

El compliance como atenuante y excluyente de la responsabilidad penal empresarial en México*

Compliance as a mitigating and excluding corporate criminal liability in Mexico

Nohemí Bello Gallardo*

Aníbal Serafín Camacho Balderas**

Abstract

The federal criminal code (CPF) in Mexico contemplates criminal compliance as a permanent control body, mitigating criminal liability for legal entities (RPPJ), up to a quarter, without indicating its origin as excluding the RPPJ, while in the common legislation some codes give it that character, but without presenting unified criteria, so this exploratory research, through the qualitative method, aims to review international and national regulations, in order to verify in which cases and under what conditions it is appropriate to grant it the character of mitigation and/or exclusive of RPPJ.

Keywords: Críiminal Compliance, Organizational control. Mitigating and excluding criminal liability

Resumen

El Código Penal Federal (CPF) en México contempla el criminal compliance como órgano de control permanente, atenuante de la responsabilidad penal para las personas jurídicas (RPPJ), hasta en una cuarta parte, sin señalar su procedencia como excluyente de la RPPJ, mientras que en la legislación común algunos códigos le dan dicho carácter, pero sin presentar criterios unificados, por lo que esta investigación de tipo exploratoria, mediante el método cualitativo, tiene como objetivo revisar la normativa internacional y nacional, a efecto de verificar en qué casos y en qué condiciones corresponde otorgarle el carácter de atenuante y/o excluyente de RPPJ.

Palabras clave: Compliance en materia penal, Control de organización, atenuante y excluyente de la responsabilidad penal.

Historial del artículo:

Recibido: 08 de junio de 2023

Aceptado: 18 de septiembre de 2023

Cómo citar este artículo:

Nohemí Bello & Aníbal Camacho., El compliance como atenuante y excluyente de la responsabilidad penal empresarial en México, 11 Just. & Der. 8 (2023).

* Dra. en Derecho Público, Universidad Veracruzana, Docente Universidad Autónoma de Querétaro, Miembro del SNI (CONACyT). Con reconocimiento PRODEP. Líder del CAC - 128 derechos humanos y globalización. dra.nohemibg@gmail.com

** Abogado UASLP, con maestría en Ciencias Jurídicas UAQ y en proceso de titulación en el doctorado en Ciencias Jurídicas por la misma institución. eaglesly@hotmail.com

Artículo de reflexión *Propuesta de criterios mínimos de aplicación del compliance en materia penal en México*, del doctorado en Ciencias Jurídicas del posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, en que la autora fue directora de tesis y el autor, estudiante.

I. Introducción

A partir de la promulgación en México del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y la inclusión de la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), adoptada por el Estado mexicano, a través de diversos tratados internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000 (Convención de Palermo)¹ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 (Convención de Mérida), suscritas por México, en fechas 4 de marzo de 2003 y 20 de julio de 2004 respectivamente², y con ello, de la inclusión también de la diversa figura del compliance en materia penal, también llamado programa de cumplimiento o control de organización, dirigido a la prevención y gestión de delitos, previsto en la reforma del artículo 11 bis del Código Penal Federal, como excluyente hasta en una cuarta parte de la pena para las personas jurídicas.

Esta es una investigación documental exploratoria con un enfoque cualitativo y se dirige a estudiar los antecedentes, concepto y estructura del compliance en materia penal, de forma que, se analicen en la legislación internacional, disposiciones en la materia, a efecto de verificar ¿qué elementos son necesarios para que el compliance opere como atenuante y excluyente de la RPPJ en la legislación en México?

1 HERNÁNDEZ Salmerón, Guillermo. *México y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, REVISTA MEXICANA DE POLÍTICA EXTERIOR n. 78, 126, 128 y 129 (2006).

2 Rojas Armandi, Víctor. *Los tratados internacionales sobre corrupción*, En: Méndez-Silva, Ricardo (coord.) LO QUE TODOS SABEMOS DE LA CORRUPCIÓN Y ALGO MÁS 169 Y 170 (2010).

Finalmente, se analiza la legislación penal en México, tanto federal como de materia común, con el propósito de verificar la presencia y estructura lógica de dichas disposiciones y con objeto de comprender su funcionamiento como excluyentes o atenuantes de la responsabilidad penal para las empresas en el país. A partir de ello se muestran los aspectos en los que se presentan deficiencias, así como se sugirieron mejoras, se señalan hallazgos y observaciones para su optimización. Cabe citar, que existen autores de referencia en México como el doctor Miguel Ontiveros Alonso, que abundan en el tema del análisis del compliance como atenuante o excluyente de la RPPJ, sin embargo, al investigar en este trabajo, se encuentran artículos que abordan la problemática y que exponen puntos coincidentes con los hallazgos de esta investigación. Es decir, la posibilidad de que el compliance sea excluyente, y no solo atenuante de la RPPJ, que pueda tener un mayor grado de disminución de la pena y que puedan también existir agravantes de la RPPJ, pero con otras perspectivas que en su oportunidad se señalarán.

II. Antecedentes, Concepto y elementos del compliance en materia penal en México

1. Antecedentes del compliance como atenuante y excluyente de RPPJ en México.

En México el compliance en materia penal tiene antecedente en la figura de la RPPJ, que, a su vez, tiene antecedente en los Trust de los Estados Unidos de Norteamérica, que eran monopolios limitados por la Ley *Sherman Antitrust*, al final del siglo XVIII³.

3 Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez, *Historia del derecho de la competencia*, REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO, núm. 3, 215-267 (2007)

Al entrar en vigencia el CNPP en México, en 2014, se implanta la RPPJ que, a su vez, da nacimiento al compliance en materia penal en México, al establecerlo como atenuante de la RPPJ en su artículo 422:

A las personas jurídicas, con personalidad jurídica propia, se les podrá aplicar una o varias de las siguientes sanciones: I. Sanción pecuniaria o multa; II. Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito; III. Publicación de la sentencia; IV. Disolución, o V. Las demás que expresamente determinen las leyes penales conforme a los principios establecidos en el presente artículo. Para los efectos de la individualización de las sanciones anteriores, el Órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración lo establecido en el artículo 410 de este ordenamiento y el grado de culpabilidad correspondiente de conformidad con los aspectos siguientes: a) La magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma⁴.

En el que podemos observar que el debido control en su organización que menciona es el *compliance*. De la misma manera, el último párrafo del artículo 11 bis del CPF, establece:

En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico⁵.

Con lo que observamos que el *compliance* es llamado por el CPF y el CNPP “órgano de control permanente, encargado de verificar el

cumplimiento de disposiciones aplicables...”, así como “control de organización”.

Sin embargo, el *compliance* tiene origen en las prescripciones médicas, posteriormente en la prevención y gestión de riesgos en la empresa, y años más tarde en materias diversas como el “trade compliance” o *compliance* de negocios, que son antecedentes del criminal *compliance* o *compliance* en materia penal. Según Sagristá Salucedo en la revista española de cardiología, “el término «compliance» tiene un significado de sumisión, obediencia, que desde el punto de vista médico se podría expresar como el grado en que el comportamiento de una persona o de un enfermo, coincide con los consejos del médico. En castellano se suele traducir por la palabra cumplimiento”⁶.

Finalmente, Muriel Bedolla menciona: “La práctica de *compliance* nace en el derecho anglosajón, mediante la promulgación en Estados Unidos de la Foreign Corrupt Practices Act (en adelante FCPA) o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, en español, el 20 de diciembre de 1977”⁷.

De esta manera, se puede observar que el *compliance* como excluyente y atenuante de la RPPJ en México es establecido por el CPF a partir de la inclusión de la figura de la RPPJ en que se le da la calidad de atenuante hasta en una cuarta parte de la penalidad. Esto tiene antecedentes relacionados con prescripciones médicas, de prevención y gestión de riesgos en materia de seguridad, operacional y comercial y, propiamente, en materia jurídica en las ramas civil, fiscal, laboral, mercantil, etcétera. Formalmente, en documentos como la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, de los Estados Unidos.

4 CÓD. NAL. DE PROCED. PENALES, art. 422.

5 CÓD. PENAL FED. art. 11 bis.

6 SAGRISTÁ Sauleda, Jaume, *Compliance in Healthcare and Research*, REVISTA ESPAÑOLA DE CARDIOLOGÍA, (2001) <https://www.revespcardiol.org/en-compliance-in-healthcare-research-articulo-13019380>

7 Muriel Bedoya, Bernarda Sofia. *Compliance: Su evolución Y desafíos En Ecuador: ¿Hacia dónde Ir?»*. USFQ LAW REVIEW (marzo 5, 2023) <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/993>

2. Concepto de compliance

El compliance, también llamado ‘control de organización’, ‘sistema o programa de cumplimiento’, surge para la prevención de riesgos y la gestión de siniestros, que son la materialización de los riesgos, es decir, cuando el riesgo se materializa, y comienza a operar en las prescripciones médicas. Luego, se emplea el término en materias de seguridad, operacional, de negocios, fiscal, penal, entre otras. Sobre lo anterior, Clavijo Jave refiere: “es interesante apuntar que, en los primeros siglos de la humanidad, los riesgos que las personas enfrentaban provenían de la naturaleza, por lo que el control sobre tales riesgos era imposible”⁸. De esa manera el compliance se emplea de forma práctica, tal vez, con mucha anticipación a la RPPJ.

Cambridge Dictionary refiere que compliance se traduce como conformidad, docilidad y obediencia, y proviene de la lengua inglesa y, aunque no tiene una traducción según lo regulado por la Real Academia Española (RAE)⁹, se emplea como cumplimiento, sumisión, obediencia. En terminología médica, por ejemplo, hace referencia al cumplimiento de las prescripciones por los pacientes.

En ese sentido, Elizalde González en relación con el compliance refiere que se trata de un “término casualmente muy conocido por los médicos intensivistas en fisiología pulmonar, pero que aquí tiene otro significado muy diferente y que tiene su origen en la expresión en idioma inglés «to comply with», que significa algo así como «cumplir con» (una regla, una ley o una norma)”¹⁰.

Nieto Martín comenta en su *Manual de cumplimiento penal en la empresa* que “El término cumplimiento normativo (compliance) es uno

de los más vagos e inexpressivos que se haya acuñado jamás. Por sí sólo no dice apenas nada, salvo lo evidente: actuar conforme a la legalidad, entendiendo legalidad en un sentido amplio, que abarcaría el cumplimiento de obligaciones procedentes de la ley (civil, penal, administrativa, laboral, del mercado de valores, etc.), pero también las directrices internas de la empresa y en especial su código ético”¹¹.

Por su parte, Velasco Núñez explica: “El cumplimiento normativo —o compliance— es un concepto extenso que abarca, por un lado, tanto el cumplimiento (observación) de las normas de ius cogens o hard law, propias del ordenamiento jurídico en el que la corporación, empresa o persona jurídica debe coexistir y a las que se debe someter, como, por otro, el de los valores internos que se autoimponga voluntariamente, como soft law, para conseguir elevados estándares de ética (la social y la propia) en el ejercicio de su actividad”¹².

Cabe mencionar que las Organizational Sentencing Guidelines (OSG) estadounidenses, como referentes de medición de la culpabilidad de las personas jurídicas citan: “Los compliance programs o programas éticos y de cumplimiento efectivo, son aquellos diseñados para eximir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica mediante la prevención y detección de conductas delictivas en el seno de las empresas”¹³.

Un concepto más es aportado por Bernarda Muriel Bedolla quien cita al Comité de Compliance corporativo de los Estados Unidos, el cual establece: “Compliance es el conjunto de políticas y estrategias previstas por cada empresa para prevenir, detectar y evitar prácticas de corrupción

8 Clavijo Jave, Camilo. *Criminal compliance en el derecho penal peruano*. REVISTA DE DERECHO PUCP, núm. 73, julio-noviembre, 2014, pp. 625-647 (marzo 5, 2023) <https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656136023.pdf>.

9 Cambridge Dictionary, (marzo 5, 2023) <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/compliance>

10 MURIEL Bedoya, Bernarda Sofía. Op. cit.

11 NIETO MARTIN, ADAN ET.AL. *MANUAL DE CUMPLIMIENTO PENAL EN LA EMPRESA* 31 (2015)

12 RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ LÓPEZ, FERNANDO, *COMPLIANCE, Y RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS* 223 (2019)

13 BALLESTEROS SÁNCHEZ, JULIO, *RESPONSABILIDAD PENAL Y EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN LA PEQUEÑA Y GRAN EMPRESA* 403-404 (2021).

dentro de su estructura”¹⁴, de la misma manera menciona que el compliance se dirige a sancionar los casos en que no se realicen conductas leales, éticas y transparentes, así como a ubicar a responsables¹⁵, y que es motivado para eliminar la corrupción con objeto de generar seguridad, confianza e inversión.

Hormazabal Malaree, como se cita en Arocena, expone:

con el término compliance en el derecho anglosajón se quiere significar que una determinada actividad se desarrolla o se ha desarrollado dentro del marco de las normas jurídicas que regulan esa actividad”¹⁶, en consonancia con lo escrito por Kuhlen “El criminal compliance no consiste en asesorar a la empresa para que establezca una normativa interna que le permita moverse en el filo de la navaja, sino para que cumpla con lo dispuesto en los códigos éticos. Por esta razón, al compliance no le interesan necesariamente los complejos debates del Derecho penal económico acerca de si la conducta A es típica o constituye otro tipo de ilícito”¹⁷.

Lo anterior, se fortalece si consideramos que el compliance debe ser integral y antecedido por el compromiso ético de cumplirlo, lo que se fortalece con lo manifestado por Miguel Lamadrid Luengas: “El compliance no equivale únicamente a la defensa jurídica de la empresa, ya que involucra aspectos más allá de los estrictamente legales, vinculados a principios y valores asumidos voluntariamente por las organizaciones”¹⁸, que

también sostiene que lo primero a implementar es el código ético.

Se debe señalar que no existe un criterio de cumplimiento en materia penal unificado mundialmente, debido a que muchos países no aplican la RPPJ, ni el *criminal compliance*; y, por otro lado, la tipificación de ilícitos es diferente en cada país, incluso en cada Estado.

Lo anterior, se robustece con lo manifestado por Gustavo A. Arocena, al referir: “No se trata [...] del cumplimiento de una norma jurídica única, pues no existe esa norma genérica que regule todas las actividades, sino que existen normas de carácter sectorial a las que tienen que someterse la actividad”¹⁹.

Una vez que se han revisado algunas nociones del término compliance, es pertinente pasar a ubicar los elementos principales para su aplicación.

3. Elementos del compliance

Es un sistema o programa de cumplimiento normativo, control de organización o compliance en materia penal, además de tener como finalidad la prevención y gestión de riesgos, que, en el caso específico, se refiere a la comisión de tipos penales, y debe tener elementos mínimos para llevarse a cabo, por lo que Ontiveros Alonso establece como criterios básicos en la aplicación de un *criminal compliance program*, los siguientes:

1. *Examen de organización*
2. *Diagnóstico de riesgos*
3. *Eliminación de riesgos*
4. *Protocolización*
5. *Capacitación*

14 Ídem.

15 La gestión es la segunda finalidad del compliance, ya que en primera medida se deben evitar los riesgos. En segundo lugar, gestionarlos o resolverlos cuando estos se actualicen. Por otro lado, su finalidad legalmente es excluir o atenuar de responsabilidad a la empresa.

16 AROCENA GUSTAVO A. ET AL., RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL Y CRIMINAL COMPLIANCE 55 (2019).

17 KUHLEN, LOTHAR, ET AL., COMPLIANCE Y TEORÍA DEL DERECHO PENAL 28 (2013).

18 GARCÍA, CAVERO PERCY, ET AL., DERECHO PENAL Y PERSONA, IDEAS 1048 y 1049 (2019).

19 COCA VILA, IVÓ ET AL., COMPLIANCE Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 1-2 (2017).

6. Evaluación
7. Supervisión
8. Recepción de denuncias
9. Sanción y premiación
10. Actualización
11. Oficial de cumplimiento²⁰

Ramírez Acosta y Ferré Olivé también proponen algunos elementos para el funcionamiento de un sistema de cumplimiento:

- Definición clara de los valores y legislación que debe ser objeto reforzado de respeto en el seno de la empresa.
- Identificación de riesgos previsible, según el tipo de actividad de la empresa (sectores tecnológicos, energéticos, alimentarios, financieros, etc.). Este es un espacio en el que específicamente deben intervenir penalistas, junto a otros expertos, normalmente auditores.
- El compliance officer. Desarrollo de las tareas de supervisión y vigilancia.
- Programación de formas de control, atendiendo a la estructura, la jerarquía y los niveles organizativos dentro de la empresa.
- Identificación de las necesidades de la empresa (en base a sus actividades y dimensiones).
- Identificación de los códigos de conducta.
- Desarrollo de distintos programas de formación de trabajadores.
- Generación de canales de denuncia.
- Mecanismo de sanciones internas.
- Previsión de controles externos. Funciones de los auditores y evaluación externa del programa.

– Revisión periódica de los programas, que actualice el mapa de riesgos y las actuaciones que neutralizan las situaciones de peligro. La puesta en marcha real del programa es la mejor forma de valorar su funcionamiento y sus fallos, que deben ser regularmente corregidos²¹.

No se entrará al estudio de los anteriores criterios mínimos de funcionamiento del compliance en esta ocasión, sin embargo, se considera necesario visualizarlos para dar una idea de su funcionamiento y comprender mejor su aplicación como atenuantes o excluyentes de la RPPJ.

II. Disposiciones en materia de compliance como atenuante o excluyente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

En este estudio se propone revisar las disposiciones legales internacionales y nacionales, tanto federales como de los Estados de la República relativas al *compliance* como atenuante o excluyente de la responsabilidad penal en México, por lo que se omiten los artículos de esta, que no tienen aplicación directa a los sistemas de cumplimiento, controles de organización o *compliance* en materia penal.

Por lo anterior, cabe preguntarse *¿en qué casos y en qué condiciones los controles de organización, programas de cumplimiento o compliance deben tener el carácter de atenuante o excluyente de la responsabilidad penal para las personas jurídicas en México?*

Clavijo Javé señala que el Ministerio de Justicia del Reino Unido a través de la *Guía de la United Kingdom Bribery Act (UKBA)*, que a efecto de justificar la aplicación del *compliance* como excluyente de responsabilidad penal, se debe

20 ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, MANUAL BÁSICO PARA LA ELABORACIÓN DE UN CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAM 23 (2018).

21 RAMÍREZ ACOSTA, PAULA ANDREA Y FERRE OLIVÉ, JUAN CARLOS, COMPLIANCE DERECHO PENAL CORPORATIVO Y BUENA GOBERNANZA EMPRESARIAL 102 (2019).

señalar que la empresa estableció un programa de prevención correctamente diseñado, para lo cual establece seis principios relativos a la aplicación de medidas de prevención para el soborno, mismas que atenderán al tamaño y actividades de la empresa.

Proporcionalidad en los procedimientos (Proportionate Procedures): Los programas de cumplimiento deben atender al riesgo, naturaleza y complejidad en la empresa.

Compromiso de alto nivel (Top-level commitment): Debe existir un compromiso de los directivos y una cultura corporativa de prevención de la corrupción mediante medidas concretas.

Estudio de Riesgos (Risk Assessment): De manera periódica se debe evaluar la existencia de riesgos para la empresa:

Debida Diligencia (Due Diligence): La empresa debe realizar procedimientos para evitar o reducir riesgos.

Difusión (Communication): Se deben difundir políticas anticorrupción al personal, verificando su comprensión.

Monitoreo y revisión (Monitoring and Review): Se debe supervisar periódicamente el empleo de medidas de prevención, para detectar fallas en el sistema, y realizar las correcciones que se requieran²².

Al respecto, Rodríguez García indica que, si el programa fue bien planeado, si es aplicado de buena fe y si funciona en la práctica, puede entonces operar como excluyente o atenuante de la responsabilidad penal²³. Mientras que Alfonso Galán Muñoz refiere que el apartado 4 del artículo 31 bis del Código Penal español prescribe que se excluirá a la empresa de responsabilidad “si antes

de la comisión del delito, ha adoptado 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 su riesgo de comisión”²⁴.

Arroyo Zapatero aclara, que en España no existe jurisprudencia sobre el compliance en materia penal como atenuante o excluyente de responsabilidad²⁵.

En relación con ello, Ontiveros Alonso señala que en España el concepto de RPPJ está más avanzado, motivo por el cual su Código Penal señala los requisitos para los que un programa de cumplimiento normativo preventivo funcione tanto como excluyente o como atenuante de la responsabilidad penal²⁶.

Cabe mencionar que el Decreto Legislativo 231 de Italia ha servido como inspiración para la LO 1/2015 del Código Penal español, que copia los artículos que, a su vez, están inspirados en las normas internacionales, principalmente, en las Organizational Guidelines 2004 de los EE. UU.²⁷.

El artículo 31 bis en su apartado segundo establece que las personas jurídicas al adoptar de forma eficaz modelos de organización y gestión previamente al delito, estarán exentas de responsabilidad penal, siempre y cuando dichos modelos incluyan medidas de control y vigilancia para la prevención y reducción de riesgos adecuadas, y que la supervisión e implantación de estos se efectúe por un órgano de la persona jurídica con facultades para verificar la eficacia de los controles al interior de la persona jurídica. De esa forma, se revisará que quien haya cometido el ilícito ha burlado el compliance establecido, así como si existen falta de supervisión u omisiones

22 Clavijo Javé, Camilo Andrés, *Criminal compliance y sistema penal en el Perú*. (2016) (tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú).

23 RODRIGUEZ GARCÍA, NICOLÁS ET AL., *TRATADO ANGLOAMERICANO SOBRE COMPLIANCE PENAL* 489 (2021).

24 GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, *FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015* 164 (2017).

25 ARROYO ZAPATERO, LUIS ET AL., *EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA ERA DEL COMPLIANCE* 213 (2013).

26 ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, *GPS COMPLIANCE* 48 (2020).

27 *Compliance en Europa* CEUPE MAGAZINE, <https://www.ceupe.com/blog/compliance-en-europa.html>

en el control o vigilancia; lo cual se tomará en cuenta para la imposición de penas.

Tratándose de empresas pequeñas, el órgano de administración podrá realizar la supervisión, y si la empresa implementó y llevó a cabo correctamente el compliance para prever y gestionar los riesgos propios de su actividad, podrá exentarse de responsabilidad.

El artículo 31 bis en su apartado quinto señala los requisitos y contenidos mínimos para el funcionamiento de los modelos de organización y gestión²⁸, pero se debe señalar que el modelo de organización y gestión debe implementarse de manera previa a la comisión del delito para operar como excluyente y, en su defecto, actuará como atenuante.

Menéndez y Juanhux Corral, en su *Guía de legislación comparada*, en materia de responsabilidad penal, señalan que el artículo 31 quater del Código Penal (español) recopila un catálogo de atenuantes de la responsabilidad penal para la persona jurídica, que podrán considerarse cuando la persona jurídica con posterioridad a la comisión del ilícito y por medio de sus representantes legales, haya procedido, a confesar frente a las autoridades su infracción antes de conocer que el procedimiento judicial está dirigido en su contra. También, que hayan colaborado en la investigación del hecho y aportado pruebas determinantes, además, que haya procedido en cualquier momento antes del juicio oral a disminuir o reparar el daño ocasionado por el delito. Por último, que haya establecido antes de iniciar el juicio oral, medidas eficaces a fin de prevenir y descubrir los delitos que pudieran cometerse por la persona jurídica²⁹.

28 López Menéndez, Ana y Enya Juanhux Corral. *Guía de Legislación comparada en materia de responsabilidad penal*, 49-51. (marzo 6, 2023) file:///C:/Users/eagle/Downloads/M%C3%93DULO%20Cultura%20de%20Compliance_%20Guia%20de%20Legislaci%C3%B3n%20Comparada%20WCA.pdf

29 Id.

Sin embargo, no se explica si basta la existencia de alguna de las circunstancias atenuantes y el porcentaje de atenuación de la pena.

En España, comenta Ontiveros-Alonso, el concepto de RPPJ se encuentra más avanzado por lo que su Código Penal establece ya los requisitos para un programa de prevención delictiva y cumplimiento normativo que funcione como excluyente o atenuante de responsabilidad penal, siempre que sea realizado debidamente, haya partido de un diagnóstico de riesgos y se lleve a la práctica de manera eficaz en la empresa³⁰.

El Código Penal español, por ejemplo, establece:

Artículo 31 ter. 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Artículo 31 quater. 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

30 ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, GPS COMPLIANCE 48 (2020).

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 investigación 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.

Cabe reflexionar, según lo anterior, que, en caso de implementarse un programa de cumplimiento normativo, tan efectivo en su gestión, al grado de anular o eliminar los efectos negativos o consecuencias, pudiera considerarse otorgarle el grado de excluyente de la responsabilidad penal para la empresa, o un mayor porcentaje de atenuación de la pena.

Por su parte, la Ley Anticorrupción brasileña establece dos atenuantes que son la implementación de sistemas de *compliance* y la celebración de pactos de clemencia o indulgencia. En cuanto al *compliance*, la citada ley en su artículo 7 señala que al imponer la sanción se tomará en cuenta como atenuante que la empresa tenga mecanismos y procedimientos de integridad, así como auditorías e incentivos para la denuncia de irregularidades y códigos de ética efectivos³¹.

De la misma manera, en Perú, el artículo 12 de la Ley 30424 implementa un catálogo de atenuantes de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas, independiente de la responsabilidad de las personas físicas,

refiriendo como circunstancias atenuantes: “La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia; El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito; La reparación total o parcial del daño; La adopción e implementación por parte de la persona jurídica de un modelo de prevención, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral y La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención”³².

Por otro lado, la misma ley peruana en su artículo 17 señala que la persona jurídica se encontrará exenta de responsabilidad administrativa respecto a la comisión del delito, si con anterioridad a la comisión de este, adopta e implementa un modelo de prevención correspondiente a la naturaleza de sus riesgos, necesidades y características, acompañado de medidas de vigilancia correctas para la prevención con los siguientes elementos:

Un encargado de la prevención designado por el órgano administrativo, o éste en caso de pequeñas empresas.

Procedimientos de denuncia.

Difusión y capacitación constante del modelo de prevención.

Evaluación y monitoreo continuos del modelo de prevención³³.

En esta disposición se puede señalar que las circunstancias referidas se les da el carácter de atenuantes de la responsabilidad administrativa, sin indicar la responsabilidad penal, pese a referirse a la comisión de ‘delito’.

En argentina, cita Rodríguez-García, que la persona jurídica, de conformidad con la Ley 27401 del 2017, tiene exención de la pena al concurrir de forma simultánea tres condiciones (art. 9), que son los siguientes: “haber implementado

31 López Menéndez, Ana y Enya Juanhuix Corral. *Guía de Legislación comparada en materia de responsabilidad penal*, 75-76. (marzo 6, 2023) file:///C:/Users/eagle/Downloads/M%C3%93DULO%20Cultura%20de%20Compliance_%20Guia%20de%20Legislaci%C3%B3n%20Comparada%20WCA.pdf

32 Id. 68-69.

33 Id. 69-70.

un sistema de control y supervisión adecuado, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito [...] Las dos restantes condiciones aluden a conductas posteriores al delito. Una más que lógica, es haber devuelto el beneficio indebido. La otra es haber denunciado de manera espontánea el delito, como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna”³⁴.

1. Legislación federal en México

La legislación relativa al *compliance* en materia penal en México se limita a señalar, en el artículo 11 bis del Código Penal Federal lo siguiente:

las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico³⁵.

Sin mencionar este artículo en ningún momento la posibilidad de que los sistemas de cumplimiento normativo, controles de organización o *compliance* funcionen en algún supuesto como excluyentes de la responsabilidad penal para las empresas o personas jurídicas.

El mismo artículo en su último párrafo prescribe:

En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas

jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico³⁶.

Dicho órgano de control permanente encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones aplicables es el *compliance*, que aquí recibe el carácter de atenuante hasta en una cuarta parte de las sanciones aplicables al caso.

Por su parte, el CNPP hace alusión al *compliance* en su artículo 422, inciso a), llamándolo debido control en su organización, sin embargo, no menciona el carácter de atenuante ni de excluyente de la responsabilidad penal para la persona jurídica que lo implemente. Es, entonces, que en la legislación federal en México los controles de organización, sistemas de cumplimiento normativo o *compliance* en materia penal, tienen solo el carácter de atenuante hasta en una cuarta parte de la pena o sanción aplicable al delito o delitos de que se trate.

Anotado lo anterior, se procede a revisar la legislación común en materia penal, por lo que, además, se revisarán solo aquellos códigos penales de los Estados en los que se contemplen los controles de organización, sistemas de cumplimiento normativo o *compliance* como atenuante o excluyente de la responsabilidad penal para las empresas o personas jurídicas.

34 RODRÍGUEZ, GARCÍA, NICOLÁS ET AL., TRATADO ANGLIOIBEROAMERICANO SOBRE COMPLIANCE PENAL 70-71 (2021).

35 CÓD. PENAL FED. art. 11 bis.

36 Id.

III. Legislación penal en materia común relativa al compliance como excluyente o atenuante de la RPPJ

1. Código Penal para el Distrito Federal*

El Código Penal para el Distrito Federal, vigente para la Ciudad de México, en su artículo 27 Quintus establece:

Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona moral o jurídica haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes conductas: [...] c).- Establecer, antes de la etapa de juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica; o [...] ³⁷.

En este punto, al mencionar “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse...” hace referencia, concretamente, al compliance, sistema de cumplimiento normativo o control de organización, pero, al iniciar el artículo: “[...] haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito...”

En ese sentido, el citado artículo se debería referir, a su vez, a antes de la comisión del ilícito, o señalar que, si se establece el control de organización o compliance, deberá tener el carácter de atenuante en mayor porcentaje de la pena, o bien, el carácter de excluyente del delito. Circunstancia que el legislador de la Ciudad de México al parecer omitió, al no incluir al compliance como excluyente de responsabilidad penal previsto en la legislación en la que se basó

37 * Aunque el título del código contenga la palabra ‘federal’ se trata de legislación común o correspondiente a entidades estatales, o similares, sin ámbito de validez espacial para toda la República

CÓD. PENAL PARA EL DISTRITO FED., art. 27 Quintus.

(posiblemente la española), y que encuadraba de manera precisa al establecerse “antes” de la comisión del tipo penal.

2. Código Penal para el estado de Coahuila

El Código Penal para el Estado de Coahuila al respecto señala:

Artículo 70 Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad de la persona moral realizar, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes conductas:

[...] III. Establecer, antes de la etapa de juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica...” ³⁸.

De esta manera, el código establece el empleo de los sistemas de cumplimiento normativo, controles de organización o compliance como atenuante, aun cuando se implemente con posterioridad a la comisión del hecho imputado como delito, sin referir nada respecto a la calidad de estos como excluyente de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

3. Código Penal para el estado de Jalisco

Por su parte, en el código penal para el estado de Jalisco se adopta la RPPJ y el compliance, al señalar en el artículo 21:

Sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas, miembros o representantes de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, las personas jurídicas también

³⁸ COD. PENAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA, art. 70.

serán penalmente responsables según sea la clasificación jurídica que se les atribuya, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa por la conducta, cuando se cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le haya proporcionado la persona jurídica a la persona física o sus representantes, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, cuando se haya determinado, que además existió inobservancia del debido control en su organización³⁹.

Dicho control de organización al que se refiere es el *compliance*, del cual no menciona que pueda operar ni como atenuante ni como excluyente de la responsabilidad penal para las personas jurídicas.

4. Código Penal para el estado de Quintana Roo

El Código Penal para el estado de Quintana Roo al respecto, establece:

Artículo 18 Ter. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la fracción I del artículo 18 Bis, la persona jurídica quedará excluida de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: a) El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización, gestión y prevención que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas y adecuadas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; b) La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de organización, gestión y 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; c) Los autores individuales han (sic.) cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención,

y d) 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 del inciso b). En los casos en los que las anteriores condiciones solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada para los efectos de atenuación de la pena. En las personas jurídicas que entren en la clasificación de micro y pequeñas empresas, las funciones de supervisión a que se refiere la condición marcada con el inciso b) de este artículo, podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas consideradas como micro y pequeñas empresas, aquéllas que estén consideradas así según con su tamaño, en la estratificación emitida por la legislación aplicable vigente⁴⁰.

Aquí, ya se logra observar la aplicación de los controles de organización, programas de cumplimiento o *compliance* como excluyente de responsabilidad para las personas jurídicas. Si el órgano de administración ha adoptado las medidas de control y vigilancia adecuadas, desde antes de la comisión del delito, pero, además, señala que la supervisión debe ser encargada a un órgano autónomo, y que dicho órgano no haya cometido una omisión en sus funciones de supervisión. No obstante, refiere que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención, lo que implica que debieron realizar su conducta por medio del engaño al órgano supervisor y que, además, hayan obtenido un lucro indebido si se habla de "fraudulentamente". De no darse alguno de esos elementos no se podría aplicar el control de organización empleado, como un excluyente de responsabilidad. De manera que bastaría, o sería mejor, que señalara que dichos sujetos actuaron de manera independiente a la persona jurídica, sin entrar en mayores detalles respecto a si se integra por ellos el delito de fraude o el grado de su intencionalidad. Estos supuestos se aplican si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la fracción I del artículo 18 Bis, que son los representantes legales o aquellos

39 CÓD. PENAL PARA EL EDO. DE JALISCO. art. 21.

40 CÓD. PENAL PARA EL EDO. DE QUINTANA ROO. art. 18 Ter.

que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, que están autorizados para la toma de decisiones en nombre de la misma u ostentan facultades de organización y control dentro de ella, y los delitos se cometan en nombre o por cuenta de la misma persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto.

Los anteriores, son aspectos que, al tener un mayor número de requisitos, podrían dificultar la integración del tipo o tipos penales correspondientes; pero que, por otra parte, de no integrarse las condiciones de los supuestos que refiere en sus fracciones, podrá considerarse previo estudio, la posibilidad de que el programa de cumplimiento normativo, control de organización o compliance opere como atenuante, sin señalar en qué porcentaje de la penalidad corresponde al delito o delitos de que se trate.

El mismo código para el estado de Quintana Roo, establece:

Artículo 18 Quáter. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la fracción II del artículo 18 Bis, la persona jurídica quedará excluida de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y prevención que resulte idóneo y adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión y, además, que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente dicho modelo. En los casos en los que la anterior circunstancia solamente pueda ser objeto de acreditación parcial, será valorada para los efectos de atenuación de la pena⁴¹.

Entonces, al emplearse un modelo de organización, gestión y prevención de delitos idóneo y adecuado, antes de la comisión del delito, este modelo tendrá el carácter de excluyente de la responsabilidad penal para la persona jurídica. Sin embargo, establece que dicho modelo, que es en sí un compliance, debe reducir de manera

significativa el riesgo de comisión del delito o delitos, lo cual, pudiera resultar difícil de valorar o evaluar; así como también señala que los autores individuales, para cubrir o completar el supuesto excluyente, deberán cometer el delito o delitos eludiendo fraudulentamente el modelo de prevención citado, y para el caso de no cumplir con todos estos requisitos, podrá considerarse el que el modelo empleado opere como atenuante y no excluyente de la responsabilidad penal para la persona jurídica.

El mismo código establece en su Artículo 18 Septies:

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 acciones: [...] IV. Haber establecido, antes del auto de apertura a juicio, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica⁴².

En esta última parte se considera el establecimiento del compliance como atenuante al implementarse después de cometido el delito, sin embargo, al establecer que sea 'eficaz' implica que el ilícito cometido no tuvo consecuencias o estas fueron disminuidas por una correcta gestión de riesgos.

5. Código Penal para el estado de Yucatán

En el mismo orden de ideas, el Código Penal para el estado de Yucatán menciona:

Artículo 16 Quáter.- Si el delito fuere cometido por los representantes o administradores de hecho o de derecho, la persona moral quedará excluida de responsabilidad si se cumplen

41 Id. art. 18 Quarter.

42 Id. art. 18 Septies.

las siguientes condiciones: a) El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización, gestión y prevención que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneos y adecuados para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. b) La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de organización, gestión y prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona moral 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 moral. c) Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención. d) 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 del inciso b). En los casos en los que las anteriores condiciones solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada para los efectos de atenuación de la pena. En las personas morales que entren en la clasificación de micro y pequeñas empresas, las funciones de supervisión a que se refiere la condición marcada con el inciso b) de este artículo, podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. Para efecto del párrafo anterior, son personas morales consideradas como micro y pequeñas empresas, aquéllas que estén consideradas así según su tamaño en la estratificación emitida por la legislación aplicable vigente⁴³.

Esta disposición coincide con la respectiva del Código Penal para el estado de Quintana Roo, y considera al *compliance* como excluyente de responsabilidad para la persona jurídica cuando el delito es cometido por representantes o administradores, es implementado con eficacia, la supervisión es realizada por un órgano autónomo, no se ha cometido alguna omisión en su aplicación

y no se ha eludido fraudulentamente. De manera que este último aspecto resulta controvertido, porque el ser fraudulento conlleva la integración de un tipo penal diverso, en cuya comisión se encontrarían involucradas personas físicas, por lo que se considera que más bien se podría utilizar el término “dolosamente” en lugar de fraudulentamente, pero, aun así, el haber eludido al *compliance* tendría que ser de manera intencional o dolosa, y nunca culposa, por lo que el calificativo está de más.

Por su parte, en el mismo código, el artículo 16 *Quinquies* establece:

Si el delito fuera cometido por quienes estando subordinados o sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el primer párrafo del artículo anterior, la persona moral quedará excluida de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y prevención que resulte idóneo y adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión y, además, que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente dicho modelo. En los casos en los que la anterior circunstancia solamente pueda ser objeto de acreditación parcial, será valorada para los efectos de atenuación de la pena⁴⁴.

En relación con el precepto anterior, cabe la duda de ¿a quién correspondería calificar la idoneidad del modelo de gestión empleado? Pudiendo corresponder dicha función a un perito o a otro tipo de encargado que podría ser designado por la autoridad judicial.

Finalmente, el mismo código establece:

Artículo 16 *Octies* - Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas morales haber realizado, con posterioridad

⁴³ CÓD. PENAL PARA EL EDO. DE YUCATÁN, art. 16 Quarter.

⁴⁴ Id, art. 16 Quinquies.

a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes acciones:

I.- Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a aceptar su responsabilidad ante las autoridades investigadoras;

II.- 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;

III.- Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al auto de apertura a juicio, a reparar o disminuir el daño causado por el delito;

IV.- Haber establecido, antes del auto de apertura a juicio, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona moral⁴⁵.

Igualmente, el Código Penal de Yucatán coincide con el de Quintana Roo en las consideraciones que establecen a los controles de organización, sistemas de cumplimiento normativo o compliance como atenuantes de la responsabilidad penal para las personas jurídicas cuando una vez cometido el delito la empresa acepta su responsabilidad antes del inicio del procedimiento, colabora en la investigación de este, repara daño y establece medidas eficaces de prevención de delitos o compliance en materia penal, antes del auto de apertura a juicio.

Por su parte, los códigos penales de Chihuahua y Veracruz reconocen la RPPJ, sin señalar nada respecto a los controles de organización, sistemas de cumplimiento normativo o compliance en materia penal.

Cabe señalar que la legislación relativa al compliance en materia penal como atenuante o excluyente de la RPPJ en México, es acotada e inconsistente, porque en materia federal se limita a considerar que “las sanciones podrán atenuarse

hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico”⁴⁶. Esto, sin mencionar la posibilidad de que opere también como excluyente; mientras que en materia del fuero común no se establecen de manera uniforme las calidades de atenuante y excluyente de la RPPJ, de forma que en la mayoría de los estados no se contempla la figura de la RPPJ, ni se señala la procedencia de los compliance en materia penal, ni como excluyente ni como atenuante de la RPPJ, y solo en los códigos penales para los estados de Quintana Roo y Yucatán se da a los compliance la posibilidad de operar como atenuantes o excluyentes de la citada RPPJ.

Debemos señalar, también, que se observan requisitos que los distintos legisladores agregan para la procedencia del compliance como atenuante o excluyente de la RPPJ, como el devolver el lucro obtenido, colaborar con la investigación o denunciar. Sin embargo, estos no son propiamente parte de un criminal compliance, sino aspectos convenientes y coexistentes para conceder la atenuante de responsabilidad.

Sobre los aspectos que pueden influir en la atenuante de la RPPJ, Vanegas Fernández refiere, respecto a la legislación ecuatoriana, en materia de compliance como atenuante de la RPPJ, la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción (COIP), que contempla los programas de cumplimiento normativo o compliance, como atenuantes de la RPPJ. Se señalan, por lo tanto, circunstancias específicas de atenuación que la reforma en su artículo 1 establece:

En el artículo 45, agréguese a continuación del numeral 6, el siguiente: 7.

45 Id. art. 16 Octies.

46 CÓD. PENAL FED. art. 11 bis.

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 organización⁴⁷.

Se pueden observar, por lo tanto, en los primeros tres incisos, las circunstancias convenientes y que pueden ser coexistentes con la citada en el cuarto inciso, para conceder la calidad de atenuante de la RPPJ, pero que no significa en este caso, que deban darse o presentarse todas. En ese sentido, cada una es considerada atenuante, como se puede leer.

En la misma legislación, además, se establece: "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 corporación, ya sea por un defecto en la organización o por la intervención directa"⁴⁸. Siendo que el establecimiento del criminal compliance es considerado en otras legislaciones como excluyente de la RPPJ.

Vanegas-Fernández, por su parte, menciona que la legislación citada presenta problemas como la cuantificación de la sanción, y que en dado caso la RPPJ también debería contar con agravantes, lo cual se considera de manera afirmativa, cuando los daños causados por la actividad empresarial sean graves y de difícil o imposible reparación. El compliance, igualmente, podría ser objeto de exclusión de la pena para las personas jurídicas.

Por otro lado, Gutiérrez-Pérez llama la atención sobre la dificultad a resolver como se establece que los programas de cumplimiento

47 Vanegas, Fernández, H. G., Compliance programs como atenuante de responsabilidad penal de las personas jurídicas: novedad o gatopardismo. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO, 71 (281-1), 370. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2021.281-1.81073>.

48 Id. 372.

tengan eficacia y validez, así como idoneidad para ser evaluados como atenuante de la RPPJ⁴⁹, sin embargo, y sin entrar en la polémica de si pueden ser idóneos y eficaces a la vez, y si dichas características pueden coexistir o son excluyentes una de otra; es de considerar que los medios en el compliance deben ser idóneos y los procedimientos o procesos eficaces, y tales calidades las deben detener especialmente en sus modelos de prevención y gestión enfocados concretamente en la actividad de la persona jurídica de la que se trate.

Una vez observados los criterios mínimos de cumplimiento por parte de la empresa, y habiendo comprobado su efectividad, es recomendable que el criminal compliance tenga un mayor porcentaje de reducción de la penalidad. A su vez, en los casos en que existan delitos que ocasionen daños irreparables y graves (v. g. derrames de tóxicos o contaminantes), debe existir una mayor penalidad y medidas efectivas para evitar que se actualicen ese tipo de riesgos y para que se gestionen eficientemente, una vez ocurridos.

IV. Conclusiones

En el ámbito federal no existen elementos que determinen la excluyente de RPPJ en el compliance. Algunas entidades federativas sí lo refieren en su legislación, lo que hace imperativa la armonización de ambas legislaciones, dado que en un mismo hecho pueden coexistir tipos penales federales y comunes.

Los elementos necesarios para que el compliance opere como excluyente de la RPPJ consisten en que deberá implementarse con anterioridad al hecho imputado como delito, y que sea acreditada su eficacia en la prevención y gestión de delitos. Mientras que para operar como atenuante de la RPPJ deberá implementarse cuando habiendo ocurrido el hecho señalado como delito, se acredite su eficacia en la prevención y gestión de delitos, y elimine o disminuya las consecuencias del hecho imputado.

Para la validación del criminal compliance como excluyente o atenuante de la responsabilidad penal se debe acudir a organismos certificadores (especializados en la actividad de la empresa) que verifiquen su eficacia y probidad, mismos que deben ser independientes y externos.

49 Gutiérrez, Pérez, Elena., Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La "eficacia e idoneidad" como principios rectores tras la reforma de 2015. REVISTA GENERAL DE DERECHO PENAL 24 (2015) 12-13.