosas, permiten centrar la atención en el capítulo cuarto de este trabajo, sobre una correcta implementación de un programa de cumplimiento, desde el Estándar internacional de gestión de riesgos penales UNE 19601. Debiendo aclarar que si bien la conformidad del sistema de gestión con la norma no garantiza la inmunidad frente a la sanción penal, si contribuye a evidenciar los esfuerzos de la organización para evitar el desarrollo de conductas delictivas e impulsar un diseño de cumplimiento a la legalidad.

## **Capítulo primero**

### **Responsabilidad penal de la persona jurídica**

Con la entrada de la responsabilidad penal de la persona jurídica (en adelante, RPPJ) en el derecho positivo penal, el conflicto no se centra en si es posible sancionarla penalmente, sino, de responsabilizarla como culpable de una infracción considerándola así destinataria de la norma penal.<sup>1</sup>

La realidad social sobre la que se instauró la estructura de imputación del derecho penal, se cuestiona a partir del derecho penal económico y de la persona jurídica como una estructura organizada y compleja. Es decir, mientras que en el derecho penal primaba la idea de protección de bienes jurídicos de la persona, como la vida o su integridad física; se incorpora como un fenómeno social, el cometimiento de ilícitos supraindividuales, como el lavado de activos o la contaminación ambiental.<sup>2</sup>

En el presente capítulo se aborda la distinción existente entre el derecho penal tradicional y el derecho penal económico, demostrando la necesidad de responsabilizar al ente corporativo con una sanción penal. Partiendo de ello se analiza sus fundamentos políticos, los modelos de atribución de responsabilidad penal, sus críticas y, la culpabilidad.

Una vez concretados los fundamentos políticos que permiten incorporar en el sistema penal un modelo de responsabilidad para las personas jurídicas, así como, un análisis de los diferentes modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal de la empresa y la culpabilidad de esta, se tiene como postura adecuada dentro del derecho positivo y este trabajo, el modelo de responsabilidad por hecho y culpabilidad propia.

Ese concepto se acepta como válido por su respeto a los principios integradores del derecho penal, excluyendo una responsabilidad por el hecho ajeno -carácter objetivo- y, es el que permite la introducción de causas modificatorias, atenuantes y eximentes.

---

<sup>1</sup> José Andrés Charry Dávalos, “Responsabilidad penal de la persona jurídica” (Tesis de maestría, Universitat de Barcelona, 2016), 9.

<sup>2</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código penal)* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 10–20.

## 1. Fundamentos políticos de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Frente a la demanda de tutela penal de nuevos bienes jurídicos que reclaman protección; el derecho penal se plantea una expansión en su normativa. El cometimiento de delitos en diferentes sectores sociales que si bien no generan conmoción social, y generan un daño progresivo, requieren que el principio de intervención mínima no continúe presentándose como una barrera para la perpetuación de un derecho penal clásico dirigido únicamente a la delincuencia de las personas físicas.

De esta forma la sanción para la persona jurídica se sustenta en un estado de prevención y de protección de un bien jurídico que podría haberse lesionado si el ente corporativo ejerce actos ilícitos, pudiendo persistir por su transformación estructural, la emergencia de criminalidad empresarial o por el rol que ocupan las corporaciones en el sistema económico derivado de la globalización. Podemos concluir que una sanción a la persona natural no garantiza que la peligrosidad de la persona jurídica disminuya o desaparezca.<sup>3</sup>

En contradicción a quienes consideran que el desarrollo del derecho enfocado a la criminalidad empresarial, tropieza con el principio de intervención mínima y con las categorías dogmáticas tradicionales –capacidad de acción y capacidad de culpabilidad- es necesario que el derecho penal se extienda al *homo economicus*,<sup>4</sup> sin que exista una renuncia de dichas categorías, con el único objetivo de prevenir y proteger los intereses, no solo cuando son lesionados por personas físicas, sino también por personas morales. Permitiéndose así, desde esta perspectiva, una ampliación del sujeto en el derecho penal y le abre la puerta al principio *societas delinquere potest*.

Frente al incremento de la delincuencia organizativa y la utilización de empresas para el cometimiento de delitos, es necesario adoptar medidas para evitar y sancionar este fenómeno criminógeno, mediante programas que incluyen medidas de carácter penal sobre las actividades de la empresa o su estructura interna.

Ya no se puede alegar que la existencia de la empresa es puramente ficticia dentro de una construcción jurídica. En la actualidad las personas jurídicas son una auténtica realidad social con una existencia independiente de las personas que la forman, con

---

<sup>3</sup> Ana Isabel Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español: A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, 134 (Granada: Comares, S.L, 2017), 26.

<sup>4</sup> Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 19.

voluntad propia, dentro de un mundo globalizado y de la sociedad de riesgo, se constituyen en auténticos autores económicos que incluso tienen reconocimiento ético basado en su cultura empresarial.

Este planteamiento centra la atención en la persona jurídica y debe ser desarrollada a través de fundamentos de orden político, jurídico y teóricos que justifiquen la utilidad y necesidad de la responsabilidad penal del ente corporativo.

A continuación se explicará el fundamento de orden político, por cuanto refuerza la interpretación tendiente a la responsabilidad penal de la persona jurídica y, en definitiva sitúa a las mismas en un nuevo estado de evolución social, analizado desde su autorregulación, programas de cumplimiento de la legalidad y la ciudadanía corporativa.

**Autorregulación:** De manera general, el movimiento autorregulador se presenta como consecuencia de la incapacidad del Estado de regular ciertas esferas sociales y de brindar el apoyo y la protección que precisan amplios sectores de la población; incapacidad que es generada por los altos niveles de complejidad de la sociedad moderna.

Limitaciones de carácter económico, humano, conocimiento y tecnológico, dificulta al Estado evaluar y controlar correctamente los riesgos que amenazan la sociedad moderna. Esta incapacidad para controlar ciertos riesgos que se presentan en la actualidad, hace que sea necesario incentivar la autorregulación empresarial, con el fin de manejar adecuadamente dichos riesgos.

Frente a las complejas organizaciones empresariales sea por su tamaño o complejidad interna, el Estado se ve impedido de una intervención o regulación externa directa. Estas empresas frente a la sociedad han tomado la figura de una caja negra que no puede regularse de manera efectiva y legal. La mayor aspiración del Estado ante esta realidad y asimilando su escases de recursos y conocimiento, es intentar ejercer algún grado de control en la interacción entre estas empresas, a través del denominado derecho reflexivo.

Este derecho reflexivo está direccionado a controlar la conducta del ente corporativo mediante la definición, creación y ejecución de mecanismos de autorregulación. Y para concluir, el Estado no puede permitir que las empresas se autorregulen a su libre albedrío, pues esto equivaldría a perder el monopolio regulador. Los entes del Estado deben mantener un control, lo que da lugar a la autorregulación regulada.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Charry Dávalos, “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, 32.

Con la facultad autorreguladora, la empresa está en el deber de asumir las consecuencias en el ejercicio de las potestades concedidas. De lo expuesto se concluye que la premisa fundamental refiere a que la “empresa tiene la obligación de monitorizar y controlar los riesgos que derivan de su propia actividad empresarial, y de forma diligente”.<sup>6</sup>

**Programas de cumplimiento de la legalidad -Compliance-:** El deber de vigilancia y control de riesgos del ente corporativo, se materializó significativamente en las últimas décadas del siglo XX con el movimiento de cumplimiento normativo o *compliance*.

Inicialmente el concepto de *compliance* se ocuparía de forma general en la responsabilidad penal en el marco de la empresa y, en forma específica en las medidas en que la dirección empresarial investida de su deber de supervisión debe adoptar para evitar las infracciones penales por parte de los integrantes de ésta. Para entender el concepto de *compliance*, este debe ser visto como un conjunto de medidas destinadas a garantizar que cada miembro de la empresa cumpla “con los mandatos y prohibiciones jurídico-penales”, y a su vez que de existir “infracción, sea posible su descubrimiento y adecuada sanción”.<sup>7</sup>

Actualmente para las empresas el reto de aplicación de los programas de cumplimiento, consiste en presentarlo como una estructura lógica y omnicompreensiva, siendo necesario incorporar sistemas de documentación de funcionamiento interno y de comunicación sofisticada. Trayendo consigo el surgimiento de nuevos deberes, riesgos y comportamientos empresariales que demandarán una reestructuración interna y la institucionalización de un equipo de cumplimiento.

En sentido contrario, las personas jurídicas que no se organizan en *compliance* se exponen a una cultura de incumplimiento de la legalidad, aumentando la probabilidad de que se comentan delitos en el seno de las empresas.<sup>8</sup> Por tanto, los mecanismos de cumplimiento normativo son de significativo impacto en la imposición y determinación de la RPPJ.

Para concluir, el fundamento de un programa efectivo de cumplimiento o *compliance*, se verifica mediante la promoción de una conducta de cumplimiento de la legalidad e investigación de la infracción del derecho.

---

<sup>6</sup> Miguel Bajo Fernández, Bernardo José Feijoo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.<sup>a</sup> ed. (Navarra: Aranzadi, S.A, 2016), 94.

<sup>7</sup> Jesús-María Silva Sánchez, ed., *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas* (Barcelona: Atelier, 2013), 54–55.

<sup>8</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 95.

**Ciudadanía corporativa:** A partir de que las personas jurídicas eran entes cumplidores de la legalidad, fueron definidas como buenos ciudadanos corporativos, permitiendo que el movimiento relativo al *corporate compliance*, adquiera relevancia frente a la sociedad. La ciudadanía corporativa fiel al derecho se estructura en dos vertientes, en un aspecto formal referente al cumplimiento de la legalidad, y respecto al aspecto material se afianza sobre la participación en el discurso público.<sup>9</sup>

Frente a la primera vertiente, en forma sencilla decimos que, se define al buen ciudadano corporativo como aquel que cumple con la legalidad. De acuerdo con esta idea se puede examinar a la persona jurídica como sujeto susceptible de una sanción penal.

La segunda vertiente indica que la participación de la empresa no se apega en tanto al derecho al voto, sino a la libertad de expresión, permitiéndole cuestionar las normas con las que no se muestre de acuerdo. Resultando lógico que exista una sanción si dicho cuestionamiento se lleva a través de la comisión de un delito, en contrariedad con el ejercicio de su derecho de libertad.<sup>10</sup>

Este fundamento político del por qué es posible la sanción a la persona jurídica, parte en el reconocimiento mínimo de ciudadanía en los ordenamientos jurídicos vigentes. En síntesis, se puede afirmar que, a iguales responsabilidades penales, iguales derechos. Pues en la medida que las empresas pueden cuestionar determinadas normas en ejercicio de su libertad de expresión, resulta consecuente castigarlas cuando actúen en ejercicio de una defectuosa cultura de *compliance* que permita el cometimiento de un delito.

## 2. Modelos de atribución de la RPPJ

En nuestro ordenamiento jurídico, a partir del año 2014 se encuentra tipificada la responsabilidad de la persona jurídica y en el presente trabajo previo a determinar si es posible eximir y desarrollar las circunstancias atenuantes de la pena que se le puede llegar a imponer, es necesario estudiar los dos principales modelos en que se sustenta dicha responsabilidad. Modelo de heterorresponsabilidad y autorresponsabilidad. En el primero, la actuación del representante legal, o de la persona física se transfiere a la empresa, mientras que el segundo la persona jurídica responde por su propio injusto.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Ibid., 97.

<sup>10</sup> Charry Dávalos, “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, 38.

<sup>11</sup> Ibid., 48.

Además de los modelos, es preciso analizar cuál de estos se engrana con las circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y la falta de la primera en nuestra legislación, que es el motivo del presente trabajo de investigación.

### **2.1. Modelo de heteroresponsabilidad de la persona jurídica**

Partiendo de nuestra normativa interna empezando por la Constitución de la República, que reconoce la capacidad de asociación,<sup>12</sup> para entrar en la definición del Código Civil de persona jurídica,<sup>13</sup> tenemos el apareamiento de un ente ficticio capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, que debe estar representado tanto judicial como extrajudicialmente. Se desenvolverán en base a la forma administrativa y de organización que se adopte. Serán estos representantes o administradores los encargados de velar por el cumplimiento del objeto social para el que fue constituido la empresa y, los actos realizados por estos a nombre de la compañía se entiende realizados por la compañía misma.

En el presente modelo, también llamado por transferencia o vicarial, a la compañía se le imputa los hechos delictivos llevados a cabo por sus representantes o empleados sobre los cuales se haya omitido el debido control, siempre que dicha conducta se haya realizado por cuenta y en beneficio de la persona jurídica.<sup>14</sup>

Los hechos delictivos de las personas físicas, siempre y cuando ostenten funciones de dirección o representación en la empresa, pueden acarrear responsabilidad a la persona jurídica, por dos opciones. En primer lugar, los hechos los cometen directamente los representantes y, en segundo lugar, los empleados cometen un ilícito por la inexistencia de un adecuado control sobre estos, por parte de sus superiores.<sup>15</sup>

Conforme lo indicado, la conducta de la persona física es un requisito fundamental en el presente modelo, por cuanto el comportamiento antijurídico y culpable de la persona natural es el que se imputa al ente moral.

---

<sup>12</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66, num. 13. Reconoce y garantiza a las personas el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

<sup>13</sup> Ecuador, *Código Civil*, art. 564.

<sup>14</sup> José Luis Díez Ripollés, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación Española” (Universidad de Málaga, 2012), 5, [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>15</sup> Charry Dávalos, “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, 49.

En palabras de Ana Isabel Pérez Machío, esta forma de entender la RPPJ se sustenta en un hecho de conexión que permite la exigencia de responsabilidad penal a las corporaciones, a partir de la atribución del ilícito cometido por la persona natural a la jurídica, “siendo necesario para ello que la persona física sea declarada culpable y que intervenga a nombre o interés de la persona jurídica”.<sup>16</sup>

El último elemento a considerar para que las personas jurídicas ostenten capacidad de culpabilidad, refiere a la omisión respecto a la adopción de medidas de precaución o mecanismos de control, para garantizar un adecuado desarrollo y evitar actuaciones delictivas en relación del accionar de la empresa.<sup>17</sup> De otra forma, si la empresa está organizada de una manera correcta, será únicamente responsable la persona física que haya cometido el delito.

En conclusión, para que se transfiera la responsabilidad de la persona física a la jurídica, debe existir un hecho de conexión, esto es, que el delito sea cometido por un administrador o representante de la empresa, realizado dentro del giro del negocio, a nombre y provecho de la persona jurídica; y, debido a un defectuoso control de la actividad empresarial.<sup>18</sup>

De lo mencionado, en el presente modelo se pueden advertir razones que dificultan su asunción, en primer lugar la tipificación de las personas jurídicas como destinatarios de las normas penales, y, en segundo lugar la vulneración del principio de responsabilidad por el hecho propio.

Respecto del primer planteamiento, es necesario señalar que el derecho busca normar el comportamiento de la persona sobre la base de su conciencia y voluntad. De este modo, que la persona jurídica asuma la imputación del cometimiento del injusto realizado por una persona natural, denota la incapacidad de acción de la empresa.

En relación a la vulneración del principio de responsabilidad por el hecho propio, este se relaciona directamente con la consideración a la persona jurídica como destinataria de normas jurídico-penales y su capacidad de acción. La imputación del hecho cometido por la persona natural a la persona jurídica de cierta forma genera una responsabilidad penal objetiva contradiciendo el principio de culpabilidad propia.<sup>19</sup> Por lo que mal se

---

<sup>16</sup> Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 69.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Jorge Zavala Egas, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema constitucional ecuatoriano”, citado en Charry Dávalos, “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, 51.

<sup>19</sup> Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 72.

podría responsabilizar al ente moral, por conductas realizadas por las personas físicas a su nombre o beneficio.

## 2.2. Modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica

Conforme lo expuesto en el subtema anterior, mediante el hecho de conexión se transfiere la conducta de la persona física a la compañía y esta responde penalmente por el comportamiento de la persona natural, fundamentándose dicha responsabilidad en un defecto de organización. El modelo de heterorresponsabilidad ha presentado criterios opuestos, permitiendo el estudio del modelo de autorresponsabilidad o también denominado responsabilidad penal directa de la empresa por el hecho propio.<sup>20</sup>

La finalidad de determinar la imposición de una pena a la persona jurídica partiendo desde un hecho propio y respetando los principios y límites del derecho penal, permite que el modelo constructivista se presente como uno de los aportes más significativos dentro del mismo. Es por ello necesario presentar y analizar una teoría jurídica del delito propia del ente ficticio, instituida en equivalentes funcionales desde la teoría de la persona física, pues la normativa penal no se encuentra elaborada a la realidad delictiva de la empresa.<sup>21</sup>

Partiendo de la premisa que la empresa alcanza altos niveles de complejidad y asume capacidades de autorreferencialidad y autodeterminación dentro de su estructura, se concluye que el ente corporativo posee plena capacidad, autonomía y libertad para organizarse. Es decir, la idea de la persona jurídica como una estructura autopoietica que se administra por sí misma, es posible; y desde este punto el Derecho Penal debe responsabilizarla por las consecuencias que provengan de su capacidad de autoorganización.<sup>22</sup>

A partir de este punto, se puede analizar la teoría del delito empezando por el concepto de acción. Al igual que la persona natural posee capacidad de acción sobre la que se construye la responsabilidad, la persona jurídica posee su capacidad de organización que sirve al mismo propósito. Es decir, la capacidad de organización de la empresa equivale a la capacidad de acción de la persona física.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Ibid., 74.

<sup>21</sup> Charry Dávalos, "Responsabilidad penal de la persona jurídica", 59.

<sup>22</sup> Rafael Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España* (Pamplona: Aranzadi, S.A.U, 2018), 48-49.

<sup>23</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 104.

El segundo equivalente funcional desde la imputación objetiva, es el defecto organizativo. Este se refiere a la funcionalidad del uso de la empresa efectuada a partir de su capacidad de organización y el riesgo empresarial que es capaz de generar por encima del permitido, concluyendo en un resultado lesivo.<sup>24</sup> Elementos como el riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza y autorresponsabilidad de la víctima establecen de forma objetiva si el ente corporativo está correctamente organizado o ha incurrido en riesgos que comprometan su accionar. A partir de este criterio se conceptualiza el defecto de organización como el injusto propio de la empresa.

Se constituyen como circunstancias objetivas de la imputación si la persona jurídica está o no defectuosamente organizada, o si se ha organizado generando riesgos por encima de los permitidos, debiendo ser analizadas desde la tipicidad, no tratándose así de elementos relativos a la culpabilidad.

El tercer equivalente funcional desde el concepto de imputación subjetiva, en la persona jurídica se sustenta en el conocimiento organizativo, en relación al riesgo derivado de su operatividad.<sup>25</sup> De esta forma, se acepta que el ente organizativo desarrolla capacidad de conocer y dirigir sus propios actos, circunstancias necesarias para dilucidar su responsabilidad penal, paralelamente al conocimiento de sus administradores.

Finalmente, el último elemento funcional se refiere a la culpabilidad de la persona jurídica con su relación de respeto al derecho. Consiste en el reproche que se hace al ente corporativo por la lesión de una norma en virtud de una determinada cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad.

En el caso de la persona jurídica la culpabilidad se compendia sobre la correlación de la imputación personal cuando se trate de empresas con capacidades para evitar el hecho, el conocimiento de la antijuridicidad por parte de la persona jurídica, y la concurrencia en la empresa de condiciones de normalidad motivacional en relación con su imputabilidad.<sup>26</sup>

Con lo explicado en el párrafo anterior, puede señalarse que la culpabilidad del ente corporativo acontece en el hecho de no haber organizado y gestionado correctamente sus actuaciones en observancia de las exigencias del ordenamiento legal desencadenando la comisión de un delito por su falta de organización. El cuestionamiento de la norma en

---

<sup>24</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 49.

<sup>25</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 106.

<sup>26</sup> Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 76–77.

razón de los escenarios de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad en una cultura empresarial es la base para su culpabilidad.

Si el ente corporativo tiene una inadecuada cultura de *compliance* se genera una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, por lo que el equivalente funcional en lo que respecta a la culpabilidad de la persona jurídica depende de su defectuosa cultura de *compliance*.<sup>27</sup>

El cuestionamiento del presente modelo, es el atentado con el principio de imputabilidad desde la valoración y comprensión de la licitud de la conducta. Por ello, ningún acto imputable a la persona jurídica debe ser valorado con independencia del comportamiento humano.<sup>28</sup>

Por ello las acciones u omisiones de la empresa necesariamente se manifiestan a través de sus órganos y representantes, pues son ellos quienes firman un contrato, dan órdenes o emiten su voto para la ejecución de supuestos hechos delictivos; fundamentándose así la responsabilidad criminal de la persona jurídica, vinculada a la conducta de las personas físicas que las gobiernan, en el mercado y la sociedad.

Desde esta óptica, no es posible prescindir de la persona física para establecer la responsabilidad criminal de la empresa; sino, valorar el soporte humano desde criterios normativos de imputación que permitan responsabilizar a la empresa por el comportamiento llevado por sus integrantes.

Y es que, un defectuoso *management* del riesgo por parte de la persona jurídica puede desencadenar incidentes empresariales graves.<sup>29</sup> Por ejemplo, la muerte de un trabajador requiere que alguien en el interior de la corporación organice mal el trabajo, elevando el riesgo que desencadene un proceso causal que tenga como resultado un accidente mortal. Un defecto de organización empresarial o incumplimiento de la legalidad, demanda que alguien haya organizado o implementado en la empresa de forma defectuosa; pues la empresa no se organiza sola.

---

<sup>27</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 107.

<sup>28</sup> Jacinto Pérez Arias, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas* (Madrid: Dykinson, S.L., 2014), 62.

<sup>29</sup> Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 73.

### 3. Culpabilidad de la persona jurídica

Con la aparición de la RPPJ surgieron interpretaciones respecto de la culpabilidad del ente corporativo, desde el desconocimiento de esta categoría hasta una aceptación del injusto propio y culpabilidad propia. La clave está en gran medida en determinar si la persona jurídica es penalmente responsable por un hecho ajeno o un hecho propio.

Tipificada la responsabilidad penal de la persona jurídica, nos encontramos ahora en la problemática de determinar, cuál es el concepto más idóneo para el desarrollo de la culpabilidad de la empresa. Se puede establecer básicamente cuatro corrientes para analizarla.

Para ciertos autores, existe una responsabilidad objetiva de la persona jurídica, partiendo de la imposibilidad de sostener una culpabilidad propia; un segundo grupo establece una responsabilidad por transferencia de la responsabilidad penal de la persona física a la jurídica; luego tenemos aquellos que sostienen una culpabilidad propia de la persona jurídica desde un defecto de organización, en el que se establece un hecho de conexión entre persona natural y moral fundamentada su culpabilidad en el defecto de organización; y, una cuarta alternativa es aquella que busca diferenciar entre el injusto propio de la empresa y la culpabilidad de ésta.<sup>30</sup>

Si bien son varias la teorías sobre la culpabilidad de la persona jurídica, a continuación se desarrollará el estudio de la “culpabilidad por defecto de organización y culpabilidad por la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad”,<sup>31</sup> el motivo para ello es que, la primera es acogida mayoritariamente y la segunda sirve de base en la construcción de una responsabilidad por el hecho propio de la empresa.

---

<sup>30</sup> Bajo Fernández, Fejoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 47–48.

<sup>31</sup> George G. Gomes de Magalhães, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero* (Buenos Aires: B de F, 2018), 136–38. Entre las teorías y sus autores de la culpabilidad de la persona jurídica, están: 1.- Por la conciencia especial de la persona jurídica (Haftner), siendo aquella en la que la voluntad especial de la persona jurídica surge por la toma de decisiones del órgano competente. 2.- Por el espíritu normativo de la persona jurídica (Bush): o también culpabilidad colectiva, parte del actuar de todos los miembros del ente corporativo fomentado y realizando a través de la empresa un delito. 3.- Funcional del órgano (Schroth): el comportamiento del órgano representa la suma de las formas de comportamiento humanas agrupadas organizativamente en la empresa. 4.- Por la no evitación de los fallos organizativos de la empresa (Hans Joachim Hirsch): radica en evitar el hecho por la empresa y el presupuesto necesario es que exista la culpabilidad del órgano que actúa por ella. 5.- Por la no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica (Anne Ehrhardt): Las empresas deben desarrollarse a través de condiciones que eviten el comportamiento delictivo. 6.- Por el carácter de la empresa (Lampe): La culpabilidad del ente corporativo radica en un defectuoso carácter empresarial. 7.- Por la conducción de la actividad empresarial (Günter Heine): Se define por una actividad empresarial defectuosa a lo largo del tiempo. 8.- Por reprochabilidad ético-social empresarial (Dannecker): Consiste en no haber creado por parte de la empresa, condiciones necesarias para la evitación del delito.

### 3.1. Por defecto de organización

El término culpabilidad por defecto de organización fue importado al derecho penal, desde el derecho civil alemán, que contemplaba dicho precepto en el artículo 31 del Código Civil.<sup>32</sup> Lo cual propone dudas en la doctrina penal respecto de su aplicabilidad.

El concepto de la culpabilidad por defecto de organización fue delineado por Klaus Tiedemann, en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Con la Ley para la lucha contra la criminalidad económica de 1986, este tratadista emitió opiniones respecto al párrafo 30 de la Ley de Contravenciones alemana.<sup>33</sup> Originalmente Tiedemann plantea el concepto de culpabilidad inclinado a renunciar el reproche ético personal y se centra en una dimensión estrictamente socio-jurídica. En este sentido, el reproche social fundamenta la responsabilidad en observancia al fallo organizativo o culpabilidad por defecto de organización.

Para el autor, en el concepto de culpabilidad por defecto de organización se establece una relación entre las personas naturales y jurídicas, esto es, que dicho comportamiento de la persona física haya sido posible por la falta o deficiencia organizativa. En efecto, los delitos de las personas físicas, hecho de conexión, se consideran de la empresa porque esta última a través de sus órganos de gobierno, ha omitido tomar las medidas necesarias para garantizar el buen funcionamiento empresarial no delictivo. Además, entiende, que la persona jurídica no puede librarse de la sanción mediante la prueba de una organización eficiente.<sup>34</sup>

Al fundamentar la responsabilidad del ente corporativo con el actuar de la persona física, inminentemente se desencadena la existencia de un hecho de conexión, dando origen a la problemática de la responsabilidad penal por un hecho ajeno. Tiedemann consciente de ello, recurre a categorías del derecho penal tradicional.

La primera imputación se fundamenta sobre la omisión del ente corporativo en la aplicabilidad de un modelo adecuado y eficaz de organización interna que permite un adecuado actuar de la persona física en la empresa. Generándose así un momento omisivo; es decir la omisión como no hacer. Por otro lado, la imputación se fundamenta

---

<sup>32</sup> Ibid., 139.

<sup>33</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 160.

<sup>34</sup> Gomes de Magalhães, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 139.

con la figura de la *actio libera in causa*, en la que, es irrelevante el hecho lesivo cometido por la persona física, por cuanto este ha sido causado por una culpabilidad antecedente, que sería la culpabilidad empresarial.<sup>35</sup>

La unión de estas dos categorías expuestas en el párrafo anterior nos permite concluir que, la omisión de medidas de seguridad anteriores al cometimiento del delito por parte del órgano o representante legal de la empresa, constituye el fundamento de la culpabilidad de la empresa. De su planteamiento, Tiedemann concluye que la empresa no puede librarse de la sanción penal a través de una organización suficiente, ni que tampoco debe probarse que el hecho de conexión a de reconducirse causalmente al déficit organizativo.<sup>36</sup>

Las críticas se dan al presente planteamiento partiendo del precepto de la *actio libera in causa*, la cual presenta dos vertientes. La primera se fundamenta en la incapacidad de acción de la empresa; mientras que la segunda, si bien estrechamente relacionada, a fin de salvar la incapacidad de acción no puede recurrir a un tercero como es el caso de la persona jurídica. Dicha figura se refiere siempre a la conducta del mismo autor. Y por último tenemos la inadmisión de causas de exculpación, para lo cual debemos tener en cuenta que, un concepto de culpabilidad coherente debe admitir las mismas, caso contrario estaríamos ante una responsabilidad objetiva.

En definitiva, con el concepto de culpabilidad por defecto de organización se está introduciendo la responsabilidad por el hecho ajeno, pues la empresa se hace responsable por la actuación de personas físicas, por ello Tiedemann, verificado el hecho de conexión no permite la introducción de causas de exclusión de la culpabilidad.

### **3.2. Por incumplimiento de legalidad**

El punto principal de análisis de la culpabilidad consiste en diferenciar la culpabilidad de la persona jurídica de la culpabilidad de la persona física, en el que se permita la inclusión de circunstancias atenuantes y eximentes, por cuanto, en el modelo anterior se tiene como punto de partida que las personas físicas –órgano de la empresa– han contribuido decisivamente a dichos factores.

---

<sup>35</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 159–60.

<sup>36</sup> Gomes de Magalhães, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 139.

La corriente constructivista operativa, es fundada desde la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos; y es a partir de la primera década del siglo XX que se desarrolló el concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica sustentada en la cultura que adopta la empresa frente al derecho, sea de cumplimiento o incumplimiento de este.<sup>37</sup>

Dentro de la culpabilidad, la corriente constructivista permite alejarse del concepto de defecto de organización, con la finalidad de influir en la disposición jurídica de la empresa en el momento de imposición de una pena. Esta disposición se traduce como la cultura empresarial de cumplimiento o incumplimiento a la legalidad.

Durante este proceso, el constructivismo operativo realiza una nueva construcción conceptual a través de herramientas metodológicas denominadas equivalentes funcionales, en el que se puede afirmar que si bien la culpabilidad empresarial no es idéntica al concepto de culpabilidad individual, pero son funcionalmente equivalentes.<sup>38</sup>

Los tres equivalentes funcionales que se asemejan con los tres presupuestos que constituye la culpabilidad individual son, “la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del derecho penal y por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma.”<sup>39</sup>

La creación y mantenimiento de una cultura empresarial corresponde al primer equivalente funcional, el cual depende de la vigencia de la norma.<sup>40</sup> A lo largo del siglo XX, ante la incapacidad del Estado para controlar ciertos riesgos de la sociedad post-industrial moderna sea por su tamaño o complejidad interna de la empresa, surge el concepto de autorregulación empresarial.

Bajo este precepto es necesario obligar al ente corporativo a mostrar un comportamiento fiel al derecho, institucionalizándolo en la cultura empresarial de fidelidad al derecho. El reconocimiento de autonomía empresarial conlleva una obligación de cumplimiento de las normas en sociedad, al igual que a la persona natural. Generándose así el nacimiento del buen ciudadano corporativo; quien responde penalmente en caso de quebrantamiento de estas normas, es decir, se manifiesta la culpabilidad jurídico penal empresarial.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 164.

<sup>38</sup> Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 76–77.

<sup>39</sup> Carlos Gómez Jara-Díez, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, 05: 17.

<sup>40</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 165.

<sup>41</sup> Gómez Jara-Díez, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, 05: 18.

Con el apareamiento del ciudadano corporativo fiel al derecho, el segundo equivalente funcional es el reconocimiento de un mínimo de igualdad a las empresas.<sup>42</sup> De esta manera se presenta el sinalagma entre la libertad que tiene la persona jurídica para autoorganizarse y la responsabilidad que conlleva la actividad empresarial.

En uso de la libertad que es otorgada a la empresa, los riesgos que por su actividad genera, deben mantenerse en su seno y dentro de los parámetros permitidos, pues la persona jurídica que en ejercicio de su autoorganización irrespete la legalidad y actúe fuera de los márgenes de la libre competencia empresarial se institucionaliza negativamente bajo el principio del *nenimen laedere* empresarial.<sup>43</sup>

Marcada la autorresponsabilidad empresarial, la persona jurídica se transforma de ser un actor económico costes/beneficios, a una persona de derechos y deberes, constituyéndose como un verdadero ciudadano fiel al derecho.

Por último, el tercer equivalente sobre el que se construye la culpabilidad empresarial es la participación de la organización en el discurso público.<sup>44</sup> Este modelo viene determinado por la libertad de expresión reconocida a las personas jurídicas; sujeto no solo al reconocimiento sino a la propia libertad y el contenido de esta.

De esta manera se puede entender que si bien la persona jurídica no puede ejercer el derecho al sufragio, se reconoce su derecho a participar en democracia. En conclusión, a las empresas al igual que a las personas naturales, la sociedad les reconoce el derecho a participar en el acto de promulgación de normas, fundamentado en la libertad de expresar sus posicionamientos en el discurso público.

Con el concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica, fundamentada en el incumplimiento de la legalidad, la implementación y ejecución de programas de *compliance* son mecanismos que evidencian una organización adecuada de la empresa, sustentada en medidas garantistas orientadas al cumplimiento del derecho; permitiendo una forma adecuada de organización en su estructura y procedimientos, regulando su actividad productiva, la de sus trabajadores y directivos, con el único objetivo de evitar la comisión de delitos o reducir su cometimiento.

---

<sup>42</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 166.

<sup>43</sup> José Manuel Palma Herrera y Rafael Aguilera Gordillo, eds., *Compliances y responsabilidad penal corporativa* (Pamplona: Aranzadi, S.A.U, 2017), 96.

<sup>44</sup> Gómez Jara-Díez, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, 05: 20.

#### 4. Fundamentos y toma de posición

La legislación penal española determina que la RPPJ se configura de forma independiente de la responsabilidad de la persona física,<sup>45</sup> lo que nos da un primer paso para alejarnos del criterio de responsabilidad criminal indirecta o heterorresponsabilidad.

Esto se sustenta en primer lugar, de que el hecho que se investiga se realiza con total y absoluta independencia de identificar a la persona física en su interior, un segundo escenario tenemos que no sólo la actuación de los superiores determina la RPPJ, sino también la de sus subordinados; en tercer lugar tenemos una culpabilidad independiente de la persona jurídica, a la de la persona física que comete el delito y, para finalizar, no puede imponerse una pena en contra de la persona jurídica con base en su propio reproche.

El hecho de que la persona jurídica responda por su propia acción y culpabilidad, influye directamente desde tres ámbitos: a). Desde el ámbito constitucional, pues la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no es una responsabilidad objetiva por el hecho ajeno; b). Desde el nivel dogmático, tenemos que, para que la empresa sea penalmente responsables, deben existir parámetros normativos de imputación del hecho referencial cometido por la persona física, a la empresa, para considerarlo como propio de esta última; c). Desde un punto de vista procesal, es el ejercicio de la acción penal indistintamente de la persona física o jurídica; d). para legitimar la responsabilidad penal debe existir la aplicación de la pena sobre el infractor.<sup>46</sup>

Conforme lo expuesto en líneas anteriores, no es posible prescindir de la persona física para establecer la RPPJ, pues se requiere una valoración de la capacidad humana fijada en criterios normativos de imputación, que permitan poner como propio de la empresa el comportamiento realizado por la persona física, dándonos un injusto y culpabilidad propia de la persona jurídica.

---

<sup>45</sup> España, Ley Orgánica 10/1995, 1995, artículo 31 ter.

<sup>46</sup> Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 72.

## **Capítulo segundo**

### **Eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho español**

En el año 2010, en la legislación española se reforma el Código Penal tipificando la RPPJ y sus atenuantes. En este sentido de forma novedosa se considera como circunstancia atenuante, el “haber establecido posterior al cometimiento del delito y antes del comienzo al juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos que en el futuro pudieran cometerse”<sup>47</sup> por la empresa, estrechamente vinculada con los fenómenos de autorregulación y *compliance*.

Las interpretaciones objetivistas realizadas a la reforma del 2010, permite que el código penal español, en el año 2015 introduzca causas de exención de responsabilidad penal para la persona jurídica, vinculas a sus programas de cumplimiento o *compliance penal program*, implementado previo al cometimiento de un hecho delictivo y de forma eficaz.

En esta reforma diferencia requisitos para eximir la pena de las personas jurídicas cuando el delito lo comente un directivo o cuando el delito es cometido por uno de sus empleados, planteamientos que en el presente capítulo se consideran a desarrollar.

#### **1. Eximentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código penal español, cuando el delito es cometido por un representante, administrador o directivo**

Con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015<sup>48</sup> se introduce un apartado específico para las eximentes de la RPPJ, a partir de la implementación de un modelo de organización y prevención. Es decir, se articula la exoneración de la responsabilidad si la empresa posee un programa eficaz de cumplimiento normativo en el ámbito penal.

---

<sup>47</sup> España, *Ley orgánica 5/2010, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado 152, 23 de junio de 2010 Ordinal cuarto. Las demás atenuantes son: a) Confesión; b) Colaboración; y, c) Reparación o disminución del daño.

<sup>48</sup> España, *Código Penal español* art. 31 bis.

Para analizar el artículo 31 bis es oportuno realizar una distinción entre las condiciones de los programas contempladas en los numerales 2, 3 y 4; y, los requisitos que deben cumplir dichos programas, conforme lo especifica el numeral 5.

Referente a las condiciones, el Código Penal determina dos modelos de RPPJ. Esta diferencia se origina en función de quién cometió el delito, sean directivos o trabajadores, dando lugar a lo que se conoce como el doble régimen de exención para la persona jurídica.<sup>49</sup>

El primer modelo surge cuando los delitos son cometidos por un representante, directivo o administrador. Este se origina en el artículo 31 bis 1, literal a); al que corresponde un régimen de condiciones indispensables para que su programa de cumplimiento pueda ejecutarse como una eximente de la Responsabilidad Penal de la Empresa, y estas se encuentran reguladas en el artículo 31 bis 2.

Por su parte, el segundo modelo regulado en el artículo 31 bis 1, literal b); se origina en los casos donde el delito es cometido por un subordinado. A esta vía de imputación le corresponde un régimen de condiciones a cumplir si posee un programa de cumplimiento, conforme el artículo 31 bis 4.

El legislador ha estipulado en los literales a y b, del artículo 31 bis 1, un régimen propio de condiciones necesarias para que los programas de cumplimiento puedan tenerse como eximentes. En síntesis, cada vía de imputación posee matices en la graduación y la intensidad con la que interviene cada elemento característico para eximir la pena de la empresa.

Anotados los dos modelos de RPPJ, ahora corresponde analizar las cuatro condiciones que se detallan en el artículo 31 bis 2 del Código Penal español para la configuración de las eximentes de responsabilidad penal a la empresa, cuando el delito es cometido por un representante, directivo o administrador, esto es, por aquellas personas indicadas en el literal a), del artículo 31 bis 1, del Código Penal español.

### **1.1. Implementación de modelos de organización y gestión**

La primera de las condiciones se refiere a: “el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de

---

<sup>49</sup> Rafael Aguilera Gordillo, “Compliance penal: Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program” (Tesis de doctorado, Universidad de Córdoba, 2018), 134.

organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.<sup>50</sup>

Como se expone del texto legal detalladamente, el término idoneidad se halla estrechamente relacionado con la exigencia de la eficacia. Es decir, para que un modelo de organización y gestión o *compliance program penal* sea jurídicamente eficaz, deberá contener medidas idóneas que prevengan o reduzcan la comisión de delitos.

La exigencia de que la empresa haya adoptado y ejecutado con eficacia, *ex ante* de la comisión del delito, un programa de cumplimiento, origina una condición temporal. El *compliance program penal* para que se constituya como eximente debe ser adoptado y ejecutado antes del delito.<sup>51</sup> El primer parámetro –adopción– debe ser verificado con la decisión expresa y formal del acuerdo del órgano de administración de la persona jurídica, mientras que el segundo –ejecución– corresponde al funcionamiento del programa.

La presente eximente está conectada directamente con los requisitos que debe cumplir un modelo de organización y gestión. Específicamente, aquel relativo a la identificación de riesgos.<sup>52</sup> Las operaciones de identificación, análisis y evaluación de riesgos en la empresa, conllevan un estudio de los mecanismos de control y mitigación de riesgos; pues con la información obtenida respecto de su apareamiento o su relevancia, se podrá considerar controles preexistentes para finalmente decidir sobre un diseño y aplicación de control, en relación al riesgo resultante.<sup>53</sup>

De modo que la persona jurídica debe articular y aplicar mecanismos de reducción de riesgos, de manera proporcionada y eficaz, teniendo en cuenta la posibilidad del cometimiento de un delito y las consecuencias de dicha materialización. Si la persona jurídica adecúa sus operaciones conforme lo manifestado, se evidenciaría una diligente labor preventiva en la organización.

Para el legislador no existe una idoneidad absoluta, y así lo explica Carlos Gómez-Jara Diez:<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> España, *Código penal español* art. 32 bis 2.

<sup>51</sup> José Luis González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 167.

<sup>52</sup> España, *Código Penal español* art. 31 bis 5. En este artículo se enumeran los cinco requisitos que debe contener un programa de cumplimiento, siendo el primero así: “1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos”.

<sup>53</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 138.

<sup>54</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 188.

Debe tenerse en cuenta que, en la sociedad moderna, el desempeño de la actividad empresarial conlleva per se un cierto riesgo [...] es importante reconocer que siempre existe un determinado riesgo de que se produzca la comisión de un delito en el seno de la persona jurídica [...] Lo importante es que dicho riesgo se mueva en el ámbito del riesgo permitido y que en consecuencia no lo supere.

Desde esta perspectiva, la posibilidad de ocurrencia de un delito no debe necesariamente suponer la ineficacia del programa de cumplimiento. Principalmente cuando la aplicación del mismo ha permitido la disminución de consecuencias del ilícito, obstaculizado su realización, revelando el delito o sus implicados, para su posterior denuncia.

Consecuentemente con lo explicado, toda decisión que refiera al control de riesgo debe originarse de un órgano de administración, que garantice la eficacia de las medidas. Dentro de las responsabilidades que deben ser indelegables, esencialmente este órgano está en el deber de verificar la función y ejecución del *compliance*. Los administradores y miembros de la alta dirección han de mantener una actitud proactiva y correcta respecto de la cultura de cumplimiento, las normas de conducta y la penalización de acciones irregulares, lo que se conoce como el *tone from the top*.<sup>55</sup>

Es así que ese órgano es el único responsable de la eficacia e idoneidad de los modelos de organización, las medidas de control y los recursos para prevenir y detectar riesgos o delitos. Conforme los parámetros que establezca el órgano de administración, los miembros que conforman el resto de la organización deberán responder diligentemente en el desarrollo de sus labores, en este sentido, el órgano que ejerce la función de cumplimiento o *compliance*, responderá respecto de las tareas relativas a supervisión, control y prevención de posibles riesgos e incumplimientos; conforme el riesgo acordado por la empresa.

Lo concerniente al estudio de lo que debe entenderse por eficacia del programa de cumplimiento, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2016 ha determinado nueve criterios generales que deben ser valorados. Es por ello que los parámetros establecidos serán fundamentales a la hora de determinar la existencia de un *compliance program* eficaz. Estas reglas pueden ser resumidas en los siguientes axiomas.

1. El programa de cumplimiento debe tener un contenido legal regulatorio, debidamente sustentando en el control y orden de su actividad.

---

<sup>55</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 139.

2. En su contenido deberá constar la promoción de una verdadera cultura ética empresarial.
3. Las certificaciones de idoneidad que puedan extender las empresas evaluadoras y calificadoras, podrán apreciarse como un elemento adicional, pero no acreditan la eficacia ni sustituyen la valoración del órgano judicial.
4. Todo programa depende del compromiso y apoyo de la alta dirección o principales ejecutivos, pues estos son claves para la cultura de cumplimiento en toda la compañía *-tone from the top-*.
5. En los delitos cometidos por una persona en beneficio propio, con un beneficio indirecto para la persona jurídica, se deberá valorar que los modelos de organización poseen altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados.
6. Para considerar la exención de la pena, deberá aplicarse mecanismos de detección y reacción que faciliten el descubrimiento y autoría de un delito; y una comunicación efectiva con las autoridades estatales.
7. La comisión de un delito no invalida el modelo de prevención, sin embargo, el programa puede ser cuestionado según la gravedad de la conducta delictiva, la injerencia en la empresa, los empleados implicados, la intensidad del fraude. Todas estas circunstancias serán consideradas para valorar la eficacia del modelo.
8. Las acciones u omisiones de los departamentos de dirección de la empresa, con relación a las conductas delictivas, serán un indicador para determinar si el delito fue una excepción o parte de la cultura de incumplimiento instaurada en la persona jurídica.
9. El accionar de la persona jurídica tras la comisión de un delito, debe ser evaluada, pues estas medidas permitirán conocer el grado de compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento. Dependiendo del compromiso ético de la sociedad, operará la exención de la pena.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Fiscalía General del Estado de España, Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, 2016, 51–55.

## 1.2. Designación de un órgano de supervisión

Sobre la segunda condición para eximir la RPPJ prevista en el artículo 31 bis 2, numeral 2, del Código Penal: “La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”.<sup>57</sup>

La característica principal sobre la que se desarrolla el modelo de organización y gestión, es el órgano de cumplimiento penal. En la legislación penal española, a partir del 2015, por primera vez se establece la necesidad de que la empresa para poder eximirse de responsabilidad penal, cuente con un órgano que supervise, vigile y controle el modelo de organización o *compliance program*.

El código penal prevé posibilidades referentes a un órgano, permitiéndole que pueda ser objeto de creación específica o, que sus funciones sean asignadas a un departamento que ya tenga atribuidas los deberes de supervisión, eficacia de controles internos o en su defecto, considera para las empresas de pequeñas dimensiones que el propio órgano de administración está facultado a asumirlas.

Adentrándonos ya en el desarrollo del presente apartado, por la ubicación del mismo, como una condición de eximente cuando el delito es cometido por los directivos, surge un conflicto o interrogante referente a que si el órgano de control abarca ambas vías de imputación; esto es, a la de administradores de hecho o de derecho y a la de sus empleados.<sup>58</sup>

Asumiendo la literalidad del Código Penal, la presente eximente únicamente se refiere a la primera vía, pues hace referencia a lo indicado en el literal a) del apartado anterior del artículo 31 bis, contemplando únicamente a las conductas de los administradores. Tanto más que la condición para la exención de la RPPJ para los delitos cometidos por empleados o trabajadores, no hace referencia a un órgano, toda vez que se indica en el artículo 31 bis 4, ser suficiente que la persona jurídica haya adoptado “un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.”<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> España, Código Penal español art. 31 bis 2.2.

<sup>58</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 191.

<sup>59</sup> España, Código Penal español art. 31 bis, numeral 4.

A pesar de lo dicho, podemos identificar dos escenarios que nos dan a entender que el Código Penal español comprende las referencias al órgano de cumplimiento penal, tanto para la primera vía de imputación –administradores-, como para la segunda –empleados-.

De un lado, no es posible concebir que la persona jurídica implemente un modelo de organización y gestión eficaz, exclusivamente para sus empleados, sin un órgano de cumplimiento penal. Es así que, el *compliance program* debe estar diseñado para toda la organización y no únicamente para sus empleados. En definitiva la eficacia de un modelo de organización y gestión de delitos se evidencia con la instauración de un órgano de cumplimiento penal, sea por creación originaria, por asignación de competencia por el órgano legalmente encomendado para el control interno o cuando dichas funciones asume el órgano de administración, en personas jurídicas de pequeñas dimensiones.

El segundo escenario nace del artículo 31 bis 5.4, cuyo contenido se exige para todos los modelos de organización y gestión de delitos, y señala que los modelos: “impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.”<sup>60</sup> Imponiendo a la empresa que en los delitos cometidos por los empleados o trabajadores exista un organismo encargado de vigilar y observar el correcto funcionamiento del modelo de prevención.

Planteado el cuestionamiento sobre el alcance del órgano de cumplimiento penal y continuando con la redacción del texto legal, este determina la posición y características en la pirámide empresarial y sus funciones a desempeñar por el departamento de *compliance* o *compliance officer*.

Centrándonos en el aspecto orgánico, fundamentalmente se presentan dos exigencias respecto del *compliance officer*. Primero, que se trate de un órgano en la propia empresa y, segundo, que en virtud de su jerarquía se encuentre revestido de poderes autónomos de iniciativa y control.

Lo que refiere a la posición que debe ocupar el órgano de cumplimiento, se considera que debe tener un puesto elevado en la pirámide de la empresa. A fin de que su trabajo pueda ser correctamente desarrollado y exista un efectivo control de la actividad empresarial, es indudable que la condición de directivo debe darle un puesto de autoridad

---

<sup>60</sup> Ibid., art. 31 bis 5, num. 4.

frente a los miembros del ente, sus empleados y para ello se garantizará el acceso a la información y documentación relevante de la organización.<sup>61</sup>

Determinada la posición en el organigrama de la empresa, el órgano de cumplimiento deberá encontrarse investido de poderes autónomos de iniciativa y control. Esta exigencia se encuentra relacionada con el fin de evitar posibles interferencias e influencias del órgano de administración o dirección, toda vez que la necesidad de independencia en el marco organizativo, la adopción de procedimientos ordinarios o de investigación dotan al oficial de cumplimiento de autonomía efectiva.

Sobre este particular, la Fiscalía señala, a pesar de que el *compliance officer* es independiente, al ser un departamento de la empresa y designado por el ente, para conseguir un máximo nivel de autonomía todos los modelos deben prever cualquier tipo de conflicto de interés en el desarrollo de las funciones, para lo cual deberá garantizarse una separación operacional entre la persona jurídica y los integrantes del *compliance officer*, sugiriendo que no sean parte del mismo sus administradores o, en su totalidad.<sup>62</sup>

Al margen de la separación entre el departamento de *compliance* u oficial de cumplimiento y la administración, es necesario que la empresa provea de recursos humanos y medios técnicos necesarios para una actividad efectiva, debiendo hacer notar que la asignación de recursos para el cumplimiento de los objetivos, demuestran el grado de compromiso por el trabajo del *compliance officer* y pudiendo resultar trascendental para eximir o atenuar la pena a la empresa, por parte del juzgador.

El Código Penal español introduce una cláusula de diligencia debida al establecer que para validar la eximente, que: “no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control”<sup>63</sup> por parte del órgano de cumplimiento.

De la legislación vigente no se evidencia con precisión las atribuciones que se le han de conferir al órgano de cumplimiento; no obstante, autores como Carlos Gómez-Jara Díez, recurren a la normativa UNE 19.601 para delimitar las funciones a realizar y las resume en las siguientes:

1. La supervisión continua del sistema de gestión implementado y de su eficacia en la empresa.

---

<sup>61</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 158.

<sup>62</sup> Fiscalía General del Estado de España, Circular 1/2016, 49.

<sup>63</sup> España, *Código penal español*, art. 31 bis 2.4.

2. Asegurar que se brinde un apoyo formativo continuo a los miembros de la empresa que garantice una formación regular.
3. Inclusión de responsabilidades de *compliance penal* en los puestos de trabajo y en los procesos de desempeño de la empresa.
4. Materializar un sistema de información y documentación de *compliance penal*.
5. Adoptar e implementar procesos que gestionen información –canal de denuncias-
6. Establecer indicadores de desempeño.
7. Evaluación de desempeño y necesidades para posibles modificaciones.
8. Identificar y gestionar riesgos penales.
9. Estudio en intervalos planificados del sistema de gestión.
10. Proporcionar libre acceso al *compliance*, para trabajadores; y,
11. Información periódica a la empresa, sobre resultados de aplicación del *compliance*.<sup>64</sup>

### **1.3. Elusión fraudulenta de los modelos de organización**

La tercera condición para eximir de RPPJ cuando el delito es realizado por los directivos, dice: “Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención”,<sup>65</sup> denotando que, a pesar de la existencia de un modelo de organización y gestión eficaz pueden cometerse delitos eludiendo de forma engañosa los programas de cumplimiento. Lo que será un indicador para medir la idoneidad de los mecanismos de prevención de riesgos que haya impuesto el *compliance program penal*.

En la forma que se encuentra redactada la norma, los mecanismos de control eficaces únicamente pueden ser eludidos mediante un comportamiento fraudulento, sirviéndose el autor de algún tipo de confabulación; sin embargo, si se hubiese cometido un ilícito sin recurrir a un engaño, demostrará la ineficacia del modelo, sin posibilidades de pretender eximir la pena.

---

<sup>64</sup> Carlos Gómez Jara-Díez, *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Pamplona: Aranzadi, S.A.U, 2020), 64–65.

<sup>65</sup> España, Código penal español, art. 31 bis 2.2, num. 3.

Con la finalidad de analizar la elusión fraudulenta es necesario un juicio de valor *ex post* de la conducta delictiva evidenciada a partir de una perspectiva valorativa *ex ante*. Situación que es desarrollada por Rafael Aguilera Gordillo,<sup>66</sup> como sigue:

Inicialmente debe cuestionarse si el modelo de organización y gestión antes de la comisión del delito contenía controles correctamente elaborados e implementados, así como su intensidad de análisis respecto de la probabilidad de acaecer el incumplimiento o impacto del delito. Desde este punto, la eficacia será valorada si los deberes de vigilancia y control eran adecuados conforme a las necesidades de la persona jurídica y, la evasión resultó de un trabajo maquinado para materializarlo.

Consecuentemente, debe corroborarse que el accionar de la persona física que delinquirió en forma fraudulenta ejerció acciones de complejidad y evasión de las medidas de vigilancia y control implementadas en la empresa. Esta exigencia plantea un doble problema, por un lado debe determinarse el grado de incidencia que podría tener la comisión imprudente de un delito y, por otro, si puede exigirse un grado de fraude para que de esta manera una vez que concurren las condiciones establecidas en el artículo 31 bis 2, el *compliance program penal* pueda ser considerado como eximente de la RPPJ.

Con la finalidad de resolver este problema, debe considerarse que para el cometimiento del delito debe existir un procedimiento elaborado y sofisticado que, al momento de valorar el fraude se haya realizado eludiendo todas las medidas de control del programa de cumplimiento, mismo que fue constituido e implementado atendiendo las características especiales de la empresa, su tipo de actividad y los estándares exigibles en relación a otras empresas.<sup>67</sup>

Sobre la posibilidad de comisión imprudente del delito, esta no tendría lugar si consideramos que la elusión de los modelos de organización y gestión debió ser fraudulenta, pues quien recurre a un plan para eludir controles previstos para evitar la comisión de un delito, es porque tiene intención de cometerlo o al menos considera su comisión.

---

<sup>66</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 142.

<sup>67</sup> Palma Herrera y Aguilera Gordillo, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 69.

#### 1.4. Omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control

La cuarta y última condición para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica, cuando el delito es cometido por aquellas personas detalladas en el literal a), numeral 1 del artículo 31 bis,<sup>68</sup> se refiere: “no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2da.”<sup>69</sup>

Con esta eximente, el concepto de eficacia en el marco legal es analizado en su integralidad; pues deberá ejercer la debida diligencia en el intento de identificar y prevenir delitos realizados en beneficio de la empresa, por sus representantes, administradores o directivos.

Dicho de otra forma, cuando la persona jurídica no actúa como es debido y exigible jurídicamente, recae en una omisión de actos referidos a sus deberes de supervisión, vigilancia, control así como también en un ejercicio insuficiente de las mismas.<sup>70</sup>

Esta condición expresamente está dirigida al *compliance officer* como órgano encargado de supervisar el funcionamiento y cumplimiento del programa, y que por tanto tienen que ver con los deberes de supervisión, vigilancia y control concebidos en el literal b) del artículo 31 bis 1.<sup>71</sup>

Para que se configure la eximente de la RPPJ, no basta que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado un *compliance program* idóneo o adecuado, que exista un órgano para su supervisión –*compliance officer*–, que el representante, directivo o administrador fraudulentamente haya cometido un ilícito; o exista un programa de cumplimiento potencialmente eficaz; pues debe comprobarse que el órgano encargado ha actuado en el marco del delito enjuiciado, bajo los parámetros de la debida diligencia y supervisión que exige la ley y que debe constar en el programa.

---

<sup>68</sup> España, Código penal español, art. 31 bis, num. 1, lit. a] dice que, la empresa responde penalmente [...] cuando el delito es cometido por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

<sup>69</sup> Ibid., art. 31 bis, num. 2, condición 4ta.

<sup>70</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 192.

<sup>71</sup> Juan Luis Gómez Colomer y Christa M Madrid Boquín, *Tratado sobre compliance penal, responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 206.

Es preciso aclarar que las funciones de vigilancia, supervisión y control mantienen relación con el delito cometido; puesto que no es admisible una evaluación general respecto del funcionamiento del órgano de supervisión, sino de su ejercicio en la infracción de la que se responsabiliza al ente.<sup>72</sup>

Estos dos deberes pueden ser incumplidos por una omisión o por un ejercicio insuficiente. Respecto de la omisión se dará cuando el *compliance officer* no ejecute la supervisión o el cumplimiento de las medidas preventivas para la comisión de un delito o que reduzcan el riesgo de su ocurrencia.<sup>73</sup> Puede decirse que el órgano no ha advertido el riesgo jurídicamente exigible o no ha actuado para mitigarlo conforme la ley.

Mientras que lo referido a un ejercicio insuficiente es analizado en términos más abiertos, pues una vez advertido el riesgo, el órgano de cumplimiento no lo ha evaluado correctamente; o estudiado, no se adoptaron medidas necesarias que eviten la materialización.<sup>74</sup>

Estrechamente relacionada la anterior eximente con la presente, se evidencia un problema respecto de la imposibilidad de señalar si la persona física que cometió el delito era un sujeto de los indicados en el literal a) o b) del artículo 31 bis; pues la interrogante parte al momento de determinar qué criterio de exención aplicar al delito enjuiciado, puesto que el grado de exigencia es diferenciado.

Bajo esa apreciación, el hecho delictivo cometido en el interior de la persona jurídica, cuyo autor se desconoce, sólo cabría una interpretación favorable para la empresa, bajo el principio *in dubio pro reo* y con ello se entendería que quien cometió el delito era un trabajador o subordinado, permitiendo aplicar preceptos favorables para el ente.<sup>75</sup>

### **1.5. Las funciones de supervisión, asumidas por el propio órgano de administración**

Una vez analizados los elementos del *compliance officer*, establecidos en el numeral 2 del artículo 31 bis, 2 del Código Penal, es decir que el órgano de la persona jurídica detente poderes autónomos de iniciativa y control; la normativa penal considera que puedan ser asumidas por el propio órgano de administración, así:

---

<sup>72</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 145–48.

<sup>73</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 193.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 149.

En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2. del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.<sup>76</sup>

Bajo este apartado, en empresas de pequeñas dimensiones no resulta necesario que la función de *compliance*, se cree un órgano específico, para que puedan efectivizarse elementos favorables al configurarse la responsabilidad penal. Dicha previsión no impide que la empresa incorpore al órgano de administración una persona con características adecuadas que desarrolle funciones semejantes al oficial de cumplimiento.

En cuanto al concepto de personas jurídicas de pequeñas dimensiones, la norma las identifica bajo “un criterio contable y serán aquellas sociedades autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.”<sup>77</sup>

Las cuentas anuales en la normativa española tienen un formato simple y existe una mínima desagregación de información, pues la formulación del balance, la memoria y el estado de cambio en el patrimonio neto abreviado en dos ejercicios consecutivos deberán reunir a la fecha de cierre al menos dos de las siguientes circunstancias: a) Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros; b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones; c) Que el número medio de trabajadores o empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.<sup>78</sup>

Podrá entenderse así que, las empresas perderán su condición si en dos ejercicios económicos consecutivos no cumplen los requisitos detallados en el párrafo anterior.

Aguilera Gordillo critica las condiciones establecidas para que una empresa sea considerada de pequeñas dimensiones y que estas necesitan ser reajustadas, pues, al gozar de cuantiosos recursos financieros y humanos, presentan la necesidad de la creación de un órgano con la funciones de *compliance*, que permita efectivizar la exoneración de RPPJ, o en su defecto plantear una “reducción a las cantidades contempladas por la Ley de Sociedades de Capital a la mitad de su valor”.<sup>79</sup>

A pesar de que, frente a la constitución de este tipo de empresas, existe un compromiso semejante a la implantación de mecanismos de prevención, establecido

---

<sup>76</sup> España, Código penal español, art. 31 bis, num. 3.

<sup>77</sup> España, Real decreto legislativo 1/2010. Texto refundido de la ley de sociedades de capital, 2010 art. 258.

<sup>78</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 209 a 210.

<sup>79</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 161.

mediante dos estrategias consistentes en la externalización de los servicios de cumplimiento y las acciones colectivas.<sup>80</sup>

La primera de ellas es una solución que se presenta en materias como la prevención de riesgos laborales o en la contratación de servicios de prevención, donde pequeñas empresas contratan líneas externas o profesionales para que ejercen ciertas funciones del *compliance officer* y realicen actividades específicas como el mapa de riesgos, su formación o la instauración mínima de controles. La segunda vía explora acciones con empresas de un mismo sector que busca estandarizar parámetros de prevención y creación de órganos de cumplimiento comunes, pudiendo establecer compartir e instaurar códigos éticos y procedimientos similares de riesgos.

## **2. Presupuesto para la exoneración cuando el delito es cometido por los trabajadores o dependientes**

En el doble régimen de exención de la RPPJ, cada uno de estos tienen sus particularidades que deben ser tomados en cuenta al momento de eximir de responsabilidad penal al ente, en consideración del cargo o facultades que ostenta la persona física que comete el delito.

Analizados los parámetros a ser considerados como exención cuando el delito lo comete una persona de las contempladas en el literal a) del artículo 31 bis 1, corresponde ahora el desarrollo de la eximente cuando el delito lo comete un sujeto de la empresa subordinado a las personas descritas en el literal a), y que se encuentran contempladas en el literal b), del referido artículo; esto es, se trata de un mero empleado o trabajador, e incluso puede extenderse a quienes cumplen mandos intermedios; esto es, quien no tiene facultades de representación, decisoria o supervisión.

La primera de las observaciones que se advierte es la forma prolija en la estructuración de los requisitos para la exención cuando el delito es cometido por aquellas personas descritas en el literal a) del artículo 31 bis 1; y la simplicidad de la tipificación del numeral 4 del artículo 31 bis, cuando quien comete un hecho delictivo es un empleado.<sup>81</sup>

El referido apartado del Código Penal determina que:

---

<sup>80</sup> Adán Nieto Martín et al., *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (Valencia: Tirant lo blanch, 2015), 204.

<sup>81</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 150.

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adaptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.<sup>82</sup>

Si bien la norma penal española no ahonda el desarrollo en las causas para eximir de responsabilidad a la persona jurídica cuando el delito lo comete un trabajador, la Fiscalía General del Estado de España, en su circular 1/2016 se ha pronunciado sobre este tema y dice que no existen mayores diferencias al momento de eximir de responsabilidad al ente, sea que el comportamiento venga de directivos o de un empleado, y que el único punto de relieve es el del apartado 3, del numeral 2, del ya citado artículo 31 bis, que solamente este precepto se lo aplica cuando se trate de un delito cometido por las personas de la letra a).<sup>83</sup>

En cualquiera de los dos casos, el apartado 4, menciona que se debe ejecutar eficazmente un *compliance program penal*, por lo que viene a constituirse en un requisito sin el cual no podría eximir de responsabilidad penal a la empresa, más allá del puesto que ocupe la persona física que comente el delito. Así mismo, el programa de cumplimiento debe reunir todos los requisitos del numeral 5, del artículo 31 bis, mismo que será analizado en el siguiente subtema.

Lo que corresponde ahora es fundar la duda que surge en cuanto a la ejecución eficaz del *compliance*, si para eximir de responsabilidad a la persona jurídica, basta con esta implementación eficaz o debe reunir las condiciones que son exigibles cuando el individuo que delinque es uno de los de la letra a).

Empezando en ese orden, esto es con el requisito de la condición 2, del artículo 31, bis 2, la que dice: “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”.<sup>84</sup>

Respecto de si debe o no existir dicho órgano, José Manuel Palma Herrera, dice que la respuesta debe ser afirmativa, encontrado el principal argumento en el artículo 31 bis 5, por cuanto el *compliance* a los que se refiere el artículo 31 bis 2.1, y el artículo 31

---

<sup>82</sup> España, Código penal español, art. 31 bis, num. 4.

<sup>83</sup> Fiscalía General del Estado de España, Circular 1/2016, 41–42.

<sup>84</sup> España, Código Penal español art. 31 bis, num. 2, 2º.

bis 4, deben “imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento” y eficacia del modelo.<sup>85</sup>

Ahora, sobre la tercera condición del numeral 2 del artículo 31 bis, aquella que nos dice: “los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención”,<sup>86</sup> no se consideraría necesaria para eximir de responsabilidad penal al ente, cuando el delito es cometido por un empleado.

El fundamento de esta negativa está en el artículo 31 bis 1, literal b, que dice que la persona jurídica responde penalmente, en virtud que la persona física ha podido cometer el delito porque las personas de la letra a), del mismo texto legal, han incumplido gravemente sus deberes de supervisión, vigilancia y control. Dándonos como resultado que ese incumplimiento grave, por parte de las personas con poderes de supervisión y control en materia de *compliance*, hace posible que el empleado pueda cometer un delito sin la necesidad de recurrir a actuaciones fraudulentas, para esquivar los controles.<sup>87</sup>

Sobre el último punto, la condición 4 del numeral 2, del artículo 31 bis, esto es: “no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2º” caben dos interpretaciones.<sup>88</sup>

La primera se refiere a exigirlo en los mismo términos del artículo 31 bis, numeral 2.4, esto es, que no se produzca la más “mínima omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control” y únicamente en estos casos se producirá exención de RPPJ.<sup>89</sup>

La segunda se refiere al cometimiento del hecho delictivo por haberse presentado un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, lo que nos indica que no habrá RPPJ cuando no haya existido incumplimiento; pero que tampoco exista cuando el incumplimiento ha sido menos grave o leve.

En palabras del autor Palma Herrera, puede articularse para los casos del apartado b), del artículo 31 bis, el requisito del artículo 31 bis 2.4, es decir, que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones del oficial de cumplimiento, de manera que nunca puede producirse una omisión o ejercicio

---

<sup>85</sup> Palma Herrera y Aguilera Gordillo, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 71.

<sup>86</sup> España, Código Penal español art. 31 bis 2.3.

<sup>87</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 153.

<sup>88</sup> España, Código Penal español art. 31 bis, numeral 4, condición 4.

<sup>89</sup> Palma Herrera y Aguilera Gordillo, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 72.

insuficiente grave, pero no sería nulo el modelo si estas se producen de manera menos grave o leve.<sup>90</sup>

### **3. Atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal español**

La determinación de atenuantes contenidas en el artículo 31 quater del Código penal español, para la RPPJ, fortalece el concepto de un sistema de autorresponsabilidad empresarial, que se observa de la redacción de la norma penal.<sup>91</sup> Dichas circunstancias operan *ex postfactum* al hecho cometido, y se sustentan bajo preceptos de arrepentimiento y colaboración dentro del proceso por parte de la empresa con la administración de justicia.

En la legislación penal española, las circunstancias atenuantes se presentan bajo un modelo de catálogo cerrado y subsumido al comportamiento de sus representantes legales. Estas son: “confesión ante las autoridades; colaboración con la investigación de los hechos; reparación o disminución del daño ocasionado; creación con anterioridad al juicio de mecanismos de control para evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos”.

#### **3.1. Confesión a las autoridades**

La primera de las atenuantes previstas en el Código penal español, en el literal a) consiste en: “Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades”.<sup>92</sup> En líneas generales el fundamento de esta atenuante no parte del factor subjetivo de arrepentimiento, sino del objetivo, de colaboración con la justicia que faciliten la investigación y descubrimiento del delito y el castigo a los culpables.<sup>93</sup>

De la redacción del literal a), nacen dos problemas prácticos. En primer lugar respecto de cuándo se entiende que una persona jurídica conoce que el procedimiento judicial se dirige contra ella, y; en segundo lugar, qué autoridades son válidas a efectos de la aplicación de dicha atenuante.

---

<sup>90</sup> Ibid., 73.

<sup>91</sup> España, Código penal español, art. 31 quater.

<sup>92</sup> Ibid. art. 31 quater, lit. a].

<sup>93</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 232 En idéntico sentido, González Cussac José Luis, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, 252.

La primera se proyecta al momento procesal donde debe entenderse que la persona jurídica conoce que el procedimiento se dirige contra ella y sobre quiénes concretamente se aplica; por tanto, ¿basta que lo conozca un administrador, la mayoría o todos? De lo dicho podemos deducir que opera con un criterio más favorable al reo, en este caso la sociedad, para apreciar la presente atenuante.<sup>94</sup>

Respecto de la dirección del procedimiento contra la empresa, para Carlos Gómez-Jara Diez, las diligencias policiales se incluyen dentro del procedimiento, por ser parte de este.<sup>95</sup> Frente al referido planteamiento, el término dirigir se interpreta desde la posesión de datos suficientes que permiten identificar el autor del hecho. Para ello la atenuación de confesión será válida cuando la identidad del autor del delito se desconozca y dicho autor, proporcione información –pudiendo ser oral, escrita, en persona, por correo o por teléfono- a las autoridades encargadas de la investigación, que desconocen la autoría del delito.

En lo referente al segundo problema práctico, ante el silencio que guarda la legislación española, al no mencionar ante qué autoridad debe realizarse la confesión para que se considere suficiente, deja la puerta abierta a que pueda ser realizada ante las autoridades administrativas, sin perjuicio de que se haya iniciado un proceso judicial en contra de la empresa,<sup>96</sup> y ante la Fiscalía, cuando esta inicia una investigación y mientras la autoridad judicial no tenga conocimiento del caso.

Lo que caracteriza a la confesión en lo referente a su validez, es la veracidad sobre los hechos expuestos y el aporte de información relevante respecto de lo suscitado.<sup>97</sup> La presente circunstancia atenuante podría interpretarse desde un modo violatorio a los derechos de no declarar contra sí mismo y, a no confesarse culpable. Problemática que ha sido desvirtuada conforme lo manifiesta Diego Martín Fernández,<sup>98</sup> al referirse al pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, el que es acorde a la Constitución, puesto que la confesión es un acto voluntario que presenta beneficiosos para la empresa dentro de la investigación, sin que exista coerción.

---

<sup>94</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 252 Para autores como Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 232, la notificación a un empleado cualquiera de la persona jurídica no generaría el conocimiento requerido, debiendo estar dirigida al representante legal.

<sup>95</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 232.

<sup>96</sup> Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 126.

<sup>97</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 252.

<sup>98</sup> Diego Martín Fernández, “De las atenuantes aplicables a la responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Acta del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Universidad de Alcalá 2019* (Madrid, s. f.), 4–5, 25 de mayo, <https://fcp.es/wp-content/uploads/2019/09/Mart%C3%ADn-Fern%C3%A1ndez.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>. STC 75/1987.

De lo mencionado en la parte inicial de este tema, la presente atenuante podría confundirse con la circunstancia de colaboración. Si bien, la temporalidad en que se presenta la una de la otra, brindan una diferencia, el problema a resolver es qué tipo de confesión se puede llevar a cabo por parte de los representante legales, que se limite únicamente a dicha atenuante sin implicar que se trata de la de colaboración.

El planteamiento más apropiado para diferenciar la confesión de la colaboración, recae sobre las pruebas aportadas; pues si éstas son nuevas para esclarecer la RPPJ, se origina la circunstancia de confesión. Por otro lado, si las pruebas aportadas no producen elementos autoincriminatorios cabrá solo la colaboración. Pero, en el momento en el que además de existir la confesión por parte de la empresa se presenten pruebas relevantes y nuevas, convergen ambas atenuantes.<sup>99</sup>

### 3.2. Colaboración en la investigación

La segunda de las atenuantes previstas en el Código penal español, en su literal b) consiste en: “Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”.<sup>100</sup>

La colaboración se constituye como la máxima expresión de la autorregulación, obligándose a desempeñar un rol determinante en la aplicación de este tipo de responsabilidad. Pues es la empresa que en ejercicio de sus facultades puede acogerse a esta atenuante, como señala la norma *en cualquier momento del proceso*.

En general, la atenuante puede darse mediante la realización de investigaciones internas por parte de la empresa; por la información requerida y proporcionada a las autoridades en el transcurso de la investigación o, mediante ambas de manera paralela. Cualquiera sea la forma en que se la presente, se la lleva a cabo con el desconocimiento de la persona física.<sup>101</sup>

La redacción de esta atenuante especifica que el aporte presentado por la empresa en el procedimiento material probatorio debe ser inédito, concreto y particularmente eficaz. La prueba que tenga un carácter accesorio o que redunde en hechos acreditados

---

<sup>99</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 236.

<sup>100</sup> España, Código Penal español art. 31 quater, literal b].

<sup>101</sup> Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 127.

por otros medios no integra el orden fáctico de la colaboración, pues su orientación está hacia los resultados y no a los esfuerzos de la persona jurídica.<sup>102</sup>

Del precepto legal se puede advertir tres cuestionamientos, siendo el primero, la falta de determinación respecto de las características del sujeto que presta la colaboración para que origine la atenuante en forma eficaz; el segundo, la exigencia respecto de la eficacia en la colaboración al requerir que las pruebas fueran nuevas y decisivas, pues no es suficiente una colaboración relevante sino, que esta se configure en el resultado; y, el último, no aclara si la colaboración debe ser voluntaria o puede ser considerada aquella que se origina en el desarrollo de la investigación penal.<sup>103</sup>

Mientras que en la práctica internacional la colaboración presenta los siguientes problemas: En primer lugar, las personas jurídicas en ocasiones renuncian expresamente a la confidencialidad entre abogado y cliente, siendo algunas veces requerido por parte de Fiscalía; luego tenemos, a la autoridad judicial o la Fiscalía quienes unilateralmente determinan si la empresa ha cumplido o no los requisitos aplicables a la colaboración, sin que la persona jurídica tenga oportunidad judicial o extrajudicial de impugnar esta determinación; y por último, algunos ordenamientos extranjeros contemplan exigencias para la persona jurídica, como no abonar los gastos de la defensa de sus empleados a pesar de existir contratos previamente firmados.<sup>104</sup>

### 3.3. Reparación del daño

La tercera de las atenuantes previstas en el Código penal español, en su literal c) consiste en: “Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito”.<sup>105</sup>

De la redacción del articulado tenemos dos circunstancias que deben ser diferenciadas. Por un lado está la reparación y, por otro, la disminución del daño. La primera consiste en el restablecimiento de la situación alterada con el delito, mientras que la última refiere únicamente a una reducción en los efectos del hecho cometido, que a

---

<sup>102</sup> Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 133 Carlos Gómez-Jara Diez, *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 238, agrega que la presente atenuante está dirigida al resultado y no como debería ser, hacia los esfuerzos de colaboración que lleve a cabo la empresa.

<sup>103</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 253.

<sup>104</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 241.

<sup>105</sup> España, Código Penal español art. 31 quater, lit. c].

pesar de no ser completa debe demostrar que la persona jurídica ha realizado el mayor esfuerzo posible para reparar el daño de forma significativa.<sup>106</sup>

En forma general se puede colegir que la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo, sobre de la atenuante contemplada en el artículo 21.5 del Código penal,<sup>107</sup> respecto de la persona física, se puede aplicar y no presentaría mayor problema para la persona jurídica.

Sin embargo, entre la atenuante para la persona física y la jurídica, radica una diferencia. Mientras que en el artículo 21.5 se enuncia “daño ocasionado a la víctima”, en el artículo 31 quater, literal c), se habla del “daño causado por el delito”; debiendo entenderse que los delitos que generan responsabilidad a la persona jurídica afectan bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.<sup>108</sup>

Por la magnitud del daño producido por el delito, esta atenuante no busca el interés privado del perjudicado a obtener una reparación civil, por el contrario, presenta un interés general en el que toda la comunidad víctima del hecho se beneficie con la reparación, más allá de la vía con la que se logre, sea judicial u otro método alternativo de solución de conflictos.

Con la finalidad de que el acuerdo establecido satisfaga los intereses de la persona jurídica, como de los actores privados que se encuentran afectados por el hecho delictivo, se presenta un interés directo por parte del Estado, pues, con permiso de este y bajo la supervisión de un mediador se busca alcanzar una reparación extrajudicial. La ventaja más evidente resulta presentarse en las víctimas, por verse resarcidas con agilidad del daño ocasionado y evita consecuencias reputacionales para la empresa; mientras que para el Estado, representa un ahorro en tiempo costos procesales.

La vía de la mediación puede considerarse importante para la persona jurídica, ya que de cierta manera la empresa puede controlar el desarrollo del procedimiento, en mayor medida que puede hacerlo en un proceso penal. El control que ejerce la empresa va encaminado a que puede beneficiarse de esta atenuante si repara o disminuye el daño, a diferencia de la anterior, quedaba supeditada a criterio de Fiscalía si la empresa ha colaborado o no con la investigación.

---

<sup>106</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 253.

<sup>107</sup> España, Código Penal español art. 21.5. "haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral" Los criterios interpretativos por parte del Tribunal Supremo se dan en las sentencias de 31 de Julio de 2016, (Tol 1002338); 15 de febrero de 2007, (Tol 1072203); y, 29 de diciembre de 2010, (Tol 2017457).

<sup>108</sup> Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 130.

Para finalizar, se debe hacer notar una ventaja adicional de la mediación como el camino para viabilizar esta atenuante, pues los resultados que se recaben en este proceso son confidenciales y los mismos no pueden ser utilizados en contra de quien inicie la mediación. Resulta evidente que se convierte en un incentivo para la empresa cumplidora de la legalidad el no renunciar a sus derechos y la confidencialidad que caracteriza a un proceso de mediación.

### 3.4. Medidas eficaces de prevención y detección

Se considera circunstancia atenuante: “Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.<sup>109</sup> El Código Penal español de 2015, para la eximente hace referencia a modelos de organización y gestión, mientras que para la atenuante mantiene la denominación que se había introducido con la reforma de 2010. En cualquier caso, constituyen una manifestación de lo que se conoce como *compliance program*.

Como se dejó anotado, la implementación de un modelo de organización y gestión de riesgos penales puede eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica; y, cuando se lo instala una vez iniciado el proceso penal, podría atenuar la pena.

En la forma que existen programas de cumplimiento en materia laboral, competencia, entre otras, hoy en día se debe contar con un *compliance* en el ámbito penal, debiendo tener claro que, por implementar un programa de cumplimiento genérico, no debe operar la exclusión de responsabilidad si existe antes del cometimiento del delito o, atenuar la pena si es con posterioridad al ilícito.

Analizada la atenuante se puede concluir que, desde su tenor literal contemplado en el Código Penal de 2010, no ha sufrido variaciones en la reforma de la normativa penal en el 2015, pudiendo concluirse que no es un contexto interpretativo estricto como en comparaciones con las exenciones.

Lo fundamental en este apartado es que constatada la comisión del delito en el interior de la empresa, la persona jurídica asume sus responsabilidades en calidad de buen

---

<sup>109</sup> España, Código penal español, art. 31 quater, lit. d].

ciudadano corporativo e incorpora una cultura de cumplimiento de la legalidad con anterioridad al juicio oral.<sup>110</sup>

En líneas generales, no es suficiente la simple creación de un programa de cumplimiento, pues el juzgador es quien debe valorar si éste puede considerarse eficaz para prevenir la reincidencia de ilícitos. El *compliance* debe contener un análisis minucioso de la empresa, su estructura, actividad y objeto social, empleados y directivos, riesgos en términos cuantificables, así como también una presentación continua de medidas eficaces que reduzca probabilidades del cometimiento de delitos.<sup>111</sup>

Respecto de los modelos de organización y gestión, es pertinente analizar cinco ámbitos que permiten determinar la efectividad en las medidas de prevención y detección de delitos.

El primero y considerado el más importante son los esfuerzos de la organización para fomentar una cultura empresarial en el cumplimiento de legalidad; el segundo son los factores genéricos que deben considerarse, por ejemplo el tamaño de la organización, tipo de actividad o negocio y el historial delictivo de la persona jurídica; el tercero se refiere a aspectos que podrían mostrar la inidoneidad del *compliance program* desde su origen, pudiendo ser el incumplimiento de los estándares de industria o regulación gubernamental; de igual manera la comisión continua de hechos delictivos en el ente, la participación de los directivos o la tardanza en reportarlos ante las autoridades; y, el último ámbito es la actualización periódica del programa de cumplimiento.<sup>112</sup>

### 3.5. Programa de cumplimiento parcial

En el numeral 2.1 estudiamos las circunstancias que eximen de responsabilidad penal a la empresa, cuando los delitos son cometidos por sus directivos o empleados, mismas que están contenidas en el artículo 31 bis, numeral 2 y 4 y, en el caso de empresas de pequeñas dimensiones, en el numeral tres del referido artículo.

Sin embargo, de los numerales 2 y 4, en el inciso final, se advierte que, en el caso que las circunstancias para eximir la pena puedan ser acreditadas de manera parcial, este escenario puede ser considerado a efecto de atenuación de la responsabilidad, esto es un *compliance* incompleto o una eximente inconclusa.

---

<sup>110</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 245.

<sup>111</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 254.

<sup>112</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 245.

En este orden de ideas, la novedad que causa la expedición de la LO 1/2015, es la incorporación en el ordenamiento jurídico penal, del artículo 31 bis, eximentes o atenuantes de responsabilidad penal a la empresa cuando haya adoptado y ejecutado modelos de organización y gestión. En otras palabras, procede la eximente o atenuante de la pena, si el ente posee un *compliance program penal*.

También hemos estudiado desde los tres campos que nos da la ley, las condiciones para eximir de responsabilidad y ahora como atenuante. El primero refiere a los contextos cuando el delito comete un directivo, luego en el caso que sea cometido por un empleado o subordinado y, por último, en empresas de pequeñas dimensiones.

El artículo 31 bis, numerales 2, 3 y 4, contienen las condiciones para que un *compliance* sea valorado como eximente o atenuante, de esto podemos deducir que: la sola implementación de un programa, no basta para eximir o atenuar la responsabilidad; y, para lograr dicho cometido el programa debe contar con todas las condiciones previstas por la ley.<sup>113</sup> En este sentido, el citado artículo no contiene varias eximentes ni varias atenuantes, son una sola eximente y una sola atenuante que, para considerarse deben concurrir de manera acumulativa cada una de ellas.

Para que el desarrollo de las diferentes condiciones sea considerada como atenuante, se plantean varias cuestiones que se desarrollan a continuación. Es claro que, para considerar un programa de cumplimiento como eximente, deben concurrir todas y cada de las condiciones exigidas, así como los requisitos mínimos con que debe contar dicho programa. De lo dicho nacen varias hipótesis para la atenuación.

Puede presentarse que el programa cuente con todas las condiciones menos una, misma que se aprecia parcialmente su implementación; a partir de aquí dejamos las siguientes alternativas, que existan dos condiciones completas y dos parciales; que se cumpla una y tres parciales o, que se cumplan las cuatro de forma parcial.<sup>114</sup>

Todas las combinaciones que hemos ejemplificado pueden traer consigo la atenuación de la responsabilidad penal, lo que se concluye de la redacción del texto legal *las anteriores circunstancias*; es decir encierra a todas y no exige el cumplimiento completo de ninguna de ellas ni indica cuántas se deben cumplir.

---

<sup>113</sup> Alfonso Galán Muñoz, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 129.

<sup>114</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 205.

En lo que respecta a la primera exigencia para eximir de responsabilidad: un órgano con poderes autónomos encargado del funcionamiento del programa;<sup>115</sup> esta condición contiene una operación formal y otra material. Respecto de la primera requiere constatar que la empresa ha adoptado conforme a la ley, la implementación de un *compliance* y que se le han atribuido funciones y la segunda es comprobar si el órgano ejerce dichas funciones.<sup>116</sup>

De tal que forma que podríamos advertir la atenuante de cumplir con la primera de las operaciones; respecto de la segunda no se le pueden haber otorgado todos los poderes, sea por falta de autonomía o porque su aplicación no ha sido con suficiente rigor.

Respecto del cometimiento del delito por elusión fraudulenta de los modelos de organización y gestión.<sup>117</sup> La elusión debe ser fraudulenta por cuanto otras formas no se podrían considerar ni como atenuante. La alternativa que se presenta es considerar la clase de engaño desde los parámetros del delito de estafa.<sup>118</sup>

Respecto de las últimas condiciones, la “omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión vigilancia y control”.<sup>119</sup> La primera omisión se presenta cuando el órgano no ejerza la supervisión o el cumplimiento de las medidas implementadas, para evitar el delito o reducir el riesgo de su comisión. Apremiar un parámetro como atenuante en este apartado resulta difícil, por cuanto de la redacción de la ley, se advierte que se cumple o se incumplen, no dando espacios a términos medios de eficacia.

Respecto al *ejercicio insuficiente*, puede presentar el momento que se cataloga el riesgo, pero no se adoptan las medidas pertinentes para evitar su ocurrencia. Gracias al término *insuficiente* se puede advertir un parámetro para tenerlo como atenuante, de modo que el Juez será quien valore el grado de suficiencia, pudiendo apreciarse como atenuante una débil ejecución de las funciones de supervisión y vigilancia.<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> España, Código penal español, art. 31 bis, num. 2, condición 2.

<sup>116</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 207.

<sup>117</sup> España, Código Penal español art. 31 bis, 2, condición 3.

<sup>118</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 207.

<sup>119</sup> España, Código Penal español art. 31 bis, 2 condición 4.

<sup>120</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 208.

#### **4. Contenido del modelo de organización y gestión**

El modelo de organización y gestión debe ser realizado según la necesidad de la empresa, no pareciendo que pueda surtir un efecto eximente o atenuante, un modelo genérico, o guías operativas que mejoren la imagen de la empresa en la sociedad.<sup>121</sup>

Es responsabilidad de la persona jurídica a partir de su actividad desarrollada, analizar las posibilidades de la comisión de un delito y desde este punto desplegar acciones organizativas que prevean mecanismos y herramientas de control estructural y operativo, así como también que impidan o reduzcan el riesgo de su comisión por quienes desempeñan funciones de representación, dirección o sus trabajadores.

El sistema ideado por el Código Penal español determina cuáles son los requisitos que debe adoptar y ejecutar un modelo de organización y gestión de riesgos penales para ser considerado eficaz para la empresa, y así pueda ser exonerada o atenuada su responsabilidad penal. El texto legal se limita exclusivamente a enumerar seis requisitos sin detallarlos, es por ello que en la enunciación de los mismos se procederá a desarrollar su contenido.

##### **4.1 Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deban ser prevenidos**

Este requisito trata sobre la identificación de la forma más completa posible, de las actividades que puedan tener riesgo delictivo en la empresa en sus diferentes sectores, áreas y negocios, mediante un método efectivo que confronta actividades concretas e ilícitas, denominado mapa de riesgos.

En el ámbito español se plantea un estudio desde la universalidad del riesgo penal en dos directrices. Inicialmente en caso de juicio, un juzgador sólo verificará entre los modelos o medidas presentadas por la defensa, si el riesgo producido pudo ser previsto o no en el caso concreto del delito juzgado. En segundo lugar, puede ser un indicio de responsabilidad penal para la empresa, no prevenir el riesgo producido construyendo la puerta de entrada del ilícito, así como una explicación de la ausencia de controles que podían evitarlo.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 197.

<sup>122</sup> Nicolás Rodríguez García y Fernando Rodríguez López, *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021), 231.

Muchas empresas prevén riesgos en delitos de fraude, corrupción, blanqueo de capitales y fiscales, ignorando categorías delictivas impropias del comercio o actividad de la empresa –pornografía infantil, tráfico de drogas, falsificación de dinero– que de operar dichos ilícitos dejarían sin defensa al ente. Otras entidades corporativas realizan medidas cosméticas que por su incapacidad objetiva, de enmendar el riesgo, se traducen en abstractas y amplias en el giro de su negocio, determinando su inexistencia, pues no pueden adoptar controles eficaces e idóneos que protejan y prevengan a la empresa, pues no responden realmente al espíritu de la norma y subsiste una falta de intención para prevenir delitos.

En línea con lo anterior, cada empresa no puede pretender eliminar el riesgo total de comisión de delitos por sus propias complejidades organizacionales. Partiendo de aquello, está en el deber de organizarse a sí misma para reducir los riesgos al mínimo posible, iniciar por los más relevantes de su labor empresarial;<sup>123</sup> por ejemplo, si la empresa se dedica a contratos inmobiliarios con el estado, existe un alto riesgo que se pueda cometer un delito de cohecho, por la exposición con funcionarios públicos. En resumen, se trata de analizar y auditar actividades concretas según las distintas posibilidades de generar riesgo delictivo.

El mapa de riesgos debe considerar dos alcances. Debe constar en su descripción y tratamiento, todas las actividades organizativas de gestión de la empresa que puedan derivar en posibles delitos, no sólo las referentes al dinero –auditorias, cheques económicos, contratos–, sino también las derivadas de la condición humana –políticas sobre obsequios, invitaciones, conflicto de interés entre empleados y familiares, competencia desleal–; por último, contemplará la actividad de los empleados y, principalmente las labores de los directivos.

Finalmente, la esencia de este primer requisito recae en primer lugar, en la determinación de la actividad o sector de la empresa en la que se analizan los riesgos penales, en un inicio de forma global y, en lo sucesivo como una evaluación concreta y especificada de cada uno de los sectores que lo integran.<sup>124</sup> Por lo tanto, el análisis de riesgos deberá ser concreto, no solo en la actividad en la que se desenvuelve la empresa, sino cómo es realizada la misma.

---

<sup>123</sup> Ángela Toso Milos, Laura Mayer Lux, y Eduardo Cordero, *Cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales en la empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 114.

<sup>124</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 204.

#### **4.2. Establecimiento de protocolos o procedimiento que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y ejecución de las mismas con relación a aquellos**

El segundo requisito trata de determinar de forma precisa “el órgano u órganos de la empresa que detentan facultades de decisión y ejecución”, y puntualiza las fases que componen los actos de relevancia jurídica. Para esto, documentará los trámites internos en cada procedimiento de preparación, discusión, y toma de acuerdos societarios, así como su formalización, comunicación y práctica.<sup>125</sup>

Es necesario que un programa de cumplimiento desarrolle detalladamente un organigrama en el que se relacionen todos los individuos que intervienen y desempeñan funciones decisorias en la empresa, prestando atención en aquellos que estén facultados en la representación, decisión y control; en este contexto deberá conocerse quién toma las decisiones, cómo, dónde, cuándo y bajo qué procedimiento.<sup>126</sup>

En este contexto, el ente corporativo deberá poseer un elemento de control, que le permita constatar el modo en el que se transmiten las decisiones en su interior y comprobar si las órdenes dictadas llegan a su destino, son entendidas correctamente, y aplicadas en apego a la ley.

De lo analizado en líneas anteriores, se pueden advertir dos problemas. Primero, cuando las decisiones y órdenes se toman fuera de la línea formal de la empresa, esto es por quienes verdaderamente ostentan las facultades decisorias, pero jurídicamente invisibles. El segundo recae sobre los *holdings*, y su efecto en la toma de decisiones, puesto que sus representantes no forman parte de las empresas matrices u ostentan algún cargo.

En los modelos de cumplimiento penal, son primordiales los informes realizados por el departamento jurídico en referencia a su proyección en el “proceso de decisión, además de los mecanismos internos de comunicación y la coordinación con los asesores externos”, pues permiten que se realice una tarea centrada en los roles y estatus de los individuos que conforman la empresa, determinando cada eslabón implicado en el ejercicio decisorio.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 228.

<sup>126</sup> Rodríguez García y Rodríguez López, *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, 233.

<sup>127</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 282.

Por consiguiente, la elaboración de un organigrama claro, con la distinción específica de todas las fases que configuran la formación de la voluntad, la toma de decisiones y su ejecución, son los elementos exigidos por el Código Penal español para que el presente requisito sea considerado como un mecanismo incuestionable de control.

#### **4.3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos**

A fin de evitar la construcción de programas fraudulentos, o que el modelo de gestión esté estructurado en un plano teórico, el legislador, con el presente requisito exige a la empresa el deber de proveer a los modelos de organización y gestión, de un presupuesto adecuado que impida y prevenga la comisión de delitos, así como lo referido a la vigilancia de recursos financieros, entendiéndolos como el control de ingresos y egresos en la empresa.

En lo referente a la asignación presupuestaria, la persona jurídica está en el deber de proveer de forma efectiva los recursos financieros que requiera el modelo de organización y gestión de riesgos penales, considerando su tamaño, estructura, balances, empleados, naturaleza de la actividad y en materia penal será determinante la dotación de recursos para evitar la comisión de delitos advertidos en el mapa de riesgos.<sup>128</sup>

Los recursos analizados en el párrafo anterior, serán financiero, humano, asesoramiento externo, infraestructura organizativa, material sobre gestión de *compliance* y obligaciones legales, desarrollo profesional y tecnología. Por esta razón, la seriedad y compromiso de la empresa para el programa de cumplimiento, podría ser medido con la cantidad de recursos que la persona jurídica invierte para implementar medidas de vigilancia.<sup>129</sup>

En lo referido al control financiero de la empresa, deberá sustentarse en las medidas de intervención en los medios de pago y temas financieros internos. Este elemento resulta significativo en los programas antifraude que implementan algunas empresas en tres direcciones distintas.

El primer lugar deberán reducir o impedir el riesgo de que recursos financieros de la empresa, puedan ser usados en delitos; deberán impedir o dificultar la posibilidad de

---

<sup>128</sup> González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 229–30.

<sup>129</sup> Eneko Echeverría Bereciartua, *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del proceso penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 216.

que ganancias ilícitas se introduzcan en canales económicos legales y utilizando a la persona jurídica como generador lícito; y, en tercer lugar estos instrumentos de control financiero impedirán actividades fraudulentas en obligaciones tributarias de la persona jurídicas.<sup>130</sup>

El Código Penal español no especifica que el órgano encargado de la contabilidad y finanzas de la empresa, sea el mismo que ejerce las funciones del *compliance*. Es así que, cabe la opción que el *compliance officer* sea aquel que ejerce funciones concretas de fiscalización de cuentas, o que dichas atribuciones sean delegadas a un órgano auditor interno que mantenga atribuciones específicas en control financiero y contable.<sup>131</sup>

En la doctrina existen interpretaciones que solo apoyan a uno de los parámetros- presupuesto adecuado o vigilancia de recursos financieros- analizados, sin embargo; la clave de este requisito radica en la aplicación global de los dos, pues permiten un control de recursos financieros que previenen o impiden el riesgo delictivo.

#### **4.4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención**

La normativa penal española exige que los modelos de organización y gestión, incorporen medidas tendientes a obligar a las personas físicas que conforman la empresa, a denunciar toda actividad que pueda acarrear algún tipo de responsabilidad penal para la persona jurídica.

El objeto de la denuncia puede ser orientado a que el ente tenga conocimiento del ilícito, así como, de comportamientos que infrinjan el modelo de organización y gestión pudiendo desencadenar el riesgo de comisión delictiva o evidenciando que el modelo implementado presenta vacíos organizativos.

Este tipo de denuncias suelen ser estimuladas generando conciencia laboral – representantes, directivos, trabajadores, entre otros- que direccionen el cumplimiento de la legalidad y el deber de informar, observando las consecuencias negativas que supone el incumplimiento; sin embargo, el Código Penal español expresa la obligatoriedad de informar los posibles riesgos al órgano, determinando que dichas medidas deben estar

---

<sup>130</sup> Palma Herrera y Aguilera Gordillo, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 58.

<sup>131</sup> Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 294.

dirigidas a crear conciencia de cumplimiento y apoyarse con una previsión sancionatoria en caso de incumplimiento.<sup>132</sup>

Dichas obligaciones se concretan con la creación de un canal de denuncias o sistemas de *whistleblowing*, como mecanismos internos de organización que permiten comunicar, detectar posibles irregularidades y comportamientos contrarios a la legislación vigente o la normativa interna de la compañía. Este requisito debe contar con un sistema sencillo y accesible dotado de las garantías de confidencialidad, protección de datos personales y ausencia de represalias.

Dicho componente se dimensiona en dos vertientes. Por un lado, es un sistema que permite a la persona jurídica tomar medidas ante el conocimiento de determinadas conductas irregulares o delictivas cometidas (vertiente reactiva); y por otro, la implementación de este canal de denuncias internas puede facilitar la prevención de que una persona realice comportamientos irregulares o ilegales (vertiente preventiva).<sup>133</sup>

Es preciso considerar que al constituir un canal interno en la entidad, su aplicación para empleados y directivos es evidente. Sin embargo, teniendo en cuenta que los hechos presuntamente delictivos podrían ser realizados por personas que desarrollan otro tipo de actividad para la persona jurídica, sin estar vinculadas directamente en relación laboral, es necesario que al canal de denuncias tenga acceso toda persona que mantenga vínculo contractual, como el caso de colaboradores externos, proveedores o subcontratados.

Cada empresa podrá organizar de la forma más adecuada el destinatario de la denuncia, pudiendo ser el propio organismo autónomo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, o constituir un órgano o persona interpuesta, en caso de que sean estas dos últimas deberá garantizarse que el contenido de la denuncia llegue al *compliance*.<sup>134</sup>

Para concluir, el órgano encargado de velar por el funcionamiento y cumplimiento del modelo y efectivizar la información receptada, deberá implantar procedimientos que faciliten canales de comunicación, garanticen su confidencialidad, prohíban toda clase de represalias, fomenten su uso y faciliten el asesoramiento de quienes lo requieran utilizar (física o electrónicamente) siempre adaptando dicho modelo a las características de la empresa.

---

<sup>132</sup> Palma Herrera y Aguilera Gordillo, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 59.

<sup>133</sup> Jesús Lorenzo Aguilar, Francisco Antonio Jiménez Rodríguez, y Carolina de Blas Herrero, *Compliance: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la mediación organizacional* (Madrid: Tébar Flores, 2018), 277.

<sup>134</sup> Palma Herrera y Aguilera Gordillo, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 60.

#### **4.5. Un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas establecidas en el modelo**

Con la finalidad de evitar la comisión de delitos o reducir el riesgo de su acaecimiento, el modelo de organización y gestión debe contener un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de la obligación de denuncia o cualquier otra establecida. Este sistema debe estar previsto y aplicado para todos los que conforman la persona jurídica, independientemente del rol que desempeñan o su representatividad (trabajador o directivo).

En forma concreta, el modelo debe contener medidas o controles paliativos de riesgo y sanciones específicas, de acuerdo con las faltas a las disposiciones legales determinadas por la persona jurídica, pudiendo estas compilarse en convenios colectivos, contratos laborales, normativa sectorial, normativa laboral o contratos vinculantes entre la persona natural y la empresa.<sup>135</sup>

A falta de normativa laboral que regule la relación con la persona jurídica, para cumplir con lo establecido en el presente requisito lo más probable es incluir en el modelo de organización y gestión, un régimen disciplinario.

La circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado señala la obligación que tiene la empresa de instaurar un régimen disciplinario adecuado en casos de incumplimiento de medidas adoptadas en el modelo, viabilizado en un código de conducta.<sup>136</sup> En este se establecen obligaciones para directivos y trabajadores, debiendo contemplar actividades que faciliten su descubrimiento.

En la elaboración del código de conducta es necesario que el órgano de cumplimiento realice un análisis cauteloso entre la punibilidad exacerbada o incorporación de sanciones desproporcionadas, puesto que dichas medidas podrían generar el efecto inverso al esperado. Por ejemplo, si la sanción por llegar tarde al trabajo fuera el despido inmediato, los encargados del control de personal empezarían a ignorar tal comportamiento, permitiendo paradójicamente un incremento de la impuntualidad en la jornada laboral.

El establecimiento de un sistema disciplinario no solo implica una estructura formal de infracciones y sanciones, además se creará un procedimiento de reconocimiento

---

<sup>135</sup> RodríguezGarcía y RodríguezLópez, *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, 235.

<sup>136</sup> Fiscalía General del Estado de España, Circular 1/2016, 45.

al respeto del programa de cumplimiento. Debe existir un catálogo de estímulos y recompensas como mecanismo transparente para su concesión; y protegerlo de probables actos de discriminación, para dicha premiación no dependerá de una sola persona sino de un colegiado.<sup>137</sup>

Los reconocimientos deberán constar previamente por escrito y ser de conocimiento de todo el personal, generando dos situaciones favorables: que el personal mejore su desempeño laboral y la prevención de reclamos por parte de terceras personas contra la decisión de gratificar a uno u otro miembro del ente corporativo.

#### **4.6. Verificación periódica y eventual modificación del modelo de organización y gestión**

Un modelo de organización y gestión de riesgos penales, conforme lo analizado en el presente capítulo, será eficaz siempre y cuando se aplique a la realidad organizacional de la persona jurídica. Frente a esta lógica, el código penal obliga a la verificación y actualización del modelo cuando se haya producido una infracción relevante de las disposiciones o cuando se produzcan cambios en la organización, estructura de control o actividad que desarrolla la empresa.<sup>138</sup>

Dicho de otro modo, un problema recurrente que cuestiona la eficacia del programa es su desactualización, pues, aunque su origen fue legalmente establecido, por el paso del tiempo se presentarán adversidades en su estructura organizativa, por reforma del ordenamiento jurídico, o el origen de nuevos riesgos penales.

Para evitar la desactualización del modelo de organización y como consecuencia la ineficacia, el *compliance program* debe ser revisado y actualizado de forma periódica mediante auditorías internas, externas o certificaciones. En este sentido, lo más adecuado es que las auditorías internas sean realizadas anualmente y las auditorías externas y certificaciones bianualmente.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> Miguel Ontiveros Alonso, *Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program* (México: Tirant lo Blanch, 2018), 47.

<sup>138</sup> España, Código penal español, art. 31 bis, num. 5.6.

<sup>139</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 215 Rafael Aguilera Gordillo, "Compliance penal en España", 320. Sobre la revisión dice que se está haciendo costumbre empresarial que para una "mediana o gran empresa, el plazo para realizar una revisión de carácter periódico no supere el año. Mientras que en pequeñas o medianas con una estructura y actividad social sencilla, el plazo podría ser muy superior".

La ISO 19600 establece que los riesgos de *compliance* deben reevaluarse periódicamente cuando existan nuevos o modificados productos, servicios o actividades, cambios en la estructura o estrategia de la empresa, cambios externos significativos, cambios en las obligaciones de *compliance*; e incumplimientos del *compliance*. Se puede observar que los estándares internacionales determinan parámetros de actualización al modelo de organización y gestión, que no son considerados por la normativa penal español.

Por consiguiente, los puntos contemplados en el numeral 6, del artículo 31 bis 5, podrán ser considerados por la empresa como meros indicadores para una posible revisión o modificación. Con la finalidad de que el *compliance program* precautele su eficacia, deberá preservar o conservar documentadamente las actualizaciones, revisiones y mejoras del programa, por el órgano de cumplimiento.

## Capítulo tercero

### La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador

Esta nueva responsabilidad penal, en el Ecuador, aparece tipificada a partir del año 2014 con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, que en lo posterior lo citaremos con sus siglas COIP.<sup>140</sup>

En un inicio, el proyecto de Ley del COIP incluía circunstancias atenuantes de dicha responsabilidad;<sup>141</sup> así como se dedicaba un artículo a las medidas de seguridad tendientes a la prevención de futuras infracciones, aplicables a los entes que pudiesen presentar un peligro para determinado bien jurídico.<sup>142</sup>

Dicho proyecto tuvo sus reparos. En cuanto a la RPPJ se menciona que son transcripciones del Código Penal español y, las medidas de seguridad, se establecían en forma contradictoria con lo dispuesto en la base conceptual, que disponían que las mismas solo fueren aplicables a las personas inimputables.<sup>143</sup> Luego del procedimiento de ley se publica el COIP sin incluir circunstancias atenuantes ni eximentes de la RPPJ, así tampoco se consideran medidas de seguridad o consecuencias accesorias para las organizaciones.

En febrero de 2021 se encontraba en trámite un proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al COIP en materia anticorrupción, en el que, la persona jurídica responde penalmente en los supuestos previstos en la norma, cuando la comisión del delito ha sido producto de la empresa; “por la falta de implementación de sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, o por el incumplimiento” de estos sistemas. En cuanto a las circunstancias atenuantes, consistirá en “demostrar la implementación de sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, previo al cometimiento de la infracción”.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> Ecuador, *Proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal*, 2011 art. 31.

<sup>141</sup> Ibid. art. 20. Estás consistían en: A).- Confesar la infracción a las autoridades, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella. B).- Colaborando en cualquier momento del proceso, aportando pruebas nuevas y decisivas para establecer la responsabilidad penal originada de los hechos; y, C).- Reparar integralmente o disminuir el daño causado por la infracción, antes de la audiencia oral de juzgamiento.

<sup>142</sup> Ibid. art. 44.

<sup>143</sup> Ecuador, *Informe para primer debate: Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*, 2012, 22.

<sup>144</sup> Ecuador, *Ley Orgánica reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción*, 2020, arts. 1 y 3.

Proyecto que fue objetado parcialmente por la Presidencia de la República, manifestando que el Ecuador no cuenta con legislación, ni regulaciones mínimas en materia de sistemas de integridad, normas o programas anticorrupción que permitan por lo menos orientar con directrices generales, el contenido mínimo de estos sistemas de integridad para que sean efectivos.<sup>145</sup>

La objeción presentada desde el ejecutivo, no suprimió las circunstancias que atenúan la pena de la persona jurídica, sin embargo el texto legislativo se vio afectado directamente con la supresión de las eximentes de la RPPJ. Finalmente, en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392, 17 de Febrero 2021, se publica la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, la que en su artículo 1, considera como circunstancias atenuantes, 1. Denuncia o confesión; 2. Colaboración; 3. Reparación; y, 4. Implementar antes de la comisión del delito, un programa de cumplimiento penal.<sup>146</sup>

Sobre el numeral 4 de las atenuantes, en términos generales, el hecho de que una empresa implemente un programa de cumplimiento eficaz, previo al cometimiento del hecho delictivo, representa la predisposición de cumplimiento a la legalidad, denotando responsabilidad frente a la sociedad y constituyéndose en buen ciudadano corporativo.

Un programa de cumplimiento para la administración de justicia, puede resultar útil para determinar en qué medida la persona jurídica cumplió con sus deberes de supervisión, vigilancia y control, así como, la contención de riesgos sobre sus actividades jurídico-penales aceptables. Adicional a esto, ante el cometimiento de un delito, analizada la eficacia del *compliance*, permite procesalmente determinar la responsabilidad de la persona jurídica y la pena que le corresponde.

Una vez iniciado el proceso penal, el Juez o Jueza, debe ser cauteloso al momento de dotar con un valor racional al programa de cumplimiento, mayor al que le corresponde, pues esta no es una prueba absoluta o autosuficiente que blinda a la persona jurídica, sobre sus eventuales responsabilidades incurridas en materia penal. La valoración sobre cumplimiento o incumplimiento, tiene un carácter casuístico atendido a la circunstancia concreta del caso.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Ecuador, *Objeción parcial al proyecto de Ley orgánica reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción*, 2021 arts. 1 y 3.

<sup>146</sup> Ecuador, *Ley orgánica reformatoria* art. 1.

<sup>147</sup> Ana María Neira Peña, *La defensa penal de la persona jurídica: representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018), 292.

El juzgador para ponderar la importancia del *compliance* en el proceso penal y determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, deberá considerar parámetros como: la adecuación del programa para la detección y prevención de delitos y su implementación efectiva a través de protocolos y procedimientos; acreditación eficaz del programa en relación al caso concreto; la implicación de personal encargado de tareas de supervisión, así como la autonomía del oficial de cumplimiento sobre el órgano de administración. En definitiva, el Juez está en el deber de valorar las pruebas, para comprobar si la persona jurídica actuó de forma diligente para controlar los riesgos derivados de su actividad, o, si tal incumplimiento permitió o favoreció la comisión de un delito.<sup>148</sup>

Establecida la relevancia del programa de cumplimiento como prueba en el proceso penal, corresponde ahora analizar el contenido del articulado que contempla la RPPJ, empezando por el artículo 49 del COIP, las características generales del sistema de imputación, una enunciación de las circunstancias atenuantes; así como los criterios ante la falta de eximentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

## **1. Requisitos para la determinación de la RPPJ**

Por lo confuso que puede resultar la redacción del texto legal, a continuación se lo transcribe textualmente para continuar con su desarrollo:

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

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá aun cuando no haya sido posible identificar a la persona natural infractora.

---

<sup>148</sup> Ibid., 293–94.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.<sup>149</sup>

El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en el Ecuador es un sistema de *numerus clausus*.<sup>150</sup> El legislador estableció que la empresa responderá en la vía penal, por un delito que expresamente esté tipificado en la normativa, como por ejemplo delitos contra la humanidad, delitos contra el medio ambiente, lavado de activos, defraudaciones bursátiles entre otros.

La RPPJ establecida en el Ecuador puede provenir de delitos cometidos en beneficio de la empresa o de sus asociados. Desde una interpretación amplia de la doctrina, el beneficio puede ser directo o indirecto, abarcando no solo elementos económicos sino también a la evitación de perjuicios o el ahorro de costes; también puede recibir beneficios que en un primer momento resultan incalculables, como la mejora de la imagen corporativa por la adjudicación de un premio mediante sobornos o evitando una investigación.<sup>151</sup>

En lo que se refiere al beneficio para sus asociados, nos remitimos a la literalidad de la norma “las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados [...]”<sup>152</sup> y, de lo dicho en el párrafo anterior se puede colegir que el legislador ecuatoriano configuró un hecho de conexión carente de vinculación directa con la empresa, pues el patrimonio de un accionista y del ente, son autónomos.<sup>153</sup> Es decir, que no siempre será necesario que el delito sea cometido en beneficio de la persona jurídica.

Con este requisito el COIP ha determinado que no existe responsabilidad penal de la empresa cuando el delito es cometido en beneficio de un tercero ajeno a la misma y así consta en el inciso tercero del artículo 49. Con esta exigencia, la empresa puede ser considerada la víctima de una actuación delictiva por un acto de deslealtad con la misma.

¿Cuáles son las personas jurídicas penalmente responsables? Siguiendo la línea de la normativa internacional, en el Ecuador son sujetos de imputación las personas

---

<sup>149</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 49.

<sup>150</sup> Mauricio Enrique Pacheco y Brenda Guerrero Vela, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador* (Quito: Universidad Central del Ecuador, 2021), 257. En la legislación española se advierte un sistema similar y así lo anota José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y sus directivos*, 120.

<sup>151</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez y Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal*, 82–83.

<sup>152</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 49.

<sup>153</sup> Charry Dávalos, “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, 76.

jurídicas de derecho privado, excluidas aquellas de derecho público.<sup>154</sup> Al no contemplar el Código Penal una definición de persona jurídica del que nace el nuevo sistema, nos vemos en la obligación de remitirnos a otras ramas del derecho, como la Ley de Compañías, Código Civil, entre otras.

La personalidad jurídica con que el ente debe gozar, constituye un filtro a una posible responsabilidad penal de la persona jurídica y, la empresa existe y adquiere personalidad jurídica desde el momento en que su constitución se inscribe en el Registro Mercantil.<sup>155</sup> Aquí debemos excluir aquellas compañías que carezcan de dicha personalidad.

Los requisitos regulados en la legislación penal ecuatoriana que determinan la RPPJ nos permiten deducir que se configura un sistema de heterorresponsabilidad, esto es, acciones u omisiones de personas físicas que se transfieren para la responsabilidad de la empresa, que en el derecho penal moderno se constituiría como una responsabilidad objetiva para la organización.

## **2. Hacia un modelo de autorresponsabilidad**

Analizados los requisitos contenidos en el artículo 49 del COIP para determinar la RPPJ, se podría concluir que el legislador ha instaurado un modelo de heterorresponsabilidad en el Ecuador, por cuanto requiere la actuación de una persona física para poder atribuir responsabilidad a la empresa.

Sin embargo, una interpretación del texto legal y los principios jurídico-pena les permiten alejarnos de un sistema de responsabilidad por el hecho ajeno y nos lleva a un modelo de autorresponsabilidad, siendo el que se adecua a las exigencias del derecho penal moderno. Teniendo como punto de partida la premisa de la responsabilidad por el hecho propio o la personalidad de las penas; y las disposiciones jurídicas.

El derecho penal moderno tiene como uno de sus principios el de culpabilidad, del que deviene la responsabilidad por el hecho propio o personalidad de las penas, en virtud

---

<sup>154</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 49. El motivo del texto, lo encontramos en Manuel Gómez Tomillo, Introducción a las responsabilidades penal de las personas jurídicas, 59. Para quien es lógica dicha exclusión, pues no tendría sentido que el Estado se sancione así mismo, y la sanción la terminaría pagando la ciudadanía.

<sup>155</sup> Ecuador, *Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999, arts. 136 y 146.

del cual una sanción de índole penal únicamente puede fijarse partiendo de su propia conducta, excluyendo la responsabilidad por la atribución de un hecho ajeno.<sup>156</sup>

Por lo que mal podría no considerarse dicho principio para la persona jurídica y, su respeto dependerá del modelo de imputación que se considere, debiendo recalcar que una de las críticas al modelo de heterorresponsabilidad es el hacer responsable a la empresa por un hecho que no le pertenece.<sup>157</sup>

Establecida la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho positivo, se requiere que se le reconozcan los principios básicos del derecho penal, exigiéndose para la imposición de una pena garantías y criterios de imputación; esto es, se debe respetar lo mencionado y se configura en una de las bases para un modelo de autorresponsabilidad.<sup>158</sup>

Como se ha dicho, dejándose llevar por el contenido del artículo 49 del COIP, aparecería un modelo de heterorresponsabilidad; sin embargo debemos analizar en su conjunto la normativa que regula la RPPJ, para lo cual debemos observar el segundo inciso de este artículo y el contenido del artículo 50 del mismo texto legal.

Un modelo de autorresponsabilidad se puede observar en cuanto a la referencia prevista por el legislador que menciona que la responsabilidad del ente es independiente de la responsabilidad de la persona física.<sup>159</sup>

En caso de concurrencia de responsabilidad, la responsabilidad del ente no se ve afectada por circunstancias que alteren la responsabilidad de la persona física, teniendo en cuenta la independencia que existe entre estas; situación similar ocurre para el caso de atenuantes y agravantes. Así también, en cuanto a temas procesales, la RPPJ no se ve

---

<sup>156</sup> Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 60–61 Quienes se apartan de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sostienen que con esta se estaría violando el principio de personalidad de las penas y culpabilidad, pues los entes no pueden delinquir porque son incapaces de acción y culpabilidad, ente lo cual, el citado autor menciona que esto ocurriría siempre y cuando la acción se la considere desde el comportamiento humano y la culpabilidad a partir de aspectos bio-psicológico. Así también, sobre la cuestión que los entes son incapaces de pena, refuta que siempre y cuando esta sea considerada como castigo del mal uso de la libertad humana.

<sup>157</sup> Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo* (Madrid: Iustel, 2008), 103 Al pertenecer la RPPJ al conjunto del derecho sancionador, por tanto le son aplicables las garantías del ius puniendi.

<sup>158</sup> Juan Francisco Pozo Torres, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018), 78.

<sup>159</sup> Ecuador, *Código orgánico integral penal* art. 49, inciso segundo. “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”.

afectada por el fallecimiento de la persona física, por su evasión a la justicia, extinción de la responsabilidad o haya sido sobreseída en el proceso penal.<sup>160</sup>

De lo mencionado podemos extraer el espíritu que da el legislador al comportamiento de la persona física,<sup>161</sup> de lo cual se establece un sistema directo de responsabilidad, así también entender que el contenido del último artículo citado nos ayuda a resolver los principales problemas que presenta un modelo de heterorresponsabilidad; la individualización de la persona física, el desmérito de la empresa en sus esfuerzos organizativos a evitar hechos delictivos.

Pese a que el modelo instaurado en el Ecuador requiere de la conducta de la persona natural para llevar a la RPPJ, no significa que sea este su fundamento. La persona jurídica deberá responder por su injusto y culpabilidad, debiendo entenderse dicho comportamiento como un presupuesto.

Desde el modelo que se adopte, si lo que se busca es respetar los principios básicos del derecho penal, como el de personalidad de las penas o del hecho propio, debemos apartarnos de una responsabilidad vicarial –heterorresponsabilidad– y hacer responsable a la empresa por su injusto y culpabilidad propia, para una posterior sanción penal.

### **3. Criterios de *lege ferenda* para establecer circunstancias eximentes de la RPPJ en el Ecuador**

Las objeciones al Proyecto de Ley del Código Orgánico Integral Penal, fueron en el sentido de que resultaba ser una copia de la legislación española, mientras que de forma contradictoria con la Ley Orgánica Reformatoria al COIP en materia Anticorrupción de febrero de 2021, se intenta seguir la legislación de España y, erróneamente se tipifica como atenuante el hecho de contar con un programa de cumplimiento previo al cometimiento del delito.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Ibid. art. 50. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento”.

<sup>161</sup> Siguiendo la legislación comparada, la española similar a la nuestra Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, y Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal*, 67–68 Si bien existe el comportamiento delictivo por parte de una persona natural, ello no debe entenderse que la responsabilidad de empresa no exija unos requisitos propios. La RPPJ parte de la conducta de la persona física pero el fundamento de su responsabilidad es independiente a la de dicha persona.

<sup>162</sup> España, Código penal español, art. 31 quater, lits. d] y 31 bis. En la legislación española, un compliance programático puede tenerse como atenuante cuando su implementación sea con posterioridad

El COIP no contempla como otros ordenamientos jurídicos, parámetros específicos que eximan de responsabilidad penal a la empresa. Puede mencionarse que si bien nuestra legislación, admite que la persona jurídica pueda ser penalmente responsable y culpable por un delito, también debería poder excluirse su culpabilidad. Pues no basta de una definición conceptual, sino una regulación legal de los efectos derivados de la ausencia de responsabilidad penal.

Considerar circunstancias eximentes de la RPPJ, se presenta como una necesidad de reforma legal para mantener la aplicación de penas o no, de la empresa en forma segura, es decir, para que pueda hacerse efectivo una seguridad jurídica en el ámbito empresarial. A fin de ser respetuosos del derecho penal moderno, debe admitirse la exclusión de la culpabilidad de la persona jurídica, con la aplicación correcta de un modelo debidamente adoptado, como un protocolo integral orgánico y jerárquicamente en la empresa, que ejerza un debido control de los riesgos penales, denominado como *compliance program penal*.

La culpabilidad de la empresa se ve afectada con la implementación *ex ante* de un programa de cumplimiento eficaz y correctamente implementado, al excluirse la responsabilidad penal y con ello la posibilidad de ser objeto de imposición de una pena o sanción administrativa al ente corporativo; pues se haría mal al censurarse a una empresa por su incumplimiento de la legalidad cuando la misma adoptó e implementó correctamente un programa.<sup>163</sup>

Dicho en otros términos, carece de total sentido que si la persona jurídica ha agotado todos los medios a su alcance para impedir la comisión de un delito, se le sancione por ese hecho, pues terminaría considerándose de forma irracional, inaceptable e inconstitucional el supuesto de responsabilidad penal objetiva. Es por ello que resulta criticable la equivocación con la que se diseñó el esquema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el COIP.

El legislador ecuatoriano otorga inequívocamente a los modelos de cumplimiento, características atenuantes conforme lo establecido en el artículo 45, numeral 7 del COIP, desnaturalizando las modalidades del *corporate compliance*, sin considerarse como

---

al cometimiento del delito y antes del juicio oral y, como eximente cuando su ejecución sea previo al cometimiento del delito.

<sup>163</sup> Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed. (Pamplona: Aranzadi, S.A.U, 2015), 144.

eximente desde una perspectiva preventiva (*ex ante*) y/o atenuante desde un punto reparativo (*ex post*).<sup>164</sup>

Independientemente de qué persona haya cometido el delito en la estructura empresarial, debe considerarse que la idoneidad del programa de cumplimiento que impida la verificación de delitos en el ente corporativo debe ser analizado desde una perspectiva anterior al cometimiento del ilícito. Debiendo dejarse claro que un programa de cumplimiento simple o cosmético no puede ser considerado ni siquiera para atenuar la pena.

Puede ser un tanto complejo determinar que el program de cumplimiento fue objetivamente idóneo para impedir la pena o la infracción impuesta a la empresa; por lo tanto la acusación dependerá de la prueba obtenida en la investigación. Sin que esto impida que la empresa pruebe una organización cumplidora de la legalidad, que permita establecer plena exención de la responsabilidad penal.

La verificación de un delito puede ser un síntoma de que el programa de cumplimiento no estaba correctamente diseñado para la empresa, por lo cual solo puede ser entendido como excepcionalidad a la regla que a pesar de la implementación de un programa correctamente diseñado o implementado permita el cometimiento de un ilícito. En tal sentido, no cabe la exigencia de un programa de cumplimiento perfecto.<sup>165</sup>

La tipificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Ecuador, debe tener como finalidad motivar a que las empresas fomenten su nivel de autorregulación e instauren mecanismos de gestión, organización y control de riesgos que eviten o reduzcan la comisión de delitos, coadyuvando con la administración de justicia en el descubrimiento de ilícitos, para lo cual el *compliance programa* es el elemento clave para dichos fines.

En consiguiente, al entender la importancia en el ámbito penal empresarial de los modelos de organización es necesario que la legislación penal ecuatoriana considere que la implementación de dichos modelos, eficaces *ex ante* la comisión del delito, sirvan como eximente de la responsabilidad de la empresa.

---

<sup>164</sup> Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 98.

<sup>165</sup> Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal*, 148 En la legislación española, en el artículo 31 bis del Código Penal, para eximir de responsabilidad penal a la empresa, el programa de cumplimiento debe impedir o reducir de forma significativa el riesgo de comisión de delitos.



## Capítulo cuarto

### Sistemas de gestión de compliance: Norma UNE 19601

En el desarrollo de las diferentes actividades de las personas jurídicas, pueden cometerse delitos en beneficio de las mismas relacionados con la actividad económica, contaminación ambiental, entre otros. Previendo esta conducta delictiva, muchas empresas respetuosas de la legalidad implementan una adecuada cultura organizativa de cumplimiento para evitar o reducir la comisión de delitos, denotando así una responsabilidad social empresarial que distinga entre el que respeta la ley y el que no.

El concepto de un buen gobierno corporativo y el riesgo de lesionar bienes jurídicos protegidos, son consecuencia de los delitos cometidos por personas jurídicas, quienes obtienen ventajas anticompetitivas, frente a otras empresas respetuosas de la legalidad. Es por ello que la ocurrencia de delitos en una persona jurídica constituye un acto reprochable, por su afectación a la actividad económica y su perjuicio en la sociedad.

Conscientes de esta realidad, la aplicación de un conjunto de normas y mecanismos de control que garanticen el cumplimiento de la legalidad, regulando y supervisando procesos productivos y conductas de los integrantes de una empresa y cuyo fin es la prevención, detección y reacción frente al cometimiento de un delito o el detrimento de riesgos penales permite que el *compliance program penal* se abra campo dentro de las empresas.

Sobre este particular, para el éxito a largo plazo en el accionar de las personas jurídicas, es necesario mantener una cultura de integridad y cumplimiento, observado en los programas de cumplimiento que si bien en las actuales legislaciones penales sirven para eximir o atenuar la RPPJ, este no es su principal objetivo, pues tiene el deber de promover una verdadera cultura ética empresarial.

En este sentido, este capítulo analiza el *compliance* y su implementación, la norma UNE 19601 como marco referencial para la implementación de un eficaz sistema de gestión penal, con la finalidad de contribuir al vacío legal que existe en el Ecuador y que ha sido manifestado en el capítulo anterior, sobre *compliance*, y contribuir a optimizar la cultura organizativa de prevención y detección de conductas delictivas en el seno de las personas jurídicas y servir de guía para operadores de justicia y profesionales del derecho.

## 1. *Compliance*

La palabra *compliance* de forma general se traduce como cumplimiento y dependiendo del contexto, también puede referirse a la obediencia de una norma, seguimiento de una instrucción o acatamiento de un principio.<sup>166</sup>

Según el entorno en el que se desarrollan diferentes actividades, la palabra *compliance* puede conjugarse por la característica de su labor; así por ejemplo, cuando hablamos del *corporate compliance* o cumplimiento empresarial podemos analizar el acatamiento de las leyes que corresponde al desempeño de actividades propias del giro del negocio, así como los principios y estatutos internos, cumplimiento normativo externo, respectivamente.<sup>167</sup>

De la redacción tenemos, que este tipo de *compliance* realiza un seguimiento de todas las áreas de la empresa y su normativa interna, a partir de la necesidad de elementos de supervisión y control de las tareas correspondientes a la organización, por lo tanto la palabra *compliance* deberá ser referida como la estructura de planeación y control que legisla a la persona jurídica.

Del cumplimiento a la legalidad penal se deriva el término *criminal compliance* como un deber de acatar la legislación penal aplicable a las actividades empresariales y que sirve en última instancia como un elemento preventivo y protector de riesgos corporativos.

Ahora bien, previo a la implementación de un programa de cumplimiento en el área que nos ocupa -penal-, se debe tener presente el fin último de la empresa, sus metas y objetivo concretos. Para esto recurrimos a la planeación estratégica con la que se clarifican las razones por las que la persona jurídica existe, se establece el desglose de las metas y se proyecta a los objetivos trazados.

De esta planeación se derivan instrumentos organizacionales y ejecutivos que el *compliance* se encarga de revisar, considerando que durante las actividades corporativas podrán generarse desviaciones de dicha planeación o del *compliance* interno, para lo cual las áreas encargadas de supervisión evaluarán tales tareas y en conjunto con la dirección

---

<sup>166</sup> Alonso Miguel Ontiveros, *GPS compliance: Guía profesional* (México, 2020), 15.

<sup>167</sup> *Ibid.*

del órgano deberán implementar correcciones o un ajuste a la planeación estratégica inicial.

Si bien en el presente trabajo nos remitimos únicamente al ámbito penal, se debe tener en cuenta y optimizar la puesta en marcha del programa de cumplimiento, abarcando no sólo la normativa penal, sino a otros ámbitos, como los internos de una empresa, desde sus normas de funcionamiento. Pues un verdadero control de riesgos contempla mecanismos de control de cualquier incumplimiento normativo del que no solo se deriven penas, y también de aquellos que lleven a sanciones administrativas.<sup>168</sup>

En el apartado siguiente intentaremos organizar de una forma práctica y comprensible el procedimiento que la persona jurídica debe seguir para la implementación y puesta en marcha de un *compliance program penal*. Por tratarse de una norma que debe cumplirse si se pretende atenuar la pena de la empresa, se tendrá como fuente los artículos 45 y 49 del COIP; así también se seguirá el artículo 31 bis del Código penal español, considerando que el futuro nuestra legislación puede contar con circunstancias eximentes para esta responsabilidad penal.

## **2. Consideraciones para la implementación de un programa de cumplimiento penal**

En este apartado se desarrollan los elementos que se consideran para la implementación de un programa de cumplimiento, partiendo de la decisión de la empresa para su adopción; realizar un análisis de la organización; elaborar un mapa de riesgos y concluir en la redacción del *compliance*. En dicha elaboración, será de gran importancia el estándar UNE 19601, sobre *compliance* penal normalizado.

En esta normativa encontramos “los requisitos y directrices para adoptar, implementar, mantener, y mejorar políticas de *compliance* penal” y demás elementos que integran estos sistemas de gestión.<sup>169</sup>

La norma UNE 19601 es el resultado de los aportes de la ISO 19.600 e ISO 37.001, con la adaptación a la normativa penal española sobre responsabilidad penal de la persona

---

<sup>168</sup> Una organización están en la libertad de adoptar un programa de cumplimiento en el área que desee prevenir o mejorar; sin embargo, el *compliance* penal debe ser específico a dicha materia, en la que se identifiquen riesgos y delitos de la naturaleza de la empresa, pues sino lo hace en este sentido, excedería del ámbito del *compliance* program penal y adolecería de la necesaria función preventiva Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España*, 266.

<sup>169</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado* (El estándar UNE 19601), 2017 Apartado 1.

jurídica, sus circunstancias atenuantes y eximentes. Dicha adaptación hace que esta normativa siga la estructura de alto nivel de las normas ISO.

Las razones para seguir esta norma son principalmente tres. En primer lugar, sustentar el trabajo en las normas ISO permite realizarlo con una base conocida y reconocida, sobre sistemas de gestión que ha dado importantes resultados en eficacia y eficiencia; por otro lado, permite que las personas jurídicas que cuenten con un sistema de gestión con base en una norma ISO, les resulte fácil adaptar su sistema, al contenido de la norma UNE 19.601; y, por último, la estructura de alto nivel le hace certificable y auditable, lo que añade un plus de objetividad e independencia.<sup>170</sup>

### **2.1. La decisión en la persona jurídica de implementación de un programa de cumplimiento**

El primer paso en todo *compliance* está definido en la decisión consciente, deliberada y concreta que debe tomar la persona jurídica para la implementación de dicho programa de cumplimiento. Se puede decir que la eficacia frente a responsabilidades penales, difícilmente puede ser alcanzada en un *compliance* sin convencimiento pleno de la empresa.

En la interpretación del artículo 31 bis 2, del Código Penal español, se puede considerar que los jueces no otorguen circunstancias atenuantes o eximentes únicamente con el cumplimiento formal de la existencia de un modelo de organización, pues iría en contra del espíritu de la norma y su exigencia en la eficacia y adecuación que busca el compromiso de las personas jurídicas frente a la cultura de cumplimiento. En idéntico sentido, en nuestra legislación no cabrían circunstancias atenuantes.<sup>171</sup>

Es necesario que el máximo órgano de representación en la empresa tenga conciencia de la importancia de la gestión de riesgos de incumplimiento y, asuma con liderazgo la implementación de estos sistemas de gestión, descartando modelos obtenidos de una copia que cuestionen la verdadera eficacia. Por ello, los programas de cumplimiento deben estar perfectamente adaptados a la empresa y al riesgo concreto.

---

<sup>170</sup> Gómez Jara-Díez, *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 43–45.

<sup>171</sup> España, Código Penal español Artículo 31 bis, 2, condición primera, para eximir la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito es cometido por los directivos, es necesario la decisión del órgano de administración para implementar antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión [...] Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, artículo 45, nos detalla que se haya implementado antes de la comisión del delito programas de cumplimiento [...].

Por su parte, el estándar UNE 19601, sobre *compliance* penal normalizado establece de forma puntualizada que la persona jurídica y su dirección deben mostrar liderazgo y compromiso con el sistema de gestión, enumerando las acciones que el órgano rector debe realizar para concretar este objetivo y especificar el rol de responsabilidad que los órgano de gobierno y sus representantes deben asumir en cuanto al *compliance*.

La norma UNE 19601 considera que, para que exista cultura de cumplimiento debe exigirse al órgano de gobierno y dirección, liderazgo y compromiso visible, que perdure en el tiempo y establezca parámetros de actuación para representantes y trabajadores de la persona jurídica. La citada norma, en su apartado 5, considera como deberes del órgano de gobierno, los siguientes.

1. Establecer y defender que las actuaciones de la organización estén conforme al ordenamiento jurídico y a la naturaleza penal, promoviendo una cultura de *compliance* en el interior de la empresa.
2. Adoptar, implementar, mantener y mejorar en forma continua el sistema de gestión para prevenir, detectar o reducir el riesgo del cometimiento de un delito.
3. Que el órgano de *compliance penal* cuente con recursos financieros, materiales y humanos adecuados y suficientes para su ejecución.
4. Aprobar la política de *compliance* de la organización.
5. Examinación periódica del sistema de *compliance* y de ser preciso una modificación ante el incumplimiento o cambios en la estructura de control o la actividad de la empresa.
6. Establecer un órgano de *compliance* penal con poderes autónomos de iniciativa y control; y,
7. Asegurar que los procedimientos relativos a la formación de la voluntad de la empresa, provengan de una cultura de *compliance* que garantice estándares éticos de comportamiento.<sup>172</sup>

Por tanto, el primer paso está determinado por la decisión del órgano de administración, sobre la implementación de un sistema de gestión de *compliance*, no solo pretendiendo posibles exenciones o atenuaciones, sino la implementación de una administración íntegra de la persona jurídica y de su gestión de riesgos sobre incumplimientos, como una herramienta imprescindible en los objetivos empresariales.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado*, Apartado 5.1.1.

<sup>173</sup> Sobre los órganos de administración y directivos, se debe contar con altos estándares éticos de contratación, promoción y nombramiento Miguel Ángel Sánchez Martín, *Responsabilidad penal de las*

El órgano de administración debe delimitar el alcance inicial que el programa de cumplimiento va a tener, pudiendo fijar el ámbito de prevención a la responsabilidad penal o comprender otros sectores de cumplimiento normativo, para lo cual requiere un trabajo conjunto con el órgano de cumplimiento penal.

## 2.2. Examen previo de la organización

Una vez que se haya tomado la decisión de implantar en la empresa un programa de cumplimiento penal, corresponde realizar un análisis de toda la organización de la persona jurídica, con el fin de detectar aquellos procesos y eventos en los que pueden presentarse o advertirse la existencia de riesgos, lo que nos da como resultado una eficaz gestión del riesgo.

El análisis de todo lo establecido en una empresa será el siguiente paso para la implantación de un sistema de gestión, pues permitirá la evasión de interferencias y duplicidades que menoscaben la eficacia a la gestión, así como también podrá detectar oportunamente el apareamiento de riesgos que puedan darse en el interior de la persona jurídica. Si por el contrario, no se cuenta con uno de estos sistemas, es la hora de documentar lo que hace la empresa; esto es, cada una de sus acciones para fabricar o prestar un servicio.

Como punto de referencia podemos rescatar lo que se haya establecido sobre riesgos laborales, blanqueo de capitales y demás normas afines que la empresa haya podido implementar. Este análisis nos ayuda a identificar posibles fuentes de riesgo, así también, tenerlo presente en el diseño del programa de cumplimiento optimizando procesos que en varios casos pueden ser semejantes.

Para estructurar a la persona jurídica nos ayudamos de organigramas generales y funcionales; los primeros abarcan desde el nivel de dirección general hasta el nivel de jefatura del departamento; y, los segundos muestran las tareas encomendadas al responsable de cada puesto de trabajo.<sup>174</sup>

La norma UNE 19601 nos dice que debe existir una comprensión de la organización en su contexto, para determinar los factores externos e internos de relevancia

---

*personas jurídicas: Plan de prevención de riesgos penales y código ético de conducta* (Pamplona: Aranzadi, S.A.U, 2017), 417.

<sup>174</sup> Ibid., 445.

a sus propósitos y alcanzar sus objetivos de *compliance* penal. Estos factores se resumen en los siguientes:

1. Tamaño y estructura de la organización.
2. Los sectores en que opera o prevé operar la organización.
3. Naturaleza, escala y complejidad de las actividades de la organización y sus operaciones.
4. Entidades sobre las que ejerce control.
5. Miembros de la organización y socios del negocio.
6. Relaciones con funcionarios públicos; y,
7. Las obligaciones y compromisos legales, contractuales o profesionales.<sup>175</sup>

El proceso de estructura organizativa y delegaciones de sus responsabilidades debe estar realizado de forma detallada, para ello la norma UNE 19601, establece parámetros para detectar quiénes son las partes interesadas<sup>176</sup> por su relevancia y efectos en su política de *compliance* penal, como en el resto de sistemas de gestión y los requisitos considerados en la relación entre dichas partes.

Por tanto, deberá analizarse la estructura organizativa, las delegaciones de facultades y los sistemas de supervisión en la empresa para diseñar un eficaz sistema de gestión de riesgos penales.

La detección de riesgos deberá efectuarse desde una auditoria interna por parte del oficial de cumplimiento o por quien ejerza estas funciones, quien de forma activa y permanente analizará las consecuencias de la gestión de riesgo que deriven de los cambios en la estructura de la organización.<sup>177</sup>

La identificación de las actividades externas e internas en que se desenvuelve la empresa, es un requisito que va a la par con lo requerido en la normativa vigente para la exigencia de la RPPJ.<sup>178</sup> En las personas jurídicas, toda acción que se pretende realizar o se realiza, es susceptible de presentar un grado de riesgo.

---

<sup>175</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado* Apartado 4-4.1. Sobre el factor número cuatro hacemos notar que una empresa ejerce control sobre otra cuando de forma directa o indirecta controla su gestión.

<sup>176</sup> Ibid. Apartado 3.23. Se "define como la persona u organización que puede afectar, verse afectada o percibirse como afectada por una decisión o actividad de la organización". Se aplica el concepto a los términos "stakeholder o interesado party, de uso frecuente en textos internacionales".

<sup>177</sup> Rafael Carrau Criado, *Compliance para pymes* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 18.

<sup>178</sup> España, *Código Penal español*, art. 31 bis, 5. "La identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos". En idéntico sentido Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 49, num. 1.

Un *compliance* no puede permitirse perder la perspectiva que ofrece el presente mapa de actividades. En este sentido, la norma UNE 19601 planea la necesidad de identificar los riesgos penales; y, en la planificación de su sistema de *compliance* la organización debe considerar lo detallado sobre el examen previo de la organización y lo descrito en cuanto a las partes interesadas identificando los riesgos penales y oportunidades que es necesario abordar, con el fin de:

1. Asegurar que el sistema de *compliance* pueda garantizar los objetivos del *compliance* penal, garantizando la inclusión de las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión.
2. Prevenir o reducir efectos no deseados; y,
3. Mejorar de forma continua.

Además, la organización debe determinar la manera de:

1. Implementar dentro de las actividades procedimientos propios del sistema de gestión de *compliance*.
2. Evaluar la eficacia de dichas acciones; y,
3. Generar evidencias de cumplimiento de forma inalterable e íntegra para una posible presentación en próximos procesos penales.<sup>179</sup>

Aquí hablamos de actividades externas e internas como un método para diseñar el mapa de actividades, sobre el que se identificaran los riesgos. Son actividades externas los *inputs* que recibe las personas jurídicas y los *outputs* que transmite, incluyendo los procesos de fabricación, transporte, venta, entre otros. Son actividades internas aquellas intrínsecas a la empresa, tales como: seguridad en el trabajo, obligaciones administrativas, tributarias, entre otras.<sup>180</sup>

Para concluir, el diseño del mapa de actividades corresponde al paso previo a la elaboración del mapa de riesgos, pues aquí se pueden detectar los riesgos derivados de las acciones que realice la organización.

---

<sup>179</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado* Apartado 6 a 6.1. Planificación, acciones para abordar riesgos y oportunidades.

<sup>180</sup> Carrau Criado, *Compliance para pymes*, 19.

### 2.3 Elaboración del mapa de riesgos

Para que un programa de cumplimiento sea considerado eficaz, se debe elaborar un mapa de riesgos.<sup>181</sup> Si en la elaboración la empresa no enuncia algún delito que con posterioridad se comete, vemos difícil que por bueno que sea el *compliance*, se pueda pretender eximir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica, por no existir un sistema de prevención para dicho ilícito. En otras palabras, las medidas de vigilancia y control idóneas con que cuenten los programas de cumplimiento para prevenir delitos, se refiere al caso del delito enjuiciado.

El mapa de riesgos está formado por la relación de los delitos que resultan imputables a la empresa –mapa de riesgos penal– o por la relación de las infracciones que se pueden cometer en cada una de las actividades de la empresa –*compliance* general–.

Del mapa de actividades se deben identificar los riesgos concretos de ocurrencia en una empresa, determinando los sujetos intervinientes y los actos afectados por el riesgo. Hay que mencionar además, que cada riesgo debe ser evaluado y medido por su frecuencia e intensidad, estos es, la cantidad de ocasiones en que puede producirse y la gravedad de las consecuencias de su apareamiento.

Sobre este tema la UNE 19601 establece que el mapa de riesgos deberá determinar la identificación, análisis y valoración de riesgos penales:

1. Considerando la organización y su naturaleza del giro del negocio, se identificarán los riesgos penales para anticipar su cometimiento.
2. Analizar riesgos penales identificados, y;
3. Valorar los riesgos penales identificados.<sup>182</sup>

En palabras de Carlos Gómez-Jara Díez, se define como la gestión de riesgos (*risk management*) en la cual tras la evaluación del riesgo (*risk assessment*) se realiza el tratamiento del riesgo (*risk treatment*) para alcanzar el objetivo de reducción del mismo, dentro del ámbito permitido.<sup>183</sup>

Para concluir, el oficial de cumplimiento debe completar el mapa de riesgos a partir de los incidentes que se produzcan en relación a los riesgos, elaborando una

---

<sup>181</sup> España, Código Penal español artículo 31 bis, numeral 5. En idéntico sentido Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 49, num. 1. Vid. Capítulo segundo, 4.1.

<sup>182</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado* Apartado 6.2.1.

<sup>183</sup> Gómez Jara-Díez, *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 82.

estadística de seguimiento en los que se documente e informe periódicamente a los órganos de administración.

## **2.4. Reglamento de *compliance***

El *compliance* debe constar redactado en un documento por la necesidad de implementar un modelo de organización y gestión de riesgos penales, que requiere definir funciones y responsabilidades para los intervinientes, establecer medidas de prevención de riesgos, instalar un canal de información, regular su formación y normativizar los procedimientos sancionadores.<sup>184</sup> Solo con la normatividad del programa de cumplimiento se concreta el proceso de formación de la voluntad de la personas jurídica.

Es importante que el reglamento del *compliance* se adecúe a las características de la empresa, organigrama, actividades, al modo en que se ejecutan, delegaciones de funciones e incluso a las características de las personas que la integran; por lo que no se puede concebir un modelo copiado de otro ente.

Dicho esto, es conveniente que se analice de forma específica la organización, medidas de prevención y formación como elementos fundamentales en la redacción del *compliance*, así como su sistematización sobre la base de la eficacia del modelo que permite demostrar la función de cumplimiento institucionalizada por la persona jurídica.

### **2.4.1. Organización**

Desde este enfoque se abordarán las responsabilidades de los administradores y la alta dirección, al oficial de cumplimiento, el administrador como responsable de cumplimiento y responsabilidades de los empleados frente al *compliance*.

Del orden indicado, la responsabilidad fundamental de los administradores y la alta dirección es la instauración de una política de cumplimiento; consistente en la declaración pragmática y supervisión de que la persona jurídica desarrolle dicha política, pero sobre todo que los criterios de cumplimiento se encuentren presentes en cualquier decisión asumida por el órgano de administración.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> Carrau Criado, *Compliance para pymes*, 20.

<sup>185</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado*, Apartado 7.1. "El desarrollo de una cultura de compliance exige que el órgano de gobierno y la alta dirección tengan un compromiso visible, consistente y sostenido en el tiempo, con un estándar común de comportamiento requerido en todas y cada una de las áreas de la organización, así como a sus socios". Ibid, Apartado 3.8.

Es por ello que la dirección de la persona jurídica deberá establecer una política de cumplimiento aprobada por los administradores que le permita evaluar de forma permanente su práctica, informar al Consejo sobre su cumplimiento y designar un responsable de cumplimiento. Sin embargo, en organizaciones en las que no exista separación entre el órgano de administración y dirección, es necesario que se establezca de forma permanente la función de revisión y transmisión de los criterios que aseguren una política de cumplimiento.<sup>186</sup>

En una organización donde se cuente con un oficial de cumplimiento, no debe entenderse que el administrador o la alta dirección se deslinde de las obligaciones antes anotadas, pues a pesar de ser un órgano independiente su deber es respaldar a la autoridad del oficial de cumplimiento, transmitiendo la idea de la existencia de una cultura de *compliance* en la persona jurídica y asegurarse de que no se produzcan delitos por la no actualización del programa de cumplimiento.

Una valoración adecuada en la alta dirección y un órgano especializado facilitan medios eficaces de cumplimiento, conforme lo ordena la ley al establecer la necesidad de existencia de un órgano encargado de supervisar la eficacia del programa de cumplimiento.<sup>187</sup> En otras palabras, existe la obligación de nombrar un responsable o responsables de la función del *compliance*.

Si bien puede entenderse que esta función resulta en extremo difícil para las pequeñas empresas, se debe aclarar que las tareas del *compliance officer* se pueden externalizar; sin embargo, debe existir alguien en el interior de la organización que asuma la responsabilidad y tomar las decisiones finales del programa de cumplimiento.

Conforme la Norma UNE, las responsabilidades a las que está sujeto el órgano de *compliance* penal pueden ser resumidas en las siguientes:

1. Impulsar y supervisar continuamente la implementación y eficacia del *compliance penal* en la empresa.
2. Asegurar que se realice apoyo formativo a los miembros de la organización en forma regular.

---

Cultura, son los valores, ética y creencias que existen en una organización y que interactúan con las estructuras para producir normas de comportamiento conducentes a la obtención de objetivos derivados de la aplicación de la norma UNE.

<sup>186</sup> Ibid. Apartado 3.24. La política de *compliance* penal es la voluntad de la organización expresada por su alta dirección o su órgano de gobierno en relación con sus objetivos del *compliance* penal.

<sup>187</sup> España, *Código Penal español*, art. 31 bis 2, condición 2. Vid. Capítulo segundo, 1.2. Sobre el presente, el COIP, art. 49, num. 3, habla de una supervisión y monitoreo continuo, sin embargo nada dice que sea un órgano autónomo, lo que puede presentar conflicto de intereses y restar eficacia a los programas de cumplimiento.

3. Inclusión de las responsabilidades del *compliance penal* en las labores y procesos de gestión de desempeño de trabajadores y representantes.
4. Implementación de un sistema de información y documentación de *compliance penal*.
5. Implementar canales de información, como reclamaciones y comentarios en línea directa –canal de denuncias-.
6. Establecer indicadores que permitan cuantificar el desempeño del *compliance penal* en la organización.
7. Implementación de acciones correctivas a partir de un análisis de desempeño e identificación de necesidades.
8. Identificar y gestionar los riesgos penales, incluyendo a los socios del negocio.
9. Revisión periódica planificada del sistema de gestión.
10. Asegurar que se proporcione a los empleados recursos de *compliance*.
11. Información al órgano de gobierno, sobre resultados provenientes de la aplicación del *compliance penal*.<sup>188</sup>

Siguiendo los requisitos del estándar UNE 19601 para que el órgano de cumplimiento goce de poderes autónomos de iniciativa y control, debe apegarse a las funciones asignadas por la alta dirección o el órgano de gobierno, resumidas en las siguientes:

- a. En la asignación de responsabilidades se debe asegurar que el órgano de *compliance penal* no tiene conflicto de intereses y, ha demostrado integridad, compromiso, comunicación eficaz, capacidad de influencia, prestigio aceptación y competencia necesaria.
- b. Como máximo garante de la supervisión, vigilancia y control de las obligaciones del *compliance* en la persona jurídica –internas y/o externas- deberá disponer de recursos suficientes y personal competente.
- c. Deberá tener acceso directo e inmediato al órgano de gobierno en casos relacionados con hechos o conductas sospechosas o asuntos relacionados a los objetivos del programa de cumplimiento; y,
- d. Ocupará una posición en la empresa que le faculte y acredite plena colaboración de los órganos que la integran.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado*, Apartado 5.1.2.

<sup>189</sup> *Ibid.*, Apartado 5.1.2, lits. b) al c).

Ante la imposibilidad de que la persona jurídica pueda asignar las funciones de supervisión a un órgano de cumplimiento, por las limitaciones en su tamaño, dimensión y recursos; estas pueden ser asumidas por el propio órgano de administración.<sup>190</sup>

Los deberes de supervisión, vigilancia y control no están adscritos únicamente para el oficial de cumplimiento, los administradores y la alta dirección, toda vez que una completa implementación de cultura de cumplimiento debe alcanzar a todo el personal que conforma la persona jurídica; pues las infracciones pueden provenir de cualquier persona.

Para una mejora de la ejecución de un programa de cumplimiento se deben considerar dos enfoques, en primer lugar que todo el personal de la empresa debe estar informado de sus obligaciones de cumplimiento y, que la redacción de normas de cumplimiento que permitan acreditar que ante el cometimiento de un delito, ha sido posible por la inobservancia de la normativa interna de la organización.<sup>191</sup>

Es poco probable considerar que todo el personal de la organización deba tener formación en materia de cumplimiento normativo, sin embargo se puede afirmar que cada miembro debe tener información y conocimiento de sus obligaciones, para ello la norma UNE 19601, sin realizar una distinción de rango, categoría o funciones, establece la diligencia debida que deben tener todos los miembros de la organización para implementar y mantener actualizados los procedimientos de una cultura de cumplimiento, resumidos en los siguientes:

1. Se entregará o facilitará el acceso a todos los miembros de la organización, una copia de la política de *compliance* penal.
2. Acceso a todos los miembros de la organización a la política de *compliance* vigente.
3. Todos los miembros de la organización cumplirán con la política de *compliance* penal.
4. Ante el incumplimiento de los requisitos derivados de la política de *compliance* penal, se adoptarán acciones disciplinarias proporcionales contra los miembros de la organización.
5. No habrán represalias contra miembros de la organización que se nieguen a participar o rechacen actividades que puedan considerarse de riesgo, siempre

---

<sup>190</sup> España, Código penal español, art. 31 bis, num. 3. Vid. Capítulo segundo, 1.5.

<sup>191</sup> Carrau Criado, *Compliance para pymes*, 36.

que lo hayan comunicado por la vía oportuna y, reportar de buena fe a través de los canales establecidos.<sup>192</sup>

Para concluir, la ponderación adecuada de necesidades de formación e información de los parámetros analizados, permitirá un importante reconocimiento sobre una eficaz implementación de la función de cumplimiento en las personas jurídicas.

#### **2.4.2. Medidas de prevención**

Frente a las adaptaciones de la persona jurídica por su naturaleza y tamaño, resulta útil acudir a procedimientos de control interno que perfeccionen la eficacia del programa de cumplimiento, que reduzcan y prevengan los riesgos a los que puede estar sujeta por su actividad.

Consideramos que el análisis periódico del riesgo, canal de denuncias o comunicación, detección y examen especial de eventos de riesgos y el *outsourcing*, son elementos fundamentales que complementan las medidas de prevención.

Una adecuada gestión del riesgo obliga que la persona jurídica, en forma periódica realice un análisis de los riesgos a los que ha estado expuesta, con relación a su mapa de riesgos; así como también un análisis de nuevos riesgos no contemplados por el oficial de cumplimiento, quien deberá realizar informes de gestión dirigidos al órgano de administración, para actualizar mapas y manuales.<sup>193</sup>

Así las cosas, la UNE 19601 desarrolla este elemento, al determinar que la organización está en el deber de analizar riesgos penales, considerando las causas, fuentes de incumplimiento, la gravedad de sus consecuencias y las probabilidades de ocurrencia de incumplimientos del *compliance* penal y sus consecuencias.<sup>194</sup>

El análisis de riesgo debe documentar de forma previa cada actividad nueva de la organización, como por citar algunos, el lanzamiento de un nuevo producto, implementación de nuevos servicios, aumento de canales de distribución o el uso de nuevas tecnologías, con la finalidad de cumplir la normativa de prevención de actividades ilícitas.

---

<sup>192</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado*, Apartado 7.3.2.1.

<sup>193</sup> Carrau Criado, *Compliance para pymes*, 37.

<sup>194</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado*, Apartado 6.2.2.

Este trabajo será medido por la frecuencia del riesgo y la intensidad de las consecuencias. Adicionalmente, el estándar UNE 19601, considerara que para una revisión adecuada de riesgos penales se deberá:

1. De forma regular, según los cambios y nueva información considerar la frecuencia definida por la organización.
2. Revisar cambios significativos en la estructura o actividades de la organización.
3. Evaluación de incumplimiento del *compliance* penal; y
4. En caso de nueva legislación que produzca cambios relevantes.<sup>195</sup>

Para que estos riesgos puedan llegar a conocimiento, para su posterior atención, es necesario que se garantice un canal de denuncias o de comunicación<sup>196</sup> en el que se permita que el personal que interviene en la empresa, informen al oficial de cumplimiento, de posibles irregulares, sin que traiga para ellos, represalias.

Este requisito es denominado como los sistemas de *Whistleblowing*, que en términos generales deben responder a una investigación de los hechos afirmados en una denuncia, con el deber de adoptar medidas pertinentes.<sup>197</sup>

Así mismo, el estándar UNE 19601 considera que la organización debe implementar procedimientos adecuados relativos a:

1. La creación de canales de comunicación para los miembros de la organización y sus terceros que de buena fe comuniquen circunstancias que puedan significar un riesgo penal o incumplimientos al *compliance* penal.
2. Garantizar la confidencialidad de anonimato de las personas que usen dichos canales.
3. Permitir la realización de denuncias anónimas o confidenciales.
4. La prohibición de represalias en contra de quienes hagan uso de los mecanismos analizados.
5. Asesoramiento para personas que presenten inquietudes relacionadas a los canales de comunicación.
6. Garantizar que los miembros de la organización conocen canales y procedimientos de comunicación y funcionamiento; y,

---

<sup>195</sup> Ibid. Apartado 6.2.4.

<sup>196</sup> España, Código Penal español artículo 31 bis 2, numeral 5. En la misma forma, Ecuador, Código orgánico integral penal, artículo 49, numerales 5 y 9. Vid. Capítulo 2, apartado 2.3.4.

<sup>197</sup> Gómez Jara-Díez, *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 99-100.

7. Fomentar el uso de los canales de comunicación entre todos los miembros de la organización.<sup>198</sup>

En el proceso de formulación de denuncias realizados en los canales de comunicación, la labor del oficial de cumplimiento no debe limitarse únicamente a la recepción de las mismas; considerando que al tener acceso a todos los sistemas de documentación de la persona jurídica, debe instaurar tareas sistemáticas relativas a la revisión periódica de los procesos y labores que realiza la organización.

Por ello, la detección de eventos de riesgos aporta al sistema de *compliance* penal, desde la proactividad del oficial de cumplimiento, la prevención de delitos y otras infracciones normativas que podría considerarse como circunstancias atenuantes o eximentes frente a la RPPJ. Este proceso deberá ser sometido a un estudio especial desde tres perspectivas:

1. Determinar si el evento es constitutivo de una infracción de cumplimiento normativo o de un delito.
2. Se deberá investigar cómo se produce en la empresa el riesgo, con el deber de mejorar las medidas de prevención; y,
3. Plantear medidas inmediatas: denuncia ante el sistema judicial, medidas disciplinarias en la empresa, medidas preventivas para atenuar las consecuencias o daños provocados por el delito.<sup>199</sup>

En este sentido, la UNE 19601 define al examen como un proceso de investigación de incumplimientos e irregularidades que debe asegurar:

1. Asegurar la investigación de todas las denuncias recibidas.
2. Adopción de medidas adecuadas y proporcionales.
3. Garantizar la disposición de recursos para las investigaciones pertinentes en todas las áreas de la organización.
4. El órgano de *compliance* penal deberá estar informado del estado y resultado de cada investigación; y,
5. Garantizar los derechos del denunciante y denunciado.<sup>200</sup>

Precisamente, debido a la complejidad y la responsabilidad de las labores de supervisión, vigilancia y control, estas pueden ser externalizadas desde el oficial de cumplimiento, como persona interna de la organización, a un proveedor externo de la

---

<sup>198</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado* Apartado 8.7.

<sup>199</sup> Carrau Criado, *Compliance para pymes*, 39.

<sup>200</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado* Apartado 8.8.

empresa para su ejecución o apoyo, lo que se conoce como *outsourcing*.<sup>201</sup> Esta delegación permitirá que la persona jurídica, sin importar su tamaño y naturaleza, sistematice los servicios de *compliance* y la implementación del mismo, siempre y cuando el oficial de cumplimiento supervise el desarrollo y ejecución de las tareas delegadas.

### 2.4.3. Formación

Como un elemento que garantice la calidad y eficacia del programa de cumplimiento, la persona jurídica debe promover su formación interna.<sup>202</sup> En este sentido la UNE 19601 propone que, la organización debe fomentar que todos sus miembros se concienticen y formen, adecuada, eficaz y proporcionalmente respecto de los riesgos penales, con la finalidad de evitarlos, detectarlos o saberlos gestionar, conforme el sistema de gestión. La formación deberá considerar las siguientes materias:

1. Política de *compliance* penal, sistema de gestión de *compliance* penal y los procedimientos asociados para cumplir sus requisitos.
2. El riesgo penal y el perjuicio que puede ocasionar en el personal y la organización, en el evento de su realización.
3. Circunstancias en las cuales el desempeño del trabajo puede ocasionar riesgo penal y como reconocerlo.
4. Cómo prevenir y detectar riesgos penales evitando su ejecución y reconociendo factores de riesgos.
5. Su contribución a la eficacia del sistema de gestión del *compliance* penal, en el que deberá incluir los beneficios derivados de una mejora y el reporte de posibles delitos e inconformidades.
6. Las implicaciones y consecuencias por las inconformidades provenientes de los requisitos de la política de *compliance* penal y su sistema de gestión; y,
7. Cómo y a quién reportar dudas y preocupaciones en materia de riesgo penal, utilizando los canales de comunicación.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> Carrau Criado, *Compliance para pymes*, 41.

<sup>202</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 45, num. 7. “Programas de capacitación al personal”.

<sup>203</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado*, Apartado 7.4.

#### 2.4.4. Gestión de las contingencias y los incumplimientos

Al momento que se detecte en el interior de la persona jurídica incumplimientos normativos, es la fase precisa para determinar si el programa de cumplimiento está debidamente preparado y diseñado. Si el incumplimiento proviene de un empleado puede considerarse una actividad fácil de corregir, en sentido contrario será si el delito proviene de los directivos o la alta dirección de la empresa; situando al oficial de cumplimiento ante un posible conflicto, la lealtad al superior y la lealtad a sus funciones. Es la prueba real de la eficacia de un sistema.<sup>204</sup>

Para analizar de forma completa la gestión de contingencia frente a un riesgo cometido, se realizará un estudio desde la detección, documentación y el sistema sancionador.

En referencia a las tareas asignadas al oficial de cumplimiento, conforme lo analizado en temas anteriores sobre la detección de eventos de riesgo, corresponde ahora el estudio desde el cometimiento de infracciones penales, considerando que no puede garantizarse desde el programa de cumplimiento, el no cometimiento de las mismas.

Si bien se debe considerar la presunción de inocencia de la persona jurídica en un proceso judicial, este deberá sustentarse en la labor diligente del oficial de cumplimiento, quien no debe limitarse a recibir información a través del canal de denuncias, sino un trabajo diario de investigación en relación con los riesgos determinados en el mapa de riesgos.<sup>205</sup> Al momento de ocurrencia de un delito se deben tomar las medidas para mitigar los efectos del daño y llevarlo a conocimiento de las autoridades respectivas.

Como una responsabilidad de la diligencia debida del órgano de cumplimiento, es la documentación de toda la labor de prevención que se realiza, que en su momento pueda utilizarse como información probatoria, en caso de estar debidamente realizada, en sentido contrario, si la documentación está mal administrada será una prueba en contra de la organización.

Por lo tanto, es importante que el proceso de documentación se realice con profesionalidad y asesoramiento en análisis de riesgos, procesos internos y medidas adoptadas por las denuncias, que permitan aprovechar la experiencia en mejora de gestión

---

<sup>204</sup> Carrau Criado, *Compliance para pymes*, 42, España, *Código Penal*, art. 31 bis 2, condición segunda. Cuando el delito sea cometido por los directivos, para pretender eximir la RPPJ, el órgano encargado de la supervisión y vigilancia del compliance debe contar con poderes autónomos.

<sup>205</sup> *Ibid.*, 44.

y que economice y reduzca consecuencias negativas en contingencias internas. Para ello el estándar UNE 19601, detalla mecanismos para la protección y control de la información:

1. Distribución acceso, recuperación y uso.
2. Almacenamiento y preservación incluida la preservación de la legibilidad.
3. Control de cambios; y,
4. Conservación y disposición final.<sup>206</sup>

Para concluir el presente apartado, una vez detectado el incumplimiento, documentado el riesgo y demás actividades, es necesario el establecimiento de un sistema sancionador por la inaplicación del sistema de prevención.<sup>207</sup> En otras palabras, no se castiga el delito o la infracción de la norma, sino el incumplimiento de las directrices de prevención de delitos u omisión de denuncias dadas por el *compliance program*.<sup>208</sup>

## 2.5. Mejora continua

La experiencia organizativa de la persona jurídica, las resoluciones judiciales, los cambios normativos y los avances tecnológicos son factores que puede modificar el diseño inicial del programa de cumplimiento. Por ello la norma UNE 19601, determina como deber para la organización, la mejora de forma continua, la sostenibilidad, adecuación y eficacia del sistema de *compliance* penal.<sup>209</sup>

El oficial de cumplimiento debe vigilar cualquier cambio que pueda modificar el mapa de actividades o mapa de riesgos, desarrollando cambios oportunos en el sistema para implementarlos de forma inmediata, sustentándose en los informes, actualización y auditoría del *compliance*.

La norma UNE 19601, para los programas de cumplimiento, exige que el órgano de gobierno, la alta dirección y el órgano de *compliance* penal, estén informados sobre el desempeño del sistema de gestión y su mejora continua, incluyendo las no conformidades relevantes y promuevan una cultura de información completa y transparente. Para ello debe asegurarse que:

---

<sup>206</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado*, Apartado 7.6.3, lit. b].

<sup>207</sup> Carrau Criado, *Compliance para pymes*, 45.

<sup>208</sup> España, Código penal español, art. 31 bis, num. 5. En la misma línea, Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 45, num. 10.

<sup>209</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado*, Apartado 10.2.

1. Se fijen criterios adecuados y obligaciones de información.
2. La presentación de informes periódicos.
3. La adopción de acciones preventivas, correctivas y remediadoras con información exacta y completa de las funciones y áreas de la organización.
4. Decisión sobre el formato, contenido y periodicidad de los informes internos de *compliance* penal, adecuados a las circunstancias de la organización; y,
5. Todas las no conformidades relevantes deben ser informadas de forma adecuada.<sup>210</sup>

Para que los informes sean la acreditación de que existe un sistema de análisis de cumplimiento y no solo la aplicación de requisitos normativos, deben incluir:

1. Todas la materias relacionadas con riesgos penales en la que la empresa haya sido requerida por cualquier autoridad –administrativa y/o judicial–.
2. Cambios en las obligaciones del *compliance* penal, el impacto en la empresa y las propuestas para cumplir las nuevas obligaciones.
3. Mediciones de desempeño del *compliance* penal, en las que incluyen las no conformidades y la mejora continua.
4. Número y detalle de las posibles no conformidades y sus análisis.
5. Acciones correctivas adoptadas.
6. Información sobre la eficacia, logros y tendencias del sistema de gestión de *compliance* penal.
7. Contactos y desarrollo de las relaciones con los reguladores; y,
8. Resultados de las auditorías y de las actividades de seguimiento.<sup>211</sup>

Un efectivo y eficaz desarrollo de programa de cumplimiento, dependerá de la actualización permanente en función de las incidencias que se puedan producir y del análisis que realizan los órganos de administración en ejercicio de su potestad de supervisión, conjuntamente con el oficial de cumplimiento.<sup>212</sup>

La actualización como un proceso de mejora continua, es una herramienta de gestión que asegura la prevención de riesgos normativos, fortalece la reputación de la empresa, evita circunstancias de peligro y optimiza recursos económicos. Como ya se

---

<sup>210</sup> Ibid., Apartado 9.1.7.

<sup>211</sup> Ibid., Apartado 9.1.8.

<sup>212</sup> Carrau Criado, *Compliance para pymes*, 48.

advirtió en otros apartados, la verificación y actualización periódica del modelo de gestión, constituye la herramienta fundamental de la eficacia del propio sistema.<sup>213</sup>

Finalmente, el *compliance* no puede estar aislado de los trabajos de auditoria. En relación a ello, el estándar UNE 19601 determina que la organización lleve a cabo auditorias en intervalos planificados para proporcionar información acerca de si el sistema de gestión de *compliance* penal es conforme con los requisitos establecidos por la empresa a través de su política de *compliance* penal y su implementación y mantenimiento eficaz.<sup>214</sup>

Las auditorias deben ser realizadas en forma razonable y proporcional desde el riesgo analizado siguiendo los procesos internos de revisión y procedimientos destinados a detectar indicios de:

1. Materialización de riesgos penales.
2. No conformidades relacionadas a la política y al sistema de gestión de *compliance* penal.
3. Fallos en los cumplimientos de los requisitos del *compliance* penal susceptibles de ser riesgos penales por conductas desarrolladas por los miembros de la organización o socios del negocio; y,
4. Debilidades o posibilidades de mejora en la política o sistema de gestión de *compliance* penal.<sup>215</sup>

Para que los programas de auditoria sean objetivos e imparciales, la persona jurídica debe asegurar que se lleven a cabo por:

1. Una función independiente o persona específica designada para realizar el proceso.
2. El órgano de *compliance* penal, excepto si la auditoria incluye procedimientos en los que haya ejercido directa actuación.
3. Una persona apropiada de un departamento distinto del que está siendo auditado.
4. Una tercera persona; o, un grupo que comprenda cualquiera de los definidos en los numerales anteriores.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Gómez Jara-Díez, *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 112.

<sup>214</sup> Asociación Española de Normalización, *Compliance penal normalizado*, Apartado 9.2.

<sup>215</sup> *Ibid.*, Apartado 9.2, nums. 1-4.

<sup>216</sup> *Ibid.*, Apartado 9.2.

En definitiva, la verificación periódica del programa de cumplimiento se encuentra directamente vinculada con la evaluación continua del riesgo que afecta la organización; y, la verificación periódica mantiene estrecha relación con las auditorías de *compliance* destinadas a verificar la eficacia del modelo.

### 3. Críticas al *compliance*

El *compliance* se presenta como una forma de autorregulación para privatizar las funciones de prevención de irregularidades en el interior de la empresa; es por ello que en contextos generales podemos concluir que estos mecanismos de control, son buenos estándares de mitigación de riesgos. Sin embargo, nace la interrogante de ¿quién decide cuándo hubo o no un evento que demande la notificación a las autoridades?

Este problema no solo selecciona si el delito debe ser de conocimiento para las autoridades, además, qué información se facilita a la administración de justicia, considerando que quien investiga siempre tiene mayores probabilidades de construir una realidad a conveniencia.<sup>217</sup>

Adicional a lo expuesto, por mucho que se exijan niveles de independencia entre el departamento de *compliance* y la administración de la empresa, el oficial de cumplimiento es un funcionario interno o subordinado del ente, que puede ser objeto de presión psicológica y despido, en caso de actuar en contra de su empleador.

Para concluir, se debe anotar que el sistema empresarial y el sistema de control del Estado, no siempre mantendrán objetivos similares. Por ello que, mientras la empresa busque la atenuación o exención de una pena, la administración de la justicia está en el deber de determinar un responsable, por lo cual, el argumento manejado por las personas jurídicas en un proceso penal, puede ser cuestionado sobre qué información real aporta a las autoridades para su juzgamiento, obteniendo una posición de ventaja en el proceso penal.

---

<sup>217</sup> Paulo César Busato, “Lo que no se dice sobre criminal *compliance*”, *Revista electrónica de estudios penales y de la seguridad*, 2017, 3–5.

## Conclusiones

En la política criminal de los Estados contemporáneos, durante la última década, en el derecho penal se considera relevante el estudio de la responsabilidad de las personas jurídicas. La tipificación en los ordenamientos jurídicos de la RPPJ, se debe a las demandas sociales por el apareamiento de nuevos métodos de criminalidad, principalmente organizada, transnacional o focalizada a grupos de poder.

Tanto la tecnología como los avances científicos en la sociedad han generado nuevos riesgos sociales para bienes jurídicos protegidos. La persona jurídica organizada de manera compleja, jerarquizada y especializada, constituye un agente de riesgos para bienes jurídicos como el medio ambiente, economía, entre otros.

El modelo de responsabilidad por el hecho y culpabilidad propia, es concebido como válido por apearse a los principios integradores del derecho penal, además considera la introducción de causas modificatorias, atenuantes y eximentes para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En la actualidad, las personas jurídicas representan a entes auténticos de la realidad social con una existencia independiente de las personas que la forman, con voluntad propia y con reconocimiento ético, según la cultura empresarial.

Las limitaciones económicas, humanas, de conocimiento y tecnológicas del Estado para controlar los riesgos penales empresariales en la sociedad, incentivan la autorregulación de la persona jurídica con el fin de manejar adecuadamente dichos riesgos; sin que deba entenderse que las empresas se autorregulen a su libre albedrío, pues esto equivaldría a perder el monopolio regulador, por lo que los entes del Estado deben mantener un control, lo que da paso a la autorregulación regulada.

Se presentan dos principales modelos de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, el de heterorresponsabilidad, en el que la conducta de la persona física se transfiere a la empresa; y, el de autorresponsabilidad, en el que la persona jurídica responde por su propio injusto.

La culpabilidad de la persona jurídica se analiza desde el defecto de organización y la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. El primero refiere que el comportamiento de la persona física ha sido posible por la falta o deficiencia organizativa;

y el segundo consiste en la cultura empresarial de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad.

En la legislación española, la implementación de un programa de cumplimiento eficaz, previo al cometimiento del delito, puede ser considerada como una circunstancia eximente; mientras que, si la implementación es posterior a la ocurrencia del hecho delictivo y antes del juicio oral, puede tenerse como una circunstancia atenuante.

De la lectura de la norma penal española, se colige que existen requisitos para eximir de responsabilidad a la empresa cuando el delito es cometido por los administradores o directivos y otros cuando lo comenten los trabajadores y dependientes; sin embargo, con el estudio de estos se concluye que no se contempla tal diferencia pese a la redacción de la ley.

En caso de empresas de pequeñas dimensiones, el código penal español, faculta que las funciones de supervisión, vigilancia y control, sean asumidas por el propio órgano de administración, sin la necesidad de la creación de un órgano independiente de supervisión.

La legislación ecuatoriana considera que la persona jurídica es penalmente responsable por delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, configurando un hecho de conexión carente de vinculación directa con la empresa, puesto que el patrimonio del accionista con el de la persona jurídica es independiente.

La responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra tipificada en el Ecuador, desde el año 2014, sin considerar circunstancias eximentes y atenuantes para esta responsabilidad. Con la reforma del año 2021, se introducen causas atenuantes y entre las novedosas está contar con la implementación de un programa de cumplimiento posterior a la comisión del delito.

La conducta delictiva de la persona física puede ser considerada como un presupuesto de responsabilidad para la empresa, más no su fundamento, pues desde una perspectiva jurídico penal, la responsabilidad debe ser por el hecho propio y no por el hecho ajeno, debiendo construirse una teoría del delito para la persona jurídica, desde una culpabilidad e injusto propio.

Toda actividad empresarial conlleva un riesgo, por lo cual, de forma preventiva y en el marco de cumplimiento a la legalidad, las corporaciones están en el deber de implementar una cultura organizativa que evite o reduzca la comisión de delitos.

La implementación de los programas de cumplimiento demuestran la decisión de la empresa por cumplir con la legalidad, y, el Estándar UNE 19601 sobre compliance

penal normalizado detalla requisitos y directrices para adoptar, implementar, mantener y mejorar políticas de compliance penal, abarcando todos los elementos que integran los sistemas de gestión.

Con el propósito de que los sistemas de gestión alcance sus objetivos y compromisos para la persona jurídica, la Norma UNE 19601, facilita la implementación de programas de cumplimiento, no solo con las exigencias de la norma penal, pues está dirigido a organizaciones que operen en todos los mercados sin importar sus tamaños, actividades sea en el sector privado o público.

El cumplimiento de la Norma UNE 19601 no asegura la exoneración o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídica, no obstante permite desarrollar sistemas de gestión y organización de forma razonable para prevenir, detectar y gestionar conductas penales, generando una cultura de cumplimiento a la legalidad.



## Bibliografía

Aguilera Gordillo, Rafael. *Compliance penal en España*. Pamplona: Aranzadi, S.A.U, 2018.

———. “Compliance penal: Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program”. Tesis de doctorado, Universidad de Córdoba, 2018.

Asociación Española de Normalización. *Compliance penal normalizado (El estándar UNE 19601)*, 2017.

Bajo Fernández, Miguel, Bernardo José Feijoo Sánchez, y Carlos Gómez-Jara Diez. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2.a ed. Navarra: Aranzadi, S.A, 2016.

Busato, Paulo César. “Lo que no se dice sobre criminal compliance”. *Revista electrónica de estudios penales y de la seguridad*, 2017, 31.

Carrau Criado, Rafael. *Compliance para pymes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

Charry Dávalos, José Andrés. “Responsabilidad penal de la persona jurídica”. Tesis de maestría, Universitat de Barcelona, 2016.

Diego Martín Fernández. “De las atenuantes aplicables a la responsabilidad penal de la persona jurídica.” En *Acta del XXII. Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Universidad de Alcalá 2019*. España-Madrid, s. f. <https://ficp.es/wp-content/uploads/2019/09/Mart%20ADn-Fern%20AIndez.-Comunicaci%20B3n.pdf>.

Díez Ripollés, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación Española.” Universidad de Málaga, 2012. [www.indret.com](http://www.indret.com).

Echeverría Bereciartua, Eneko. *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

———. *Código orgánico integral penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

———. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, Segundo Suplemento, 20 de octubre de 2008.

———. Informe para primer debate: Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, 2012.

———. *Ley de Compañías. Ley de Compañías*, 5 de noviembre de 1999. Registro Oficial 312.

———. *Ley orgánica reformativa del código orgánico integral penal en materia anticorrupción*. Registro oficial 392, Segundo Suplemento, 17 de febrero de 2021.

———. Objeción parcial al proyecto de Ley orgánica reformativa al Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción, 2021.

———. Proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal, 2011.

España. *Ley orgánica 5/2010, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, del código penal*. Boletín Oficial del Estado 152, 23 de junio de 2010.

———. *Ley Orgánica 10/1995 del código penal*. Boletín Oficial del Estado 281, 24 de noviembre de 1995.

———. Real decreto legislativo 1/2010. Texto refundido de la ley de sociedades de capital, 2010.

Fiscalía General del Estado de España. Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, 2016.

Galán Muñoz, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Gomes de Magalhães, George G. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero*. Buenos Aires: B de F, 2018.

Gómez Colomer, Juan Luis, y Christa M Madrid Boquín. *Tratado sobre compliance penal, responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Gómez Jara-Díez, Carlos. “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, 27.

———. *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, S.A.U, 2020.

Gómez Tomillo, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2.a. ed. Pamplona: Aranzadi, S.A.U, 2015.

González Cussac, José Luis. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Jesús Lorenzo Aguilar, Francisco Antonio Jiménez Rodríguez, y Carolina de Blas Herrero. *Compliance: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la mediación organizacional*. Madrid: Tébar Flores, 2018.

Miguel Ontiveros, Alonso. *GPS compliance: Guía profesional*. México, 2020.

Neira Peña, Ana María. *La defensa penal de la persona jurídica: representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

Nieto Martín, Adán, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Isidoro Blanco Cordero, Patricia Pérez Fernández, y Beatriz García Moreno. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015.

Ontiveros Alonso, Miguel. *Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program*. México: Tirant lo Blanch, 2018.

Pacheco, Mauricio Enrique, y Brenda Guerrero Vela. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador*. Quito: Universidad Central del Ecuador, 2021.

Palma Herrera, José Manuel, y Rafael Aguilera Gordillo, eds. *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Pamplona: Aranzadi, S.A.U, 2017.

Pérez Arias, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson, S.L., 2014.

Pérez Machío, Ana Isabel. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español: A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*. 134. Granada: Comares, S.L, 2017.

Pozo Torres, Juan Francisco. *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.

Rodríguez García, Nicolás, y Fernando Rodríguez López. *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

Sánchez Martín, Miguel Ángel. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Plan de prevención de riesgos penales y código ético de conducta*. Pamplona: Aranzadi, S.A.U, 2017.

Silva Sánchez, Jesús-María, ed. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

Toso Milos, Ángela, Laura Mayer Lux, y Eduardo Cordero. *Cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Zugaldía Espinar, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.