

Compliance programs como atenuante de responsabilidad penal de las personas jurídicas: novedad o gatopardismo

Compliance programs as an attenuator of criminal liability of companies: novelty or gatopardism

Héctor Gabriel VANEGAS FERNÁNDEZ*

RESUMEN: La “Ley Orgánica Reformativa Del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción”, trae como novedad la incorporación de la figura del *compliance* o cumplimiento normativo como atenuante para la valoración de la pena ante los delitos cometidos por personas jurídicas en nuestro país; sin embargo realizando un análisis dogmático e interpretativo previo a la reforma podemos concluir que el juzgador siempre contó con las herramientas para valorar una pena atenuada ante un caso de RPPJ, por ende, tal como se explicará, más allá de un incentivo desde el punto de vista normativo para la incorporación de programas de cumplimiento normativo en el seno empresarial, se abordará la problemá-

* Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global, Universidad de Salamanca, Master en Ciencias Jurídicas, Universitat Pompeu Fabra, Master en Justicia Criminal, Universidad Carlos III de Madrid. Master en Derecho Penal Económico, Universidad Internacional de la Rioja. Profesor de Derecho Procesal Penal, Universidad de Guayaquil. Profesor de Teoría Penal y Derecho Penal Económico, Universidad del Pacífico. Contacto: <hector.vanegasf@ug.edu.ec> DOI: <<https://orcid.org/0000-0001-5175-5858>>. Fecha de recepción: 02/07/2021. Fecha de aprobación: 24/10/2021.

tica de cómo la reforma no genera para efectos prácticos ninguna novedad, y del mismo modo se explicarán los efectos y consecuencias de la reforma.

PALABRAS CLAVE: Compliance, persona jurídica, atenuantes, autoregulación, pena.

ABSTRACT: The "Reform Organic Law of the Comprehensive Organic Criminal Code in Anti-Corruption Matters", brings as a novelty the incorporation of the figure of compliance or regulatory compliance as a mitigating factor for the assessment of the penalty for crimes committed by legal persons in our country; However, carrying out a dogmatic and interpretive analysis prior to the reform, we can conclude that the judge always had the tools to assess an attenuated sentence in a case of RPPJ, therefore, as will be explained, beyond an incentive from the point of view of Regulatory view for the incorporation of regulatory compliance programs in the business world, the problem of how the reform does not generate any novelty for practical purposes will be addressed.

KEYWORDS: Compliance, legal entity, mitigating factors, self-regulation, penalty.

I. INTRODUCCIÓN

La figura del compliance es una discusión en boga dentro del derecho penal contemporáneo. Países como España han adoptado con éxito estos modelos de cumplimiento normativo en su legislación, sin embargo en Ecuador, a pesar de ser un requerimiento constante, la incorporación ha tardado más de lo deseado.

Sin perjuicio de lo anterior, y producto de los sendos casos de corrupción acaecidos en el país y evidenciados producto de la pandemia mundial COVID-19, nuestra Asamblea Nacional se ha visto en la necesidad de generar reformas sustanciales a nuestro ordenamiento jurídico penal con la finalidad de sancionar las conductas delictivas que afectan al correcto desarrollo de la administración pública, pero además se ha puesto de relieve la necesidad de que este foco delictivo sea prevenido.

De este modo ha iniciado el debate de la promulgación de una “Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción”, que trae como novedad en su artículo primero, la reforma del artículo 45 del Código Orgánico Integral Penal, en relación a los atenuantes de los que se podría beneficiar la persona jurídica en caso de haberse cometido en su seno, en su beneficio y por una de las personas señaladas en el artículo 49 referido *ibidem*, alguna conducta delictiva sancionada por nuestro ordenamiento jurídico.

Sin duda, resulta positiva la discusión sobre la figura del cumplimiento normativo en nuestro país y aunque consideramos que se debió enfocar con mayor claridad la posibilidad de que estos programas operen como eximente de responsabilidad penal, para generar mayor incentivo en cuanto a su incorporación por parte de las empresas privadas de sistemas autoregulatorios, nos queda analizar el ímpetu legislativo en cuanto al sistema de atenuantes planteado.

Este trabajo realiza un análisis dogmático de los atenuantes de la RPPJ, planteados en la reforma anticorrupción, sin embargo

genera un primer análisis crítico direccionado a esclarecer que incluso previo a la reforma analizada, el operador jurídico podía valorar circunstancias atenuantes para la imputación de una pena a una persona jurídica. Desde este punto de vista, tal como se explicará la reforma carece de novedad, y más bien genera problemas interpretativos en la decisión discrecional del juzgador ante cada caso concreto. Por ejemplo cabe la interrogante de si es que así como existen atenuantes para la persona jurídica, podrían también existir agravantes; o si es que dependerá exclusivamente del juzgador la valoración de la idoneidad o eficacia del programa de *compliance*, o si en su defecto, la aceptación del mismo estará sujeta a informes periciales o experticias técnicas.

Son pocas de las interrogantes que se abordarán, pero además se tratará de explicar cuáles son las consideraciones que se deberá tener la justificar y aplicar las atenuantes de la reforma, sin perjuicio de que tal como hemos establecido, el juzgador ya podía utilizar estas herramientas previamente, para valorar penas atenuadas más leves.

II. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ECUATORIANO ANTES DE LA LEY ORGÁNICA REFORMATORIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN MATERIA ANTICORRUPCIÓN: SOBRE LOS ATENUANTES

La discusión sobre la incorporación de modelos de *compliance* o cumplimiento normativo tiene su primer antecedente en la expedición del Código Orgánico Integral Penal publicado en el RO-S 180 del 10 de febrero del 2014, ya que este incorporó –siguiente recomendaciones internacionales¹- la responsabilidad penal de

¹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en debate”, en *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas EE.UU., España., Italia., México., Argentina., Colombia., Perú., Ecuador*, Lima, Ideas solución editorial, 2018, p. 289-316.

las personas jurídicas (Art. 49 COIP)², y por ende, la posibilidad de que las mismas sean sancionadas penalmente.

Lo antedicho nos llevó a preguntarnos desde un primer momento, si es qué, teniendo en cuenta la posibilidad de una sanción debíamos también poder considerar mecanismos atenuantes o agravantes de la pena. El sentido común nos daba a entender que sí y aunque no tuvimos la posibilidad de obtener un pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Nacional del Ecuador, debemos partir de un análisis dogmático de nuestra legislación, para lograr una conclusión *a priori*, que nos servirá de base para cuestionar si es que el último proyecto de *Ley Orgánica Reformatoria Del Código Orgánico Integral Penal En Materia Anticorrupción*, supone un avance en materia de cumplimiento normativo, o si en su defecto, representa el mismo esquema existente, es decir: más de lo mismo.

Para iniciar este análisis dogmático debemos tener en consideración, el mecanismo de atenuantes existente en nuestra legis-

² “Artículo 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- 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. 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.”

lación. El artículo 44 de nuestro COIP, sobre los mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes, establece:

Art. 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.- Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva. Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrán el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivos o modificatorias de la infracción.

Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

Entonces, partiendo de la idea de que las personas jurídicas pueden delinquir y por ende, pueden responder penalmente, podemos también justificar que en caso de que no existan agravantes –constituiría motivo de otro análisis la aplicación de agravantes de la pena a las personas jurídicas– y que se configuren las atenuantes que analizaremos, la pena pueda ser disminuida.

Esto nos genera otro problema, y es que la pena, en caso de la RPPJ, no se cuantifica numéricamente, como el resto de delitos del catálogo que pueden ser atribuidos a una persona natural³. La concepción sobre la imputación penal que nuestro legislador ha realizado, tiene en consideración que una persona jurídica puede ser sancionada con penas que son de carácter taxativo y que quedan dentro del margen discrecional de aplicación del juzgador, sin que haya una delimitación específica de la pena que resulta

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español”, en *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 67-101.

más grave o la más leve⁴. Una vez más entonces, queda dentro del margen de interpretación del operador jurídico la cuantificación en materia de lesividad o punitivismo que se pretenda imponer, siendo las penas posibles las señaladas en el artículo 71 del COIP, a saber: *multa, comiso penal, Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado, Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial, Remediación integral de los daños ambientales causados, Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.*

Sería una valoración subjetiva cuantificar cuál de estas sanciones es más grave, porque dependerá de la actividad económica en que se desarrolle la persona jurídica. Podemos consentir que la pena más leve, dentro de este catálogo taxativo, sería la multa, que incluso podría equipararse con una sanción administrativa y que no interrumpiría el correcto desarrollo empresarial de la persona jurídica; del mismo modo, podemos concluir que la pena más drástica sería la disolución de la persona jurídica, que representa la muerte civil de la misma, y por ende la imposibilidad de continuar con sus actividades. Sin embargo, debemos considerar que si se imputa responsabilidad penal a una empresa cuya actividad de negocio gira en torno a la contratación pública, entonces una pena de prohibición de contratar con el Estado, podría significarle equivalentemente una muerte civil, o incluso si se trata de una sanción penal de multa a una pequeña empresa, el pago de la misma podría representarle la quiebra, y por ende la disolución o muerte civil.

Siendo discrecional la aplicación de la sanción a la persona jurídica, y del mismo modo siendo subjetiva la gravedad o no de la pena impuesta, nos queda únicamente la alternativa de justi-

⁴ NIETO MARTIN, Adan, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal.”, en *Compliance y teoría del derecho penal*, Buenos aires, Marcial pons, 2013, 21-46.

ficar que lo que buscaría una persona jurídica imputada penalmente sería continuar existiendo, por ende, no ser disuelta, y en el mismo sentido si es condenada al pago de una multa, pagar la menor cantidad posible a fin de no afectar su desenvolvimiento empresarial.

Partiendo de estos criterios de valoración, el juzgador en cada caso concreto deberá determinar si la persona jurídica adecuó o no su conducta dentro de alguna de las circunstancias atenuantes de la pena que contempla en la actualidad nuestra legislación, y es que es precisamente en esta consideración donde se vislumbra con mayor claridad el objeto de este apartado, que no es otro que justificar que previo a la reforma, el operador jurídico sí podía tener consideraciones valorativas respecto a la justificación de mecanismos atenuantes que reduzcan la drasticidad de la sanción a las personas jurídicas.

Para sostener lo antedicho, resulta trascendental tener en consideración los atenuantes existentes en el COIP –previo a la reforma- señalados en su artículo 45, que establece:

Art. 45.- Circunstancias atenuantes de la infracción.- Son circunstancias atenuantes de la infracción penal:

1. Cometer infracciones penales contra la propiedad sin violencia, bajo la influencia de circunstancias económicas apremiantes.
2. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia.
3. Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora.
4. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima.
5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento.
6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción.

En la actualidad nuestra legislación no exige, ni siquiera se molesta en mencionar nada relativo al *compliance*, lo que no significa que el *compliance* no exista, o que si una persona jurídica lo desea, puede implementar estos mecanismos en el seno de organización. A todas luces, la fundamentación del cumplimiento normativo tiene una relación estricta a la prevención, pero la prevención no representa que nunca se van a cometer delitos. De hecho, la organización que tiene programas de cumplimiento, no está exenta de que las conductas que realicen sus empleados o directivos, se encuadren en un delito penal, aun cuando se haya realizado un esfuerzo para evitar que esto ocurra, es decir, aun cuando de forma voluntaria se ha intentado anular o disminuir las consecuencias de la infracción⁵.

De una correcta aplicación de los atenuantes existentes al caso de las personas jurídicas, el operador jurídico no encontraría mayor reparo en valorar un programa de cumplimiento normativo como la adecuación del atenuante señalado en el punto tercero del artículo 45 del COIP: *“Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora.”*, ya que en efecto, esto es lo que buscan los programas de *compliance*, disminuir las consecuencias que una infracción penal cometida en el seno de la empresa –por sus empleados o directivos– pueda tener en cuanto a lesividad social.

Del mismo modo, si una persona comete una infracción penal, pero tiene un programa de cumplimiento normativo y además está presta a reparar integralmente a la víctima de la infracción, entonces tampoco habría reparo en aplicar favorablemente el punto cuarto del artículo 45 del COIP: *“Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima”*.

Incluso el programa de cumplimiento normativo, sin que exista reparación a la víctima si podría dar un aliciente a las auto-

⁵ SILVA SANCHEZ, Jesus María, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Madrid, B de F, 2016, p. 418.

ridades, mediante los canales de denuncias y los focos de detección del delito –propios del cumplimiento normativo– para justificar una colaboración eficaz en la investigación y así aplicar el punto sexto del artículo 45 del COIP: “*Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción*”.

Justificando la existencia de estos elementos atenuantes, fácilmente aplicables a la persona jurídica que delinca en la actualidad, sí que cabe cuestionarnos ¿Cuál es la novedad de la reforma en este sentido?, sobre todo cuando encontramos que lo que se debió haber buscado, a efectos de incentivar la implementación de los programas de autorregulación, la eximente total de responsabilidad.

III. LAS ATENUANTES DE LA REFORMA

En el registro oficial no. 392 del 17 de febrero del 2021, se publicó la “Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción”, dentro de la misma se muestra como novedad la incorporación de programas de cumplimiento normativo o compliance, como atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A pesar de ser el centro de la discusión, el primer artículo de la reforma señalada, agrega además otras circunstancias específicas de atenuación de responsabilidad penal de la PJ. En concreto la reforma establece:

Artículo 1.- En el artículo 45, agréguese a continuación del numeral 6, el siguiente:

7. Se considerarán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las siguientes:

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

- b) Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.
- c) Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio.
- d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistema de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección, y/o supervisión, a cargo de un departamento y órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o de una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización.

En este sentido, procederemos a realizar un análisis sucinto de cada una de las circunstancias atenuantes de la RPPJ, propuestas en la reforma anticorrupción.

A) DE FORMA ESPONTÁNEA HABER DENUNCIADO O CONFESADO LA COMISIÓN DEL DELITO ANTES DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS CON LA QUE INICIE LA INSTRUCCIÓN FISCAL, O DURANTE SU DESARROLLO, SIEMPRE QUE NO HAYA CONOCIDO FORMALMENTE SOBRE SU INICIO

Nos encontramos ante una circunstancia de confesión o denuncia. En cuanto a la confesión, no debe entenderse a la misma como la aceptación expresa de responsabilidad, ya que como hemos establecido aquello estaría prohibido constitucionalmente, puesto que una de las reglas básicas del proceso penal es la prohibición de autoincriminación. El estándar sigue sin estar claro, por cuanto este apartado no hace mención de si es que esta confesión debe de estar acompañada de algún elemento probatorio de sustento, o si en su defecto basta la narración concreta de los hechos presuntamente delictivos ante la autoridad, ya sea por escrito o en la

toma de una versión, con la particularidad de que la misma debe ser rendida previo al inicio del proceso penal, dentro de la etapa de investigación previa, puesto que si la “confesión” es posterior, incluso si es más detallada y si está acompañada con algún sustento documental, no dará lugar a la justificación de esta atenuante que está ceñida con este requisito de temporalidad. No nos hace mucha lógica la aspiración legislativa, pero se puede entender que desde un punto de vista de análisis económico del derecho penal, se facilita el trabajo de la Fiscalía General del Estado al tener claridad concreto de los hechos; lo que tampoco es del todo cierto, puesto que el poder punitivo del Estado no podrá conformarse con la narración o acusación de un hecho, ya que estará obligado a investigar de todos modos.

En cuanto a la denuncia, se puede interpretar que el legislador busca que la autoregulación de sus frutos, y que la existencia de programas internos de control no sirva únicamente para implementar sanciones en el seno de la empresa, sino además para poner estas conductas presuntamente delictivas en conocimiento de las autoridades.

B) COLABORAR CON LA INVESTIGACIÓN APORTANDO ELEMENTOS Y PRUEBAS, NUEVAS Y DECISIVAS, ANTES DE SU INICIO, DURANTE SU DESARROLLO O INCLUSIVE DURANTE LA ETAPA DE JUICIO

Esta circunstancia atenuante tiene sentido dentro de la lógica de autoregulación para lograr que las corporaciones sean aliadas en la lucha del delito empresarial, detectando y denunciando aquellos hechos que serían imposibles de conocer por parte del ente estatal⁶. Además, no necesariamente está supeditada a la confesión o denuncia, ya que puede darse el caso de que la conducta delictiva

⁶ PASTOR MUÑOZ, Nuria, “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, en *Indret* [en línea] vol. 1 núm.1, 2006, Barcelona, p. 1-17.

haya sido cometida por un trabajador y sean los representantes, accionistas o dueños de la empresa quienes tengan la voluntad colaborativa a fin de lograr atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Esta atenuante no delimita si la colaboración debe ser voluntaria, es decir, si debe existir una manifestación expresa de colaboración, o si en su defecto se configura únicamente al momento en la persona jurídica cumple remitiendo la información solicitada por la Fiscalía dentro de los requerimientos de su investigación.

A diferencia del literal anterior, aquí el requisito de temporalidad es mucho más amplio y permite que la PJ, ejerxa su colaboración en cualquier etapa del proceso. Una vez más el problema más grande de este apartado radica en la valoración de la prueba, ya que la reforma hace mención a que las mismas deben de ser “nuevas y decisivas”, lo que queda dentro del margen de valoración de FGE al momento de formular su acusación y solicitar su pena, y del juzgador al momento de imponerla.

C) REPARAR INTEGRALMENTE LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LA COMISIÓN DEL DELITO, ANTES DE LA ETAPA DE JUICIO

Se siguen las reglas de reparación y de voluntariedad, ya que la configuración de esta atenuante no dependerá de la autoridad, sino más bien del acuerdo al que lleguen las partes. Por un lado, la persona jurídica imputada, y por otro la presunta víctima del delito cometido por la empresa.

Esta reparación puede ser de índole pecuniaria, pero no necesariamente, ya que al ser voluntaria, la víctima puede aceptar cualquier término de acuerdo, ya sea una indemnización económica, o simplemente una petición de disculpas. Lo importante es que la víctima acepte que la conducta realizada por la PJ, ha sido conducente a reparar el daño causado mediante la comisión de una conducta delictiva en su perjuicio.

D) HABER IMPLEMENTADO, ANTES DE LA COMISIÓN DEL DELITO, SISTEMA DE INTEGRIDAD, NORMAS, PROGRAMAS Y/O POLÍTICAS DE CUMPLIMIENTO, PREVENCIÓN, DIRECCIÓN, Y/O SUPERVISIÓN, A CARGO DE UN DEPARTAMENTO Y ÓRGANO AUTÓNOMO EN PERSONAS JURÍDICAS DE MAYOR DIMENSIÓN, O DE UNA PERSONA RESPONSABLE EN EL CASO DE PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS, CUYO FUNCIONAMIENTO SE INCORPORA EN TODOS LOS NIVELES DIRECTIVOS, GERENCIALES, ASESORES, ADMINISTRATIVOS, REPRESENTATIVOS Y OPERATIVOS DE LA ORGANIZACIÓN

El programa de cumplimiento normativo en sentido estricto, es aquel documento interno que las personas jurídicas deben desarrollar e implementar, con la finalidad de cumplir con las disposiciones normativas de un Estado, del mismo modo, para prevenir y detectar los focos de peligro que podrían constituir una actividad delictiva⁷.

En concreto, este programa se desarrolla luego de un estudio detallado de la actividad empresarial, mediante protocolos personalizados que están enfocados en disminuir la posibilidad de que tanto directivos-por fallos organizativos-o trabajadores, puedan cometer un delito dentro del contexto empresarial⁸.

En este punto resulta meritorio definir las etapas por las que debe atravesar un programa de compliance para que su aplicación práctica resulte satisfactoria, en ese sentido, me parece pertinente

⁷ AROCENA, Gustavo, "Criminal compliance". *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas Comparadas EE.UU., España., Italia., México., Argentina., Colombia., Perú., Ecuador, Lima*, Ideas solución editorial, 2018, pp. 7-30.

⁸ FRAGA GOMEZ, Olga, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Modelos de organización y gestión, "Compliance" en el proyecto de reforma del código penal de 2013", en *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, vol. 1, España, año 2013, pp. 1-42.

hacer mención al desarrollo de las fases del programa de compliance que ha propuesto el profesor Gustavo Arocena⁹:

- i. Formulación.- Empieza con la evaluación de riesgos o *risk assessment*, que consiste en evaluar todos los ámbitos de la empresa, para así determinar cuáles son más proclives a generar riesgos que produzcan un resultado lesivo, y por ende, constituyan una actividad delictiva. Una vez que se detectan todos estos riesgos, resulta posible desarrollar el programa de compliance para evitar la consumación de los mismos.
- ii. Implementación.- Implica el periodo en que se instruye a todos los trabajadores de la empresa, y se concientiza sobre la generación de una cultura de cumplimiento. Se incluye la inversión económica que debe realizarse para implementar el programa en los distintos ámbitos de la empresa.
- iii. Asimilación por todos los involucrados.- Está referido en los cursos, capacitaciones al personal de una empresa para que conozcan los procedimientos que deben ejecutar en caso de la sospecha de que se esté consumando un riesgo penal.
- iv. Consolidación.- Consiste en generar incentivos a los trabajadores de la empresa, a fin de que en caso de que cumplan con todos los protocolos de prevención de riesgos, puedan ser sujetos de incentivos y bonificaciones.
- v. Balance de su aplicación.- No bastaría la implementación del programa de compliance y la concientización del mismo, se necesita además una evaluación periódica del mismo, a fin de determinar lo que está fallando y por ende puede ser mejorado, siempre en aras de perfeccionar la cultura de cumplimiento.
- vi. Mejoramiento de la reglamentación.- Esto es una consecuencia directa del punto anterior. Una empresa del sector privado tiene la posibilidad de mejorar sus protocolos cada vez que sea necesario. Por eso, ante la detección de alguna deficiencia del programa se

⁹ Cfr. AROCENA, Gustavo, *op. cit.*

deben realizar los correctivos necesarios, y reformar lo que sea requerido para solventar cualquier ineficacia¹⁰.

IV. RELACIÓN ENTRE LA REFORMA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EXISTENTE: ¿GATOPARDISMO O NOVEDAD?

Sin duda resulta importante que la legislación ecuatoriana empiece a tomar en consideración modelos preventivos de autoregulación que están teniendo una repercusión protagónica a nivel mundial.

Sin embargo, resulta necesario perder el miedo a la asociación de la implementación de programas de cumplimiento con la impunidad, por cuanto en realidad no existe entre ambas figuras ninguna relación. No hay duda en que fue este temor, lo que evitó que los legisladores ecuatorianos tomen la decisión absoluta -al menos de forma expresa- sobre la consideración del programa de compliance, como eximente total de responsabilidad penal de las personas jurídicas; esto no solo que hubiese generado mayor incentivo a las empresas y corporaciones, sino que además hubiese delimitado de forma mucho más clara los pasos hacia una cultura de cumplimiento, ética y buen gobierno corporativo.

Por el contrario, se adoptó una figura de atenuantes, que además de ser una transcripción milimétrica del artículo 31 quarter del ordenamiento jurídico español¹¹, no supone para efectos prác-

¹⁰ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, *Compliance y teoría del derecho penal*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, pp. 79-106.

¹¹ El Artículo 31 quater., del Código Penal Español, establece: 1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investi-

ticos ninguna novedad en cuanto a la interpretación de nuestra legislación.

Puesto que se ha expuesto con claridad que las atenuantes genéricas del artículo 45 del COIP, en específico las de los numerales tercero, cuarto y sexto, sobre reparación integral, disminuir los efectos de la conducta delictiva y colaboración eficaz, bien podrían ser aplicadas para la valoración de la pena a las personas jurídicas, antes de la reforma.

La analogía puede resultar burda, pero me parece precisa. La paradoja del gatopardismo¹², se puede aplicar de forma milimétrica a la reforma “*cambiar todo para que las cosas sigan iguales*”, es decir, implementar un modelo de cumplimiento normativo, pero sin generar un incentivo completo para las corporaciones, dará lugar a que las conductas delictivas que el Estado no puede detectar, por cuanto ocurren al interior de una estructura empresarial, sigan ocurriendo; y por ende el efecto preventivo que se busca mediante la incorporación de la figura no será absoluto.

Nos queda analizar la reforma, y la interpretación de cada una de estas nuevas circunstancias atenuantes, pero desde un punto de vista crítico, bien se hubiese podido realizar mediante el método dogmático el mismo análisis dentro de la legislación existente, llegando a la conclusión de que la atenuante en materia de respon-

gación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica

¹² Palabra derivada del italiano *Gattopardo*, que es el título de la novela del escritor siciliano Giuseppe Tomasi, príncipe de Lampedusa (1896-1957). El *gatopardismo* es la filosofía de quienes piensan que es preciso que algo cambie para que todo siga igual.

sabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador, siempre -desde la expedición del COIP en el año 2014- ha sido posible.

V. FUNDAMENTO DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA A LAS PERSONAS JURÍDICAS

La reforma del artículo 45 del COIP, realiza una división de atenuantes a las personas jurídicas, que podemos valorar en dos vertientes, aquellas realizadas con posterioridad al cometimiento del ilícito, y aquella realizada anteriormente a la comisión de la infracción.

Sobre el primer grupo de atenuantes encontramos los literales a), b) y c) del numeral 6 reformado, en concreto:

- a) De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.
- b) Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.
- c) Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio.

Este primer grupo de atenuantes suponen un comportamiento post-delictivo, la primera enfocada en la aceptación material del hecho típico, más allá de las consideraciones autoincriminatorias¹³ de este literal, que podrían generar tensión con el artículo 77 numeral 7 literal a), de nuestra constitución: *Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de toda*

¹³ BERRUEZO, Rafael, *Derecho penal económico*, Bolivia, Ulpiano Editores, 2017, p. 207.

persona a la defensa incluye: c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal; lo que daría lugar a que este precepto sea inconstitucional, y por ende de cuestionable aplicación.

Sin embargo, a pesar del conflicto constitucional, se genera otro de interpretación dogmática y es que la redacción de este literal no nos deja claro cuál funcionario de la persona jurídica es el que debe denunciar o confesar la comisión del delito antes de la formulación de cargos. Podríamos entender que siguiendo las reglas civiles de representación, el representante legal o gerente general será el encargado de cumplir este requerimiento, sin embargo dentro de la calificación de sujetos activos recogida en el artículo 49 del COIP, nos encontramos con la novedad de que las personas naturales que pueden responder penalmente a nombre de la persona jurídica son: 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. Entonces, cabe la interrogante ¿Cualquiera de estas personas podrían aceptar la responsabilidad penal o en su defecto la comisión del hecho delictivo?, ante la falta de previsión del legislador, y en congruencia con lo que establece nuestro ordenamiento jurídico penal, debemos de entender que sí, aunque eso represente otros conflictos, como por ejemplo el caso en que un accionista o socio quiera aceptar responsabilidad y otro no, o que el gerente quiera aceptar responsabilidad y los socios no.

Ahora sobre el segundo literal, relativo a la colaboración con la investigación, debemos establecer que no genera ninguna novedad y que el existente artículo 45 numeral 6, se puede interpretar del mismo modo. Lo que nos generará un conflicto será la valoración de la calidad de la información aportada mediante la

colaboración, puesto que si es de gran utilidad para el desarrollo de la investigación podría incluso adecuarse en los parámetros del artículo 46 del COIP, sobre el atenuante trascendental: *Art. 46.- Atenuante trascendental.- A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.*

En cuanto al literal c), mantenemos la postura de que no genera ninguna novedad, y que la legislación existente ya contempla la posibilidad de reparar el daño producto de la comisión de un hecho típico, en este sentido, se puede aplicar los mismos preceptos de reparación de la legislación existente.

Sobre el cuarto literal, que establece:

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

Como se puede observar a diferencia de los anteriores, no está orientado a la averiguación del delito acaecido ni a la reparación o disminución del daño causado, sino a la prevención de futuros delitos. Esta prevención puede conseguirse disminuyendo los enfoques de peligrosidad manifestada por la corporación¹⁴, ya sea por un defecto en la organización o por la intervención directa

¹⁴ FARALDO CABANA, Patricia, “Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal”, en *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 157-180.

de su representante legal o cualquiera de los sujetos activos calificados que señalada el artículo 49 COIP. En concreto debemos establecer que el fundamento de esta atenuante es conseguir la disminución citada, mediante la adopción de medidas organizativas eficaces para prevenir y descubrir aquellos delitos que en el futuro pueden cometerse bajo el umbral de la persona jurídica. En este caso será decisiva la valoración de la eficacia del programa de cumplimiento, ya que el legislador no busca la simple existencia de un *compliance program*, sino que además el mismo sea efectivo.

Es además importante mencionar el límite temporal que requiere la justificación de esta atenuante, ya que sus presupuestos deben de existir previo a la comisión del hecho típico que da lugar al proceso penal. De este modo se envía un mensaje claro a las personas jurídicas, y se determina que el Estado espera de ellas, que se reorganicen y adopten programas de cumplimiento normativo.

VI. CONDICIONES PARA OBTENER UNA PENA ATENUADA

Nos centraremos en el numeral cuarto del artículo 45 reformado, relativo a la implementación de programas de *compliance*. Como ya establecimos, es necesario que la implementación del programa sea antes de la comisión del delito, es decir, existe un primer requisito de temporalidad, pero el mismo no genera mayor problema. Ahora, en cuanto a la existencia de un programa de cumplimiento normativo, que cumpla los requisitos mínimos exigidos por el legislador en la reforma, se nos generan varias interrogantes.

Una óptica podría centrarse en la valoración de la eficacia del programa de cumplimiento normativo *ex post*, es decir, de forma posterior a la comisión del delito, que sería la evidencia de que el programa no ha cumplido su objetivo “la prevención”, sin embargo, considero que esta sería una valoración incorrecta de la atenuante, porque ningún programa de *compliance* es infalible,

es decir, que a pesar de la existencia del mismo, puede darse el caso de que la empresa se vea inmersa en una circunstancia delictiva¹⁵. Esto significa que aun cuando se llegue a este extremo, se puede justificar que un programa es eficaz, y por tanto la persona jurídica si podría beneficiarse de la atenuación de responsabilidad, siempre y cuando se logre constatar desde una perspectiva ex ante, que la mera existencia del *compliance program* ha logrado reducir de forma significativa el riesgo de comisión de delitos.

Entonces el operador jurídico ante el caso concreto, no deberá preocuparse en si es que el programa de cumplimiento normativo evitó o no el delito, sino más bien, en que pese a haber adoptado todas las medidas preventivas exigidas en la reforma anticorrupción del COIP, no era posible o no fue posible detectar y prevenir la comisión de la infracción juzgada. Lo antedicho podría darse por diversas circunstancias, por ejemplo la actuación aislada de un empleado que evadiendo todos los protocolos de control y de cumplimiento implementados por la compañía, logra cometer individualmente una infracción penal. Ante este caso no se valora ni analiza el resultado: la comisión del delito, sino en particular sí es que el modelo de cumplimiento ha logrado reducir la posibilidad de que situaciones delictivas similares puedan seguirse produciendo en el futuro, y si es que las mismas van a poder ser detectadas, prevenidas y sancionadas con mayor eficacia a posteriori¹⁶.

Sobre estas consideraciones resulta pertinente citar la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado Español, que en su apartado 5.3¹⁷, establece de manera textual, sobre los programas de compliance que: .

¹⁵ NEIRA PENA, Ana, “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”. *Política Criminal* núm. 22, 2016, p. 478

¹⁶ ROTSCH, Tomas, “Compliance y derecho penal”. *Tratado de compliance*, t. II, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2018, pp. 167-186.

¹⁷ España, Fiscalía General del Estado. Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código

Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos. No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas. A la necesidad de que la persona jurídica identifique y gestione adecuadamente los riesgos, estableciendo las medidas para neutralizarlos, alude el primer requisito del apartado.

A manera de comentario general sobre lo citado, podemos realizar una primera conclusión enfocada en determinar entonces, que no es que no se hayan podido probar los requisitos del programa de cumplimiento implementado, sino que este no se ha adoptado y ejecutado con la eficacia mínimamente requerida para dar lugar a la atenuación de la pena¹⁸.

Como se puede evidenciar la eficacia es el elemento decisivo dentro del estándar subjetivo de valoración al que se enfrenta el juzgador ante el caso concreto. Esto debe generar una alerta a las personas jurídicas ecuatorianas, puesto que al ser una exigencia

penal efectuada por ley orgánica 1/2015. 2016.

¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español”, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España*, Pamplona, Arizandi, 2015, p. 232.

la eficacia de las medidas, se debe de excluir de estas valoraciones todas aquellas que a pesar de existir documentalmente (redactadas en un programa de cumplimiento) se muestren desde una perspectiva *ex ante* como carentes de capacidad real para lograr el enfoque preventivo que se espera de ellas, que es en concreto la prevención y el descubrimiento de los delitos¹⁹ que en el futuro se puedan cometer en el seno de la persona jurídica producto de esta anomalía²⁰.

Como bien lo establece la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado Español: “La clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento”²¹.

En sentido contrario, puede representar un indicio de la eficacia del modelo otorgar un valor especial al descubrimiento de los delitos que realice la propia corporación gracias al programa de compliance. De este modo incluso se configurarían dos circunstancias atenuantes requeridas para la imposición de una pena inferior, por un lado por la existencia del programa de compliance y por otro por colaborar y anunciar la actividad delictiva a las autoridades²².

¹⁹ Cfr FARALDO CABANA, Patricia, *op. cit.*

²⁰ MUÑOZ MORALES ROMERO, Marta, “Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada”, en *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 211-230.

²¹ España, Fiscalía General del Estado. 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.

²² DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre Compliance: Discordancias con la jurisprudencia”, en *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 125-157.

VII. LAS PENAS: ¿CÓMO SE DETERMINA LA PENA EN CASO DE EXISTENCIA DE UNA O VARIAS ATENUANTES?

El artículo 71 del COIP, establece como penas aplicables a las personas jurídicas en el Ecuador, las siguientes:

1. Multa.- Dentro de la escala de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, podríamos decir que esta sería la sanción más leve, pues representa únicamente cancelar un valor económico. Puede ser equiparable a las multas de carácter administrativo, con la diferencia, de que según nuestro modelo vicarial de responsabilidad, puede representar una pena privativa de libertad a un individuo sobre quien recae un deber.
2. Comiso penal.- Es la incautación de ciertos bienes (muebles e inmuebles), o de la totalidad de los mismos, que sean propiedad de la persona jurídica condenada.
3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.- Existe un ámbito de discrecionalidad del juez que conoce cada caso concreto, para determinar el tiempo que debe durar la “clausura”, sin duda, el efecto de esta pena, es estrictamente económico, pues impide a la empresa realizar sus actividades cotidianas. Los trabajadores de la compañía condenada, vendrían a sufrir el daño colateral de esta sanción, pues correrían el riesgo de perder su empleo, o no recibir sus remuneraciones.
4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.- La condena puede estar encaminada hacia obligar a la persona jurídica a adoptar medidas de responsabilidad social corporativa, esto es, generar ayuda social mediante mecanismos de donación o aportes específicos a comunidades de escasos recursos.
5. Remediación integral de los daños ambientales causados.- Tal como se indica, la condena puede estar encaminada hacia pagar la

cuantificación del daño que se ha ocasionado dentro de un delito ambiental.

6. Disolución de la persona jurídica.- Es la pena más grave que podría imponerse a una persona jurídica, puesto que representaría su muerte civil, o en su defecto la extinción total de su personalidad jurídica.

7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.- Muchas empresas tienen su mayor fuente de ingresos en contrataciones públicas, al haber incurrido en una actividad delictiva, pueden verse expuestos a perder la mayor de sus fuentes de ingreso económico.

La discusión radica al momento de valorar cuál de estas penas resulta de mayor drasticidad ante el caso concreto, ya que esto atiende a la realidad empresarial de cada persona jurídica sancionada penalmente.

Sobre los atenuantes quedará claro que la reforma anticorrupción busca solventar cualquier tipo de dudas en relación a las circunstancias atenuantes, y que ante la confesión *ex post*, y la existencia de un programa de cumplimiento normativo *ex ante*, resulta posible valorar la sanción, buscando la pena más benevolente.

La problemática seguirá estando presente en cuanto a las circunstancias agravantes de la pena en el caso de la RPPJ, por un lado rigen las reglas de interpretación genéricas que establece el COIP en su artículo 11²³, que imposibilitan cualquier tipo de in-

²³ Art. 13.- Interpretación.- Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.
3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de

interpretación extensiva de la norma, pero por otro el clásico principio de legalidad, que nos daba a entender que incluso antes de la reforma cabían atenuantes ante la RPPJ, y del mismo modo, las agravantes genéricas del artículo 47 del COIP. Esto no genera una profunda discusión, el foro académico ecuatoriano no ha profundizado mucho en esta problemática, sin embargo en países como España se mantiene todavía una acalorada discusión, siendo la posición mayoritaria de la academia, la de consentir que son posibles las agravantes genéricas al momento de valorar la pena de una persona jurídica²⁴. Queda claro que la propia reforma delimita en su artículo segundo, que agrega la agravante específica a la persona jurídica en caso de haber sido sancionada previamente, pero aquello no excluye que de ser el caso de que no se encuadre la conducta en esta agravante en concreto, se le pueda aplicar a la misma el resto de agravantes genéricos.

Siguiendo la misma lógica, se puede entender que en caso de que concurren dos o más de las circunstancias atenuantes de la reforma anticorrupción, pero exista alguna de las circunstancias agravantes genéricas del artículo 47 del COIP –previo a la reforma– entonces, de conformidad a la regla del 45 de la norma referida *ibidem*, no se podría aplicar estas atenuantes. A saber: *“Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrán el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.”*

Este tipo de problemas son los que requerirán mayor análisis del juzgador al momento de valorar la responsabilidad concreta de una persona jurídica. Tenemos que entender que al no poder hacerse una valoración numérica de la pena, no se puede cuan-

derechos.

²⁴ DIEZ RIPOLLES, José Luis, “Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: regulación española”, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Fabio Suárez Montes*, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 215.

tificar que sanción es más leve o más drástica; por el contrario los umbrales de imputación son absolutamente subjetivos, y esto nos da a entender que de no existir reglas jurisprudenciales interpretativas y vinculantes ante este caso concreto, la respuesta de los jueces ordinarios será nula y correrán el riesgo de prevaricar, producto de los problemas interpretativos que generará la reforma. Además, se deja sentado que la reforma en cuanto atenuantes no es para nada novedosa, y que no está enfocada absolutamente en la prevención de conductas delictivas en el seno empresarial. Desde nuestro punto de vista, el legislador fue tibio al momento de implementar modelos de *compliance* como atenuantes, por cuanto se debió dejar por sentado que la existencia de programas de cumplimiento normativo eficaces podría ser objeto incluso de una eximente total de responsabilidad de la persona jurídica, esto sin perjuicio de las penas aplicables a las personas naturales.

VIII. CONCLUSIÓN

La reforma analizada supone el interés del Estado en dar los primeros pasos hacia la consecución de un modelo autoregulatorio que permita a las empresas privadas ser aliadas estratégicas en la lucha contra la delincuencia corporativa. Sin embargo, la figura de los atenuantes que se precia poco novedosa no servirá de aliciente para generar el incentivo necesario y suficiente en las empresas; sin perjuicio de aquello, el hecho de que se empiecen a estructurar requisitos taxativos y mínimos de lo que debe contener un programa de *compliance* genera una esperanza para lograr que la ética empresarial sea el motor de los gobiernos corporativos.

En este sentido, tal como se ha abordado en este estudio, la reforma anticorrupción supondrá un nuevo reto para los operadores jurídicos, que estarán obligados mediante su potestad discrecional a generar jurisprudencia plausible que delimite los pasos y lineamientos que deberán seguir todos los sujetos del proceso

para solicitar, justificar y motivar una pena atenuada ante el caso de RPPJ.

La valoración de la drasticidad de la pena deberá atender a cada caso concreto, y a las circunstancias de la persona jurídica imputada. Mientras no exista una escala clara de cómo se deberán valorar las penas de las personas jurídicas –de más a menos grave- resultará complejo que el modelo de atenuantes planteado en la reforma tenga siquiera un éxito relevante. Sobre esto último se debe enfocar la política criminal no solo al castigo o a la retribución que se pueda obtener de la persona jurídica imputada, sino además lograr que el enfoque preventivo –la no comisión de delitos, o al menos de disminución de los mismos– tenga un efecto correcto.

El efecto que se busca lograr mediante la reforma de atenuantes planteada en la *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción*, solo va a cumplir su meta, si es que los operadores jurídicos, los fiscales y los abogados, comprenden el sistema de RPPJ alejado de los dogmas clásicos de la teoría del delito construida sobre la base de un derecho penal nuclear; y sobre todo reflexionando sobre la idea del castigo a las personas jurídicas, ya que, si las mismas pueden ser aliadas en la lucha contra el delito y la corrupción empresarial, entonces a manera de compensación se debe pensar con mucha más firmeza en un modelo eximente de responsabilidad ante la aplicación de programas de cumplimiento normativo eficaces, que sean verdaderas herramientas de esclarecimiento en la investigación de conductas delictivas, de delincuencia corporativa y económica; y sobre todo que motiven a las personas jurídicas de nuestro país a una verdadera cultura de cumplimiento.

Hasta que lo antedicho ocurra, no quedará más alternativa que contemplar el fenómeno de los atenuantes –al menos ya delimitados taxativamente- de las personas jurídicas y el efecto real, político criminal, que logren en el decurso del tiempo.

