

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

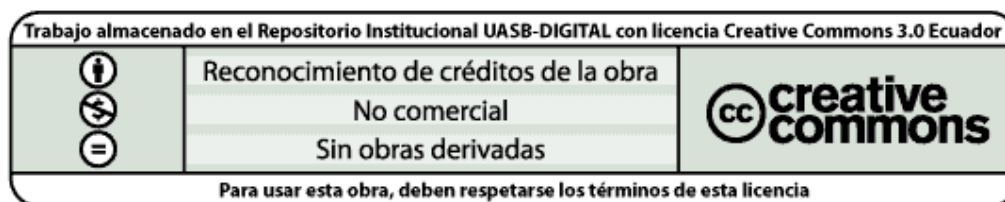
Maestría en Derecho de la Empresa

**La necesidad de limitar los presupuestos de la punibilidad de la
persona jurídica en el COIP**

Carmen Elisa Corral Calva

Tutor: Pablo Encalada Hidalgo

Quito, 2018



CLAÚSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS:

Yo, Carmen Elisa Corral Calva, autora del trabajo intitulado “La Necesidad de Limitar los Presupuestos de la Punibilidad de la Persona Jurídica en el COIP” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Fecha: 2 de abril de 2018

Firma:

RESUMEN:

La necesidad de limitar los presupuestos de punibilidad de la persona jurídica establecidos en el COIP se da en razón de que, si bien la regulación de responsabilidad penal de la persona jurídica, se encuentra justificada, los supuestos previstos en la Ley llegan a ser excesivos y dan lugar a que la persona jurídica pueda ser sancionada penalmente por un sin número de circunstancias, poniendo en riesgo derechos de personas inocentes y exponiendo a la actividad empresarial a un estado de vulnerabilidad.

La regulación de responsabilidad penal en contra de la persona jurídica se encuentra justificada por el apareamiento de nuevas formas de criminalidad organizada que producen daños en proporciones mayores, lo cual ha requerido de la intervención del Derecho Penal en la actividad empresarial para sancionar y contener estas conductas.

Por su parte, los nuevos fundamentos teóricos consideran a la persona jurídica como sujeto punible, por cuanto, al ser capaz de gozar de derechos y contraer obligaciones, también es capaz de responder por sus actuaciones; además, que su responsabilidad se fundamenta en la falta de cumplimiento de su deber de control para evitar la comisión de actos ilícitos en su interior.

En el presente trabajo se realizará un análisis sobre la falta de definición clara de los elementos previstos en el artículo 49 del COIP para la procedencia de la responsabilidad penal en contra de la persona jurídica; y, se planteará como soluciones, el uso de otras ramas del Derecho que pueden ser igual de efectivas para la sanción y contención de estas conductas, para así evitar un abuso del sistema penal; además, se planteará la obligación para las personas jurídicas, del establecimiento de sistemas de control, lo cual podrá dar paso a la procedencia de responsabilidad penal por configurarse la causal de incumplimiento del deber de control.

Palabras clave: responsabilidad penal; persona jurídica; criminalidad organizada; limitar; vulnerabilidad; punibilidad; actividad empresarial; control; sistema de imputación; COIP; Ecuador

AGRADECIMIENTOS:

Expreso mi agradecimiento a las autoridades de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; a la Coordinadora de la Maestría Profesional de Derecho de la Empresa, Dra. María Elena Jara, por su interés y colaboración para la consecución de este objetivo; al Dr. Pablo Encalada Hidalgo por su guía y tutoría en la elaboración de este trabajo; y a los profesores Dra. Vanessa Aguirre y Dr. Álvaro Román, por la revisión y correcciones realizadas en el producto final.

DEDICATORIA:

A Isabela, por llenar mi vida de alegría y ser mi principal motivación para alcanzar todas mis metas; a mis padres Victoria y Francisco por apoyarme en cada etapa de mi vida; y, a todos mis familiares y amigos que colaboraron conmigo para la consecución de este objetivo.

TABLA DE CONTENIDOS:

1.	CAPÍTULO PRIMERO:	
	La responsabilidad penal de la persona jurídica desde la dogmática penal	8
1.1.	La persona jurídica como sujeto de Derecho y como sujeto de Derecho Penal	8
1.2.	La persona jurídica como organización en la que intervienen un conjunto de voluntades de personas individuales	10
1.3.	Fundamentos teóricos de la responsabilidad penal de la persona jurídica	16
2.	CAPÍTULO SEGUNDO:	
	Criterios para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica desde la legislación comparada y su tratamiento a través de otras ramas del Derecho.....	25
2.1.	Antecedentes históricos sobre la regulación de la responsabilidad jurídica y tratados internacionales	25
2.1.1	Convención de Lucha contra la Delincuencia Organizada Transnacional	26
2.1.2.	Convención de Lucha contra la Corrupción	27
2.2.	Los presupuestos fácticos de imputación penal de la persona jurídica establecidos en legislaciones extranjeras	28
2.2.1.	España	28
2.2.2.	Argentina	29
2.2.3.	Chile	31
2.3.	La responsabilidad penal de la persona jurídica tipificada en “ <i>numerus clausus</i> ”.....	37
2.3.1.	Actuación de la persona jurídica propiamente, a través de personas físicas que actúan en su representación	38
2.3.2.	Determinación en la Ley de los delitos respecto de los cuáles corresponde su aplicación	39
2.3.3.	Beneficio directo para la persona jurídica o sus accionistas.....	40
2.3.4.	Afectación de bienes jurídicos e intereses de terceros, ajenos a la persona jurídica	41
2.3.5.	Inexistencia de sistemas de control y prevención de delitos dentro de la organización	42
2.3.6.	Establecimiento de sistema de imputación propio para la persona jurídica	45
2.4.	Aplicación de otras ramas del Derecho para prevenir y sancionar conductas ilícitas de la persona jurídica	46
2.4.1.	Derecho Societario a través de la doctrina del Compliance	46
2.4.2.	Derecho Administrativo Sancionador	51

3.	CAPITULO TERCERO:	
	Crítica a los presupuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica establecidos en el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal	55
3.1.	Análisis sobre el estado de vulnerabilidad de la actividad empresarial en el Ecuador	55
3.2.	Propuesta de reforma a la norma	69
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	73

Capítulo primero

La responsabilidad penal de la persona jurídica desde la dogmática penal

1.1. La persona jurídica como sujeto de Derecho y como sujeto de Derecho Penal:

Por sujeto de derecho se entiende al individuo o persona determinada, sea humana o física, jurídica o colectiva, susceptible de derechos u obligaciones;¹ así como a quien goza de la protección legal de sus intereses y fines, reconociéndosele como titular de una capacidad autónoma de obrar.²

Por su parte, la persona jurídica es definida en el artículo 564 del Código Civil ecuatoriano como: "...una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

En principio, podría decirse que la existencia de la persona jurídica no es real o física, sino que tiene lugar únicamente en el plano jurídico, por cuanto el otorgamiento de la personalidad jurídica constituye un medio técnico que permite, a efectos del Derecho, una simplificación de las relaciones jurídicas, tomando a un grupo de personas como una sola entidad, la cual es sujeto activo o pasivo de las obligaciones y permite su actuación para emprender actividades tendientes a la realización de un fin común. Incluso, se puede decir que los fines y metas que persigue, superan la capacidad de lo individual, siendo que solo pueden ser alcanzados por una organización estructurada.

Es importante señalar además que la persona jurídica nace de un contrato o de un acto jurídico o normativo que la crea, en el caso de una compañía, por ejemplo, nace de un contrato de sociedad;³ en el caso de una fundación, nace de una resolución administrativa que la crea; sin embargo, lo importante es precisar que se constituye en un ente distinto al de los socios.

¹ Guillermo Cabanellas, "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Heliasta, SRL, 2008.

² Rosario Susana López, "Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de las consecuencias accesorias: ¿sanción penal o medida administrativa?", 4. En: <www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/respo_pjuridicas.doc> Fecha de consulta: 2017-07-02.

³ Ley de Compañías, (publicada en el R.O. N° 312 de 5 de noviembre de 1999) artículo 1: Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

La persona jurídica es definida por José Luís De Benito, como: “aquella unidad jurídica resultado de una ordenación hacia un fin de Derecho Público o Privado, en la que figuran como componentes personas individuales cuya suma de voluntades engendra una nueva voluntad colectiva, capaz del ejercicio de derechos patrimoniales frente a terceros y aún a sus propios componentes”.⁴

Por su parte, Hugo Efraín Richard señala que:

“... la persona jurídica es una construcción artificial creada por la ciencia del Derecho... es un haz de obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos, por tanto, un conjunto de normas jurídicas... que es determinada por el ordenamiento positivo... Es una organización humana, encaminada a la consecución de un fin, a la que el Derecho acepta como miembro de la comunidad, otorgándole capacidad jurídica y un tratamiento jurídico unitario... lo cual facilita las relaciones internas y externas, generando un sistema simplificado de las relaciones jurídicas a través del recurso de la personalidad...”⁵

De las definiciones anotadas, se evidencia que la persona jurídica es creada para gozar de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico, tales como: el derecho a la igualdad ante la Ley, derecho de asociación, libertad de expresión, libertad de empresa, acceso a la información pública, ejecutar actividades económicas y de creación intelectual o científica; garantías constitucionales y debido proceso; e, incluso otros derechos de tipo personalísimos, como el derecho a un buen nombre, reputación, identidad, privacidad, entre otros.

Su creación, no obstante, también implica la imposición de obligaciones legales de todo tipo como: tributarias, laborales, medioambientales, administrativas, etc.; siendo que su incumplimiento, le puede acarrear responsabilidades administrativas y civiles.

Una característica importante de la persona jurídica es que tiene un patrimonio propio e independiente al de las personas naturales que la componen, de esta manera, la responsabilidad por las obligaciones contraídas le corresponde a ella y no a sus socios directamente, siendo que estos responden solamente hasta por el valor de sus participaciones o acciones; esto determina también que, la razón de ser de la persona

⁴ José Luís De Benito, “La personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles”, Edit. Rev. D° Privado, Madrid, pág. 56.

⁵ Efraín Hugo Richard, “Persona jurídica y Empresa”, En: Libro Homenaje al Profesor Dr. Alberto J. Bueres, Ed. Hamurabbi, Buenos Aires, 2001, pág. 341.

jurídica es que ésta sea considerada como un ente distinto a sus socios y sea capaz de responder por sí misma frente a terceros por sus actuaciones.

Como vemos, para diversas ramas del Derecho, la persona jurídica actúa por sí misma, sin que exista un problema jurídico en la determinación de responsabilidades en su contra o el reconocimiento de derechos que a ella le corresponden; sin embargo, reconocer a la persona jurídica como sujeto de Derecho en el campo penal, reviste cierta complejidad y requiere la consideración y aceptación de nuevos criterios.

Bajo este presupuesto, Silvina Bacigalupo argumenta que el concepto de acción, no corresponde exclusivamente al campo físico, sino que se determina más bien en función de actos de voluntad; de esta manera, sostiene que por sujeto de Derecho Penal no solo se entiende a quien haya ocasionado un resultado, sino también a quien sea competente, es decir, tenga del deber de realizar una determinada acción.

En este sentido indica que los conceptos de causalidad, capacidad, culpabilidad, entre otros, se convierten en conceptos de competencia, por lo que la persona jurídica al ser un sujeto competente, capaz de actuar, puede ser responsable sobre asuntos de relevancia penal;⁶ de lo cual se puede concluir que sí es posible juzgar y sancionar penalmente a una persona jurídica, no obstante, para dicho efecto, es necesaria la consideración de presupuestos legales que se ajusten a su naturaleza jurídica.

1.2. La persona jurídica como organización en la que intervienen un conjunto de voluntades de personas naturales

La personalidad jurídica de una organización, empresa o fundación es otorgada con fines jurídicos para que estos entes ficticios puedan convertirse en sujetos de derecho y formar parte de relaciones jurídicas; sin embargo, al ser incapaces de actuar por sí mismos, lo hacen a través de sus representantes legales que son personas naturales con conocimiento y voluntad propia.

Siendo entonces que los actos de la persona jurídica y sus consecuencias jurídicas surgen de la acción de una o varias personas naturales que actúan a nombre de ella, resulta lógico concluir cuando hablamos de delitos cometidos por o desde una persona jurídica, que el acto es pensado, querido y ejecutado una de las personas

⁶ Silvina Bacigalupo, "La responsabilidad de las personas jurídicas: Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal", ARA Editores, Lima, 2002, pág. 12.

naturales que actúan en su nombre, independientemente de su nivel jerárquico de mando o representación.

En este sentido, Silvina Bacigalupo, al referirse sobre los actos que revisten importancia penal, ejecutados por una persona jurídica, entendida como un grupo de personas organizadas por medio de la división del trabajo, señala que se presentan problemas específicos de imputación jurídico-penal debido a la escisión de responsabilidad y acción; y de esta forma se plantean dos cuestiones: a) hasta qué punto y bajo qué condiciones el que actúa realmente como representante puede ser perseguido como tal; b) hasta qué punto y bajo qué condiciones puede ser responsable penalmente la empresa misma.⁷

Justamente, la naturaleza jurídica de la persona jurídica y su actuación a través de representantes es el centro de la problemática en el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por cuanto en una organización empresarial, encontramos que actúan múltiples personas naturales en distintos niveles jerárquicos y con diversas funciones, que, si bien actúan a nombre de la empresa en el ejercicio normal de sus funciones, en el caso de la comisión de un acto ilícito, no siempre se podrá decir que actúan en su representación o con consentimiento y conocimiento del resto de personas que componen el ente colectivo.

Según Susana Escobar Vélez,⁸ la división y delegación de trabajo en la organización, es la condición que impide determinar de forma precisa a quien corresponde la responsabilidad en casos de delitos cometidos desde la empresa; en ciertos casos puede ocasionar que un determinado hecho quede en la impunidad o que, por el contrario, las personas que actúan bajo mandato o en cumplimiento de órdenes superiores, puedan ser acusadas de tener participación en un hecho delictivo. Es así que se torna en una tarea difícil, detectar y probar la responsabilidad de un alto directivo sobre la decisión adoptada en el seno del organismo o la responsabilidad de un empleado por ejecutarla.

⁷ Silvina Bacigalupo Saggese, "La responsabilidad de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal", tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid – Facultad de Derecho. En: <<https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/29501/bacigaluposaggese-silvina.pdf>>, Fecha de consulta: 2017-06-21.

⁸ Rafael Berruezo, "La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica", 8. En: <<https://www.fielweb.com>>, Fecha de consulta: 2017-06-14.

Precisamente, sobre la actuación de la persona jurídica a través de personas naturales, encontramos las siguientes teorías que explican sobre la responsabilidad penal, que puede atribuirse a ésta por la actuación de sus representantes:

La teoría de “actuar en lugar de otro”, que de acuerdo a Susana Escobar Vélez, tiene su manifestación más frecuente en el ámbito de las personas jurídicas, se concentra en estudiar el caso en el que los tipos penales establecen un sujeto activo calificado, de forma que el acto típico solo se produce si es ejecutado por un sujeto con una determinada calidad; por lo que, cuando un sujeto con distinta calidad comete tal acto en nombre del sujeto calificado, se produce una “laguna de impunidad” ya que no se configura el tipo.⁹

La autora mencionada señala que: “lo relevante no es el vínculo formal que exista entre el actuante en lugar de otro y su representado, sino la asunción de la posición de garante por parte de aquél, frente al bien jurídico protegido, de tal forma que la conducta del *extraneus* sea equivalente a la del autor idóneo”.¹⁰ De esta manera, se obtiene que tanto el ente colectivo como las personas naturales que participaron en el hecho delictivo pueden ser penalmente imputables.

Relacionada a la teoría de la autoría en lugar de otro, se encuentra la teoría de representación de la disociación, según la cual, Escobar Pérez señala:

“el requisito para que pueda presentarse una actuación en lugar de otro es la existencia de un vínculo formal de representación entre representante y representado. En efecto, a través de la representación derivada del mandato civil se transmiten los elementos especiales del representado al representante, convirtiendo a este último en el destinatario de la norma contenida en el tipo especial... el fundamento de esta teoría se encuentra en “el deber secundario”, esto es, el cumplimiento de los deberes del representado, determinados en la ley o los estatutos”.¹¹

En ciertos casos, la aplicación de esta teoría puede implicar que sea la persona física o natural que actúa a nombre de la organización a la que se le atribuya responsabilidad penal; y, que a la persona jurídica se le atribuyan únicamente consecuencias jurídicas accesorias, mas no una penal como tal.¹²

⁹ *Ibíd*, 8.

¹⁰ *Ibíd*, 25.

¹¹ *Ibíd*, 27.

¹² Rosario Susana López, “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de las consecuencias accesorias: ¿sanción penal o medida administrativa?”, 4, En:

<www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/respo_pjuridicas.doc>. Fecha de consulta: 2017-07-02.

Esta es la razón por la que, debido a que una organización se encuentra conformada por varias personas naturales, la división y delegación de trabajo, es la condición que impide determinar de forma precisa a quien corresponde la responsabilidad; en ciertos casos puede ocasionar que un determinado hecho quede en la impunidad o que por el contrario, personas que, en ciertos casos actúan bajo mandato o en cumplimiento de órdenes superiores, puedan ser acusadas de tener participación en un hecho delictivo.¹³

Al respecto, Laura Zúñiga se refiere a la complejidad que representa la determinación de responsabilidades en un ente colectivo, señalando que:

“... un estudio pormenorizado de la actuación en el seno de organizaciones complejas, como las de tipo empresarial, nos demuestra que, debido a la complejidad del modo de producción industrial y comercialización de los productos, la división del trabajo existente dentro de las organizaciones, la distribución de funciones (de tipo horizontal o vertical), la delegación de las mismas, la existencia del deber de obediencia, el principio de confianza que rige los eslabones de funcionamiento de la cadena organizacional, los comportamientos que pueden dar lugar a lesiones de bienes jurídicos, son conductas de carácter complejo, donde se produce una fragmentarización de la decisión y de la ejecución de las actividades, llevando ello necesariamente, a que estos comportamientos no puedan subsumirse en los modelos de imputación penal existentes, diseñados a partir de un injusto y una culpabilidad construidos bajo los paradigmas de una persona física dotada de voluntad...”¹⁴

En esta misma línea, se debe considerar también que los ámbitos de decisión y actuación se encuentran divididos a partir de una serie de actos de delegación, teniendo cada miembro de la organización funciones específicas, por ser necesario para la eficiencia productiva; y, esto a su vez, conlleva a que no todos los miembros conozcan sobre todo lo que ocurre en el seno de la empresa.

Esta posibilidad de confiar en el trabajo de otro, podría tener un efecto exoneratorio de posibles responsabilidades penales, aunque respecto de los superiores jerárquicos existe un deber vigilar las conductas de sus inferiores.¹⁵

¹³ Rafael Berrueto, “La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica”, 10

¹⁴ Laura Zúñiga, “Bases para un modelo de imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas”. Editorial Aranzadi- España- Año 2000, 188 a 189.

¹⁵ Ramón Ragués, “Atribución de Responsabilidad Penal en Estructuras Empresariales. Problemas de Imputación Objetiva”. En: Revista de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales de Buenos Aires. Publicación Semestral, 2002, pág. 203.

Respecto a esta temática, encontramos también la teoría del acto complejo, la cual expone que, el contrato de sociedad se constituye por dos o más declaraciones de voluntad que tienen un mismo contenido y buscan un mismo fin, uniéndose para lograr una voluntad única; de esta manera, las personas intervinientes pierden su voluntad para quedar sujetos a la voluntad del ente creado; sin embargo, cada acto que se realiza a nombre de la persona jurídica, es en sí actuado y ejecutado por personas naturales, con voluntad propia.¹⁶

Finalmente, encontramos la teoría realista que señala que la persona jurídica está dotada de voluntad propia, la cual es expresada por medio de sus órganos, quienes no son meros representantes, sino que expresan directamente la voluntad de la persona que es una expresión de una voluntad colectiva. Con base en este fundamento, se afirma que, las personas jurídicas tendrían responsabilidad penal y civil directa, ya que actúan a través de órganos que expresan una voluntad colectiva real.¹⁷

Es así que Ramón Ragués afirma que la imputación subjetiva de responsabilidad penal en estructuras empresariales resulta muy complicada, debido a que los actos de la persona jurídica son ejecutados en distintos niveles, por lo que se pueden presentar varios problemas.¹⁸

Uno de ellos, por ejemplo, es el caso de una o varias personas naturales que, teniendo capacidad de representación, usa a la organización para para la comisión de delitos, sin que otras personas naturales que son partícipes del contrato de sociedad, conozcan o tengan la intención de realizar tales actos.

En ambos casos se presenta un riesgo de abuso del Derecho Penal, puesto que las consecuencias de una pena pueden recaer sobre todos los accionistas que conforman la organización sin que hayan participado, consentido o conocido sobre el delito. Esta situación se agrava en las organizaciones tipo sociedad anónima o las organizaciones transnacionales, las cuales tienen un gran número de accionistas que pueden ser personas naturales o jurídicas, domiciliadas en distintos Estados, y que no participan en

¹⁶ Liz Vicuña, "La Sociedad y la Empresa: sus principales aspectos diferenciados" En: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493233.pdf>. >. Fecha de consulta: 2017-07-01.

¹⁷ Enrique Barros y Nicolás Rojas, "Curso de Derecho Civil I", Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 5, En: <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0207/1/material_docente/144402>. Fecha de consulta: 2017-07-01.

¹⁸ Ramón Ragués Valle, "Atribución de Responsabilidad Penal en Estructuras Empresariales. Problemas de Imputación Objetiva", 203.

la toma de decisiones ni ejecutan las actuaciones del ente colectivo porque encargan estas actuaciones a un administrador; sin embargo, la aplicación de una sanción penal si recaerá sobre ellos, afectando su patrimonio.

Otro problema que se presenta es que, la división de trabajo dentro de una organización conduce, a efectos del Derecho Penal, a un debilitamiento de la responsabilidad individual, ya que, en el esquema de toma de decisiones dentro de la empresa, se produce una delegación de competencias, con lo cual, la responsabilidad por la decisión tomada se va diluyendo en los distintos niveles, culminando con el empleado de menor jerarquía como el ejecutor del acto ilícito, ocasionando que una persona que actúa bajo órdenes, sea señalada como responsable del delito, lo cual, no solo resulta ilegítimo para aquel trabajador sino que ocasiona además que la persona jurídica que se beneficia de tal acto o los verdaderos autores del mismo no sean sancionados y que por tanto, el acto ilícito quede en la impunidad.¹⁹

Esta distribución de competencias y traslado de decisiones a niveles inferiores, de acuerdo a Rafael Berruezo, evidencia la falta de una cooperación consciente y voluntaria de los miembros que componen la misma, como presupuesto de coautoría.²⁰

En el sentido contrario, también se puede dar el caso de un delito cometido por un subordinado, en el que se responsabilice a los superiores, lo cual tampoco sería legítimo, ya que la sanción penal solo podría ser aplicada a una persona con voluntad y conocimiento del acto ilícito, sin embargo, en este caso se debe señalar una salvedad y es que los superiores tienen el deber de control, siendo que por su incumplimiento si cabe la imposición de una sanción.

Finalmente, otro problema que se puede presentar con el establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, es que puede incitar a autores físicos a cometer comportamientos delictivos en beneficio del ente colectivo, de los cuales también puede beneficiarse, al ya no ser los responsables directos, pueden pretender obviar la justicia.

En conclusión, se puede evidenciar que siendo los requisitos para la imputación de responsabilidad penal que el autor del acto ilícito actúe con conocimiento y voluntad, resulta una tarea muy compleja adaptar esos mismos requisitos a una persona jurídica;

¹⁹ Rafael Berruezo, "La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica", 15.

²⁰ Ibid, 14.

por cuanto, su actuación se da a través de varias personas naturales, cada una con conocimiento y voluntad propios; además debido a las condiciones de división de trabajo y competencias, lineamientos de relación jerárquica y de subordinación, se presentan problemas para determinar quién es el verdadero responsable.

Por tanto, es necesario que los casos en los que se puede imputar responsabilidad penal a una persona jurídica, se encuentren claramente delimitados en la legislación para evitar la afectación de derechos a personas que no tienen responsabilidad sobre los delitos cometidos desde la persona jurídica.

1.3. Fundamentos teóricos de la responsabilidad penal de la persona jurídica

La posibilidad de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, surge por la necesidad de enfrentar nuevas formas de delincuencia organizada que se dan al interior o desde los entes colectivos; sin embargo, debido a que esta realidad es prácticamente reciente, ha sido necesario replantear las teorías y principios fundamentales del Derecho Penal tradicional, que centraban a la persona humana como la única que podría cometer delitos.

Al respecto, Silvina Bacigalupo sostiene que:

“... Los argumentos tradicionales utilizados para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como con la función y la esencia misma de la pena. La discusión sobre este tema ha girado siempre en relación a la incompatibilidad de dichos conceptos con la persona jurídica o en el intento de adaptación de ciertas categorías para permitir su aplicación a las personas jurídicas. Todos estos argumentos, tanto a favor como en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica, han estado y están marcados por la eterna comparación entre la persona física y la jurídica. Sin embargo, todo intento que toma como punto de partida dichos presupuestos está destinado al fracaso. Es evidente y la discusión de casi cien años en torno a este tema lo ha demostrado, que las diferencias entre uno y otro sujeto resultan insuperables...”²¹

En este orden de ideas, es importante referirse a los antecedentes históricos sobre la participación de la persona jurídica en el Derecho Penal, discusión que de acuerdo a

²¹ Silvina Bacigalupo, “La responsabilidad de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal”, 14.

Rafael Barruezo,²² empezó a finales del siglo XVIII, con las siguientes posiciones detractoras:

En primer lugar, encontramos a Savigny, quien planteó la Teoría de la Ficción en base a la cual argumentaba, a partir de un concepto de derecho subjetivo vinculado a la idea de sujeto individual, que la persona jurídica no existía en la realidad, sino que se trataba únicamente de una ficción, la cual solamente podría utilizarse en el Derecho Civil, más no en el Derecho Penal, pues en este ámbito las personas son tratadas como seres pensantes y con voluntad;²³ de esta manera, no podría atribuírsele una voluntad susceptible de ser examinada conforme al principio de culpabilidad, sino que argumentaba que los verdaderos y únicos responsables del delito son las personas físicas que se encuentran tras la persona jurídica, en tanto que, la actuación en representación de la persona jurídica, solo podía restringirse al ámbito de los actos lícitos, siendo que por los actos ilícitos, responden ellos directamente.²⁴

De igual manera, el principio de personalidad de la pena, vigente a ese momento, afianzó la posición de negación de la responsabilidad penal de los entes colectivos,²⁵ por cuanto la pena era solamente aplicable al responsable del delito y no a terceros; además que era considerada como un fin en sí misma, esto es el mero castigo al infractor para lograr un efecto en el ámbito psicológico, situación que solo podría ser experimentada por una persona natural.

En la misma línea, Rosario López manifiesta que el principal fundamento de oposición sobre la posibilidad de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica era que:

“... tal como se concebía a la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tenía capacidad porque desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena, exige la presencia de una voluntad entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, por constituir un mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales”.²⁶

²² Rafael Berruezo, “La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica”, 14.

²³ Ibid, 15.

²⁴ Enrique Barros y Nicolás Rojas, “Curso de Derecho Civil I”, 4.

²⁵ Vicente José Martínez Pardo, “La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” (Revista Internauta de Práctica Jurídica, N° 26, 2011), 63, En: <https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num26/26-3-vicpar.pdf> Fecha de consulta: 2017-07-25

²⁶ Rosario Susana López, “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 6.

En la misma línea, Feuerbach señalaba que para que el sujeto sea responsable en el ámbito penal, debía tener conocimiento, en cuanto este era necesario para la determinación de la voluntad de una acción u omisión contraria a la Ley, situación que solo podía provenir de una persona física, por cuanto afirmaba que: “solo el individuo puede ser sujeto de un delito y nunca una persona jurídica”.²⁷

Ahora en cuanto a las posiciones a favor de la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica, encontramos en primer lugar a Gierke, quien planteó la teoría de la realidad, por la cual señalaba que las personas colectivas debían ser entendidas como una específica y autónoma realidad en el ámbito de las relaciones humanas, además que estas eran distintas a las personas naturales que las conformaban y en este sentido podían tener una voluntad colectiva real que se manifiesta a través de sus órganos, de esta manera señalaba que:

“una persona jurídica debe ser concebida como una persona real, en la cual se agrupan seres humanos, con una única y común fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales, de modo que entidades de este tipo llegan a alcanzar un elevado grado de concentración y organización manifestando en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa”.²⁸

Así también Gierke planteó la teoría organicista, por la cual afirmaba que, en cuanto al ámbito de la biología, la persona jurídica era un organismo que podía participar perfectamente en la vida social y, por tanto, tener una personalidad colectiva real, expresando su voluntad social a través de sus órganos.²⁹

Por su parte, la teoría final de la acción, planteada por Welzel, supuso un entendimiento del sujeto de la acción, más allá de la persona humana, cambiando el concepto de acción y de culpabilidad, planteando una nueva función del Derecho Penal, el cual está pensado en sujetos individuales; es así que la persona jurídica es entendida como una unidad.

²⁷ Silvina Bacigalupo, “La responsabilidad de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal”, 99.

²⁸ Rosario Susana López, “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 8

²⁹ Citado por Rafael Barruezo, “La responsabilidad de la persona jurídica”, 5.

Esta teoría fue apoyada en su momento por Gunther Jackobs³⁰ quien, a su vez, planteó la teoría de los sistemas, por la cual señalaba la necesidad de tener una nueva visión del sujeto de Derecho Penal, cuyo modelo ya no era exclusivamente el individuo y sus facultades personales, esto debido a que la complejidad de las estructuras sociales, obligaba a hacer un replanteamiento de la idea de sujeto del Derecho Penal.³¹

Este autor señalaba que la culpabilidad de la persona jurídica es una cuestión de competencia antes que de reproche. El sujeto será culpable si es competente por su falta de motivación jurídica, que se pone de manifiesto con su acción antijurídica. La misión del juez será determinar si la acción antijurídica es o no una expresión que denote la falta de fidelidad del derecho del autor.³²

De acuerdo a Preza, Adriasola y Galain, el fundamento principal de la teoría de Jakobs, consistía en que el centro de la cuestión no era la acción como algo propio de mundo natural, sino como un problema de imputación, de esta manera, era necesario determinar qué sistema debe ser juzgado por haber realizado actos exteriores.

En este sentido, así como la persona física está compuesta por mente y cuerpo, la persona jurídica está compuesta por un estatuto o un acto de constitución y por órganos de administración; siendo de esta manera que lo relevante no es la composición interna de la persona jurídica sino los actos que exterioriza, como se manifiesta en contrario del mundo normativo. Entonces, “las acciones de los órganos realizados con arreglo al estatuto o acto de constitución se convierten de este modo en acciones de la propia persona jurídica”.³³

En este sentido, Silvina Bacigalupo realiza las siguientes conclusiones sobre el planteamiento de Jackobs: 1) el individuo no es el único sujeto posible del Derecho Penal, por cuanto los elementos de la persona jurídica que son su estatuto y órganos, determinan la capacidad de acción de la persona jurídica. Además, que, el sujeto del Derecho Penal es aquel que es competente, y al ser la persona jurídica un sujeto

³⁰ Es necesario precisar que posteriormente Jakobs se mostró crítico en relación a la capacidad penal de las personas jurídicas, al sostener que realmente no tienen capacidad de seguir las normas del Derecho ni desautorizarlas por cuanto, su autonomía se restringe a los presupuestos de su formación, mas no a la capacidad de auto determinarse en lo futuro, por cuanto no son autoconscientes de ello ni tampoco tienen competencia comunicativa. En: Lorenzo Morillas Cueva, *“La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”* Manuales de Derecho, N° 29, España, 2011, pág. 14.

³¹ Silvina Bacigalupo, *“La responsabilidad de las personas jurídicas”*, 251.

³² Preza Dardo, Adriasola Gabriel y Galain Pablo, *“Delitos Económicos”*, (Buenos Aires: Editorial B de F, 2004), pág. 139.

³³ *Ibíd*, 143.

competente, puede, por tanto, ser un sujeto imputable; así también, el sujeto de derecho no se encuentra predeterminado ontológicamente, sino que depende de la evolución de la sociedad. 2) A partir de un nuevo concepto de sujeto, también es posible establecer un nuevo concepto de acción ya desvinculada de la capacidad de una persona física; 3) este nuevo concepto de sujeto también se encuentra desligado de cualquier tipo de reproche, por lo que esto ya no sería una condición para determinar la imputabilidad de la persona jurídica.³⁴

Las teorías a favor de la punibilidad de la persona jurídica expuestas, han sentado los precedentes dogmáticos sobre este tema, no obstante, ciertas de ellas han resultado ser posiciones reñidas o controversiales, pero que han obedecido a los nuevos requerimientos de política criminal global, no en vano, se observa que la aceptación de esta figura legal es cada vez más generalizada y por ello está siendo regulada en gran parte de los Estados.

Por otra parte y sobre las controversias surgidas respecto de aspectos teóricos que tienen relación con varios principios del Derecho Penal, resulta interesante exponer las respuestas que se han planteado para fundamentar la legitimidad de la figura de la responsabilidad de la persona jurídica.

Un primer debate se ha dado en torno los principios de culpabilidad y de personalidad de la pena, por cuanto, los detractores argumentan que la sanción impuesta a la persona jurídica no solamente afecta a las personas naturales que cometieron los actos delictivos sino también a los socios inocentes que no ejecutaron ninguna acción o conocieron del hecho.

Al respecto, Vicente Martínez manifiesta que éste no es un problema que se da únicamente en la persona jurídica, por cuanto la pena de por sí, siempre tiene efectos colaterales a terceros. Además, señala que la pérdida patrimonial que pudieran sufrir por la pena impuesta, es similar a cualquier otro riesgo derivado de una mala administración.³⁵ Así también, se puede decir que las consecuencias de la pena que asumen los socios inocentes sería también por la falta de cumplimiento de su deber de establecer los mecanismos de control apropiados para evitar que se actos delictivos al interior o desde la empresa.

³⁴ Silvina Bacigalupo, "La responsabilidad de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal", 156.

³⁵ Vicente José Martínez Pardo, "La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", 67.

Por su parte, Preza, Adriasola y Galian señalan que la culpabilidad de la persona jurídica debe ser entendida como una culpabilidad social. Este concepto plantea la renuncia al reproche personal al autor, admitiendo como solución la imputación de responsabilidad a la sociedad, a partir de un fundamento político criminal, lo cual permitirá que la responsabilidad como capacidad de culpabilidad, sea regulada normativamente por el legislador, posibilitando así su extensión a las personas jurídicas.³⁶

Otro problema jurídico, se da en torno al principio “*non bis in ídem*”, por cuanto en ciertos casos se puede aplicar una sanción a la persona jurídica y otra a la persona natural que cometió el delito, que, siendo esta última accionista de la persona jurídica, podría ser sujeto de dos sanciones por un mismo hecho. Sin embargo, esta deberá ser una cuestión que juzguen los Tribunales de Justicia en cada caso por cuanto, la responsabilidad que tenga la persona natural que conscientemente cometió una infracción penal no puede trasladar dicha responsabilidad a la persona jurídica; es por ello que muchas legislaciones que contemplan esta figura, prevén sanciones tanto para la persona jurídica como para la persona natural siempre que ésta haya sido la beneficiaria del acto ilícito.

Así también es importante distinguir que en aquellos casos no se trata de un juzgamiento doble, es decir dos procesos distintos por una misma causa o dos penas impuestas a una misma persona, sino que se trata de dos penas diferentes impuestas a dos personas diferentes con la salvedad de que, en aquellos casos particulares la persona natural tiene un porcentaje de participación económica en la persona jurídica y por tal razón las consecuencias de la pena impuesta a ésta recaen también en la primera.

Relacionado al anterior, encontramos otro problema que se da al imputar de responsabilidad a la persona jurídica, y esto es que se obvia de sancionar a las personas naturales que son en definitiva las autoras del delito. Así también, Vicente Martínez señala al respecto que los datos estadísticos en los tribunales europeos dan cuenta de que, en la mitad de los procesos, la única sancionada es la persona jurídica. Al respecto señala el autor que la responsabilidad de la persona jurídica tiene por finalidad

³⁶ Preza Dardo, Adriasola Gabriel y Galain Pablo, “Delitos Económicos”, 141

incrementar la eficacia del derecho penal y permitir que se concrete la responsabilidad penal individual, mas no sustituir la misma.³⁷

Ahora bien, en cuanto a los fundamentos que otorgan legitimidad a la posibilidad de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, encontramos que, la organización como tal, tiene la obligación de establecer controles apropiados para evitar que se cometan actos ilícitos dentro o desde la misma; en este sentido, la persona jurídica tiene la obligación de evitación de resultado, por lo que la responsabilidad penal se da por haber actuado de modo diferente o indiferente a la producción del delito. Así, Preza, Adriasola y Galain citan a Brend Schünemann quien manifestaba que “la culpabilidad de la persona jurídica es la organizada irresponsabilidad de todos”.³⁸

En relación a este fundamento, podríamos indicar que los delitos cometidos por la persona jurídica, se encasillarían en los delitos de infracción de deber. Al respecto Klaus Roxin, ha señalado que el deber especial de autor no se refiere al deber de respeto a la norma que atañe a todos, sino más bien, a deberes extrapenales u obligaciones jurídico-civiles que se encuentran como realidades previas al tipo.³⁹

Por su parte, Jackobs menciona que las personas deben satisfacer una diversidad de deberes, lo cual determina su competencia, siendo que la infracción de aquellos deberes fundamenta su responsabilidad jurídico-penal. El fundamento de responsabilidad se relaciona con el deber general de actuación, que es el de no lesionar a los demás sus bienes; así como por los deberes especiales, determinados por un estatus especial.⁴⁰

En este sentido, se puede concluir que la responsabilidad penal de la persona jurídica, nace por la infracción de un deber jurídico, por cuanto la razón por la cual fue creada, es principalmente, el desarrollo de actividades económicas que se enmarcan dentro del marco legal. Así también, debido a que la persona jurídica al estar conformada por varias personas que no pueden manejarla, cuenta con un estatuto y un administrador, elementos que permiten definir como deber de la persona jurídica, el establecer controles para evitar que ocurran actos ilícitos dentro de la organización.

³⁷ Vicente José Martínez Pardo, “La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, 68.

³⁸ Preza Dardo, Adriasola Gabriel y Galain Pablo, “Delitos Económicos”, pág. 139.

³⁹ José Antonio Caro Jhon, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, En: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf>. Fecha de consulta: 2017-07-25.

⁴⁰ José Antonio Caro Jhon, *ibíd.*, pág. 71.

Para Brend Schünemann, existen dos clases de modalidades ilícitas en la actividad empresarial, estas son: la criminalidad desde la empresa y la criminalidad en la empresa. La diferencia entre ellas es que, la criminalidad en la empresa se da como una fuerza centrípeta, por cuanto surge al interior de la empresas y sus efectos son en contra de ella misma o de sus miembros; los actos delictivos son ejecutados generalmente por personas naturales que componen la empresa pero que en la comisión del ilícito no están actuando en su representación, generalmente el beneficio es personal y no para la compañía; en estos casos no existen problemas de imputación de responsabilidad para las personas naturales porque se aplican las reglas de los delitos comunes.

Por su parte, la criminalidad desde la empresa, se da como una fuerza centrífuga por cuanto se proyecta al exterior, afectando a personas ajenas a ella; supone la actuación de un conjunto de personas que actúan en representación de la empresa o aprovechan a la misma como un medio para la comisión del ilícito y es en esos casos en los que se presentan problemas de imputación y determinación de responsables; el autor señala que en este caso surgen varias interrogantes, esto es, ¿qué responsabilidad tiene la persona natural que actuó en su representación para la comisión del delito?; ¿bajo qué parámetros debería darse su juzgamiento?; y, ¿qué parámetros son necesarios para atribuirle responsabilidad penal a la persona jurídica misma?.

El mismo autor señala como la principal razón para la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, la existencia de un interés público predominante que se traduce en el estado de necesidad del bien jurídico; esto por cuanto, los delitos cometidos desde la persona jurídica, representan daños de proporciones mayores, incluso más que los delitos comunes. Así también señala que el fundamento que legitima esta figura es que la persona jurídica al ser capaz de celebrar contratos, se entiende que tiene capacidad de acción, incluso de modo ilícito, por lo que, al ejecutar un acto ilícito en su propio beneficio, se entiende como una “expresión de un auténtico y específico obrar corporativo”.⁴¹

⁴¹ Moris Lanverde, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, citando a Bren Schünemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico - penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” Anuario de derecho penal y Ciencias Penales , 1998- II, 531, En: <<http://www.enfoquejuridico.info/wp/biblioteca/publico/derecho-penal/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>>. Fecha de consulta: 2017-07-20.

En la misma línea, Klaus Tiedemann, planteó la idea de que los actos realizados en la persona jurídica (ejecutados por personas naturales) deben ser entendidos como actos propios de ella; de esta manera, el reproche social se fundamenta en la falta de cumplimiento por parte de ésta, de un deber de vigilancia por parte de sus órganos de administración de que la actividad que se realiza sea ordenada y lícita; configurándose de esta manera, la culpabilidad de la organización o por defecto de organización, situación que el autor compara con los presupuestos de punibilidad de la *actio libera in causa*, en la cual no se sanciona el hecho como tal, sino la falta de cuidado en un momento anterior que hubiere permitido evitar el hecho.⁴²

En definitiva, de los argumentos expuestos, se puede concluir que debido a la evolución de las relaciones sociales y económicas, resulta necesaria la incorporación de disposiciones legales que permitan establecer responsabilidad penal en contra de las personas, no obstante, resulta imprescindible realizar una nueva conceptualización de los fundamentos tradicionales del Derecho Penal, tales como los de sujeto de derecho penal y de la figura de culpabilidad, de modo que abarquen a las personas jurídicas, estableciendo las condiciones legales que permitan dar lugar a su imputación penal atendiendo sus características propias.

En este sentido, la responsabilidad del ente colectivo no dependerá de la responsabilidad individual de sus miembros o representantes, sino que las consecuencias jurídicas recaerán directamente sobre ella, por cuanto ésta es entendida como un sujeto competente y capaz de cumplir deberes de vigilancia y establecer medidas de control para evitar la comisión de actos ilícitos en la organización.

⁴² Klaus Tiedemann, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" En: Anuario de Derecho Penal '96, editado por la Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima, 1997, pág. 97.

Capítulo segundo

Criterios para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica desde la legislación comparada y su tratamiento a través de otras ramas del Derecho

2.1. Antecedentes históricos sobre la regulación de la responsabilidad de la persona jurídica y tratados internacionales

La figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica y su incorporación en la legislación, tuvo varios antecedentes históricos, entre ellos, el comentado por Rafael Barruezo⁴³ quien indica que, la discusión tuvo un importante foco de atención en el año 1953, cuando varios tribunales alemanes utilizaron principios del derecho anglosajón para castigar penalmente a personas jurídicas; sin embargo, el Congreso Alemán de Juristas negó la posibilidad de establecer responsabilidad penal a las personas jurídicas por carecer éstas de capacidad de acción.

Así también indica que posteriormente, en el año 1988, un nuevo paso a la posibilidad de imputar responsabilidad penal a los entes colectivos se dio en el marco de la Unión Europea que emitió una Directiva para implementar sanciones directas a las personas jurídicas con la finalidad de proteger las condiciones de mercado.⁴⁴

Sin embargo, la dinámica actual de la sociedad ha traído consigo nuevos problemas que son de interés global, tales como el terrorismo, narcotráfico, crisis económicas, problemas medioambientales, violaciones de derechos humanos, entre otros, que de acuerdo a Ulrich Beck⁴⁵, son propios de una sociedad de riesgo global, siendo una situación muy preocupante que las personas jurídicas están siendo empleadas para la perpetración de dichos ilícitos; razón por la cual, los Estados se han preocupado por el establecimiento de regulación y políticas públicas para hacer frente a problemas tan graves que se dan en un ámbito global.

⁴³ Rafael Barruezo, "La responsabilidad de la persona jurídica", 3.

⁴⁴ Ibid, 4.

⁴⁵ Ulrich Beck, "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad", (Editorial Paidós: Barcelona), 2006, pág. 108.

Es así que, los precedentes normativos más significativos sobre la punibilidad de la persona jurídica tuvieron lugar en el marco de la Organización de Naciones Unidas, por la emisión de dos acuerdos importantes, esto es la Convención de Lucha contra la Criminalidad Internacional Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, los cuales contienen disposiciones expresas que instan a los Estados miembros a incorporar en sus legislaciones, regulación interna que permita establecer responsabilidad civil, administrativa y penal en contra de las personas jurídicas por actos delictivos cometidos desde o a través de ellas.

El primero de los acuerdos, la Convención de Lucha contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue suscrita en la ciudad de Palermo – Italia en el año 2000, debido a la voluntad de la comunidad internacional de hacer frente a problemas sociales de gravedad mayor como son el terrorismo, el tráfico de personas, armas y drogas, y el lavado de activos.⁴⁶

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita el 31 de octubre de 2003, tiene como propósito hacer frente al grave problema social de la corrupción, que ocasiona a su vez, el desencadenamiento de otros problemas como la delincuencia organizada, la afectación de las condiciones de mercado, el lavado de dinero; y, sobre todo la afectación de derechos humanos de la población, por la desviación de los recursos destinados para el desarrollo de condiciones de mejoramiento de calidad de vida de las personas, por lo que se puede decir, afecta sobre todo a los sectores más vulnerables.⁴⁷

En cuanto a las disposiciones sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, así reza el texto de la norma en las citadas Convenciones:

2.1.1. Convención de Lucha contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas

⁴⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre la Lucha contra la Criminalidad Internacional Organizada Transnacional, En: <<https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>>. Fecha de consulta: 2017-08-10.

⁴⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, En: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf>. Fecha de consulta: 2017-08-10.

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

2.1.2. Convención de Lucha contra la Corrupción

Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

De la revisión de las normas citadas, se desprende que, si bien tratan sobre diferentes tipos de delitos, lo que buscan en común es que los Estados establezcan regulación para que se responsabilice ya no solo a personas naturales, sino directamente

a personas jurídicas por la comisión de dichos delitos; la responsabilidad puede ser de índole civil, administrativo o penal, siempre que se contemplen medidas efectivas y disuasivas para el control de los delitos.

En esta línea, es importante señalar que los mencionados tratados internacionales fueron efectivamente ratificados por Ecuador, el primero de ellos, mediante su publicación en el Registro Oficial N° 197 de 24 de octubre de 2003 y el segundo mediante Decreto Ejecutivo N° 340 publicado en el Registro Oficial N° 756 de 5 de agosto de 2005; razón, por la cual, la incorporación de la figura de responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Orgánico Integral Penal, además de constituir una necesidad de política criminal, significa el cumplimiento del compromiso adquirido por el Estado por la ratificación de estas convenciones y da cuenta también del fundamento jurídico de la existencia de esta figura en nuestra legislación.

2.2. Los presupuestos fácticos de imputación penal de la persona jurídica establecidos en legislaciones extranjeras.

A efectos de estudio, se ha considerado necesario el análisis de legislación extranjera a fin de realizar una comparación respecto del funcionamiento de esta figura en otros Estados. Se tomará como referencia la legislación de España para conocer sobre el tratamiento de esta figura en el continente europeo; y, de los países de Argentina y Chile, por ser estados latinoamericanos más cercanos a la realidad ecuatoriana y en los cuáles se han dado avances significativos e interesantes en torno a esta temática.

A continuación, se enunciarán los antecedentes de la norma y la transcripción de la misma en su parte medular, para posteriormente realizar una comparación de las instituciones en las tres legislaciones.

2.2.1. España:

El nuevo Código Penal español fue emitido en el año 1995, pero su versión original no contemplaba disposiciones de responsabilidad penal contra las personas jurídicas; más adelante, con la reforma del año 2003 se incorporó en el artículo 129, la figura de consecuencias accesorias, que consistían en un tipo de pena, que podía ser

aplicada a personas jurídicas; no obstante, fue con la reforma realizada mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de 2010, que se modificó el artículo 31 del Código Penal, estableciendo que la persona jurídica es directamente responsable por hechos delictivos que se cometan en su beneficio por las personas que la integran.⁴⁸

Así reza el texto vigente de la norma:⁴⁹

Artículo 31

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2.2.2. Argentina:

En Argentina, recientemente en el mes de septiembre de 2017, el Senado aprobó el proyecto de ley que establece el régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos contra la Administración Pública y por cohecho transnacional.⁵⁰

Esta normativa determina los delitos respecto de los cuáles procede la imputación penal de la persona jurídica, así como el procedimiento a seguir, las penas

⁴⁸ Mariana Roig Altazano, "Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica: *societas delinquere et puniri potest*", En: <<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-et-puniri-potest>>. Fecha de consulta: 2017-08-12.

⁴⁹ Código Penal de España. En: <https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf/CodigoPenal.pdf>. Fecha de consulta: 2017-08-12.

⁵⁰ Proyecto de Ley que establece el Régimen de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas por delitos contra la Administración Pública y por Cohecho Transnacional registrado bajo expediente CD-16/17, aprobado mediante Dictamen de Comisión el 20 de septiembre de 2017. En: <<https://blog.errepar.com/2017/09/26/responsabilidad-penal-empresaria-dictamen-comision-senado-proyecto-ley>> Fecha de consulta: 2017-12-26

aplicables y obligaciones legales para las empresas sobre la implementación de medidas de control a fin de evitar la comisión de delitos a su interior.

Ramiro Salvocochea comenta que esta normativa busca introducir la doctrina del “compliance” como una estrategia de buen gobierno corporativo que tiene por objetivo que en las organizaciones se implementen mecanismos y procedimientos internos para asegurar que directivos y empleados cumplan con el ordenamiento jurídico; además de establecer sanciones de tipo penal directamente aplicables a las personas jurídicas en caso de faltas o incumplimientos graves.⁵¹

En esta línea, la ley determina que las empresas podrán implementar un programa de integridad, que consiste en un sistema de políticas y procedimientos para detectar los incumplimientos a la Ley que podrían suscitarse en sus actividades y operaciones.

Con ello se pretende que exista una cooperación con las autoridades, a fin de prevenir la comisión de delitos de corrupción y de carácter transnacional, que afectan a la Administración Pública y generan un gran daño social.

Así reza el texto de la norma en su parte principal:

Art. 1.- Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional o transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previsto por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, previsto por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previstos por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

Art. 2º.- Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. La persona jurídica quedará

⁵¹ Ramiro Salvocochea, “Sobre la responsabilidad de las personas jurídicas”, <<http://www.abogados.com.ar/sobre-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/19840>> Fecha de consulta: 2017-08-14

exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

2.2.3. Chile:

La Ley 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas,⁵² fue promulgada en el 25 de junio de 2009 y publicada el 2 de diciembre de 2009, como una respuesta a la obligación impuesta a los Estados, mediante los acuerdos de la Organización de las Naciones Unidas mencionados anteriormente respecto al desarrollo de regulación interna para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica.

En este sentido, la ley determina que las personas jurídicas tienen responsabilidad penal por los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el cohecho a funcionarios públicos nacionales y extranjeros cometidos por la organización. Además, regula el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad, así como la determinación de sanciones y su ejecución.

Un aspecto relevante es que la norma prevé que la responsabilidad penal puede ser imputada a personas jurídicas de derecho privado, así como a empresas del Estado.

Así reza el texto de la norma:

Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal.

Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado

⁵² Ley 20393 de Chile, <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>> Fecha de consulta: 2017-08-14

modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Conforme a lo anotado, a continuación, se realizará un análisis comparado respecto de las instituciones en las tres legislaciones, a fin de encontrar semejanzas y diferencias entre ellas y con ello, obtener criterios sobre la conveniencia de su aplicación.

A) Tipos de Delitos:

En observancia a los principios de legalidad y tipicidad, las tres legislaciones establecen que la imputación penal a la persona jurídica procede solamente respecto de aquellos delitos en los cuáles la Ley lo haya determinado previamente. De esta manera, el Código Penal español establece los siguientes delitos:

- delito de tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (art. 156)
- delito de trata de seres humanos (art. 177)
- delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (arts. 187 a 189)
- delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197)
- delitos de estafa (arts. 248 a 251)
- delitos de insolvencia punible (arts. 257 a 261)
- delito de daños informáticos (art. 264)
- delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (arts. 270 a 288)
- delito de blanqueo de capitales (art. 302)
- delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (arts. 305 a 310)
- delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (art. 318)
- delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319)
- delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325)

- delito de establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos (art. 328)
- delito relativo a las radiaciones ionizantes (art. 343)
- delito de estragos (art. 348)
- delitos de tráfico de drogas (arts. 368 y 369)
- delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399)

Por su parte, el proyecto de ley argentino, señala que los delitos respecto de los cuáles procede la responsabilidad penal de la persona jurídica son:

- Cohecho y tráfico de influencias, nacional o transnacional, (art. 258 y 258);
- Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previsto por el (art. 265):
- Concusión (art. 268);
- Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268);
- Balances e informes falsos agravados (art. 300).

En cuanto a la legislación chilena, se observa que los delitos respecto de los cuales cabe la responsabilidad penal de la persona jurídica, son:

- lavado de activos,
- financiamiento del terrorismo
- cohecho a funcionarios públicos nacionales y extranjeros cometidos por la organización

De lo anotado se concluye que las legislaciones latinoamericanas han dado prioridad a los delitos contra la Administración Pública, no obstante, de la revisión de la legislación española se evidencia que existen delitos de diversa índole en los que cabe la responsabilidad penal de la persona jurídica; razón por la cual, se concluye que lo óptimo es prever en la ley, la responsabilidad de la persona jurídica en la mayor cantidad de delito, para de esta manera evitar que se den casos de impunidad por vacíos legales.

B) Requisitos comunes para la procedencia de la imputación:

Del análisis de las tres legislaciones se desprende como puntos en común para la procedencia de la imputación penal a la persona jurídica, los siguientes:

- i) Que la persona jurídica actúe directamente o a través de terceras personas, siempre que ratifique esta actuación de forma expresa o tácita:

Las tres legislaciones prevén que la persona jurídica debe actuar a través de personas naturales que tengan capacidad de obligar a la organización, tales como sus dueños, representantes legales, administradores, ejecutivos principales, entre otros; también por terceros tales como trabajadores o agentes que actúen bajo órdenes de los primeros.

En este sentido, se concluye que la responsabilidad penal de la persona jurídica solamente cabe cuando la actuación proviene o es consentida por personas con poder decisorio en la misma. En el caso de que el delito haya sido cometido por una persona que no tenga capacidad de vincular a la empresa y siempre que esta última no haya obtenido beneficio por el delito, no sería procedente su imputación penal sino directamente a la persona natural autora o beneficiaria del ilícito, no obstante, la empresa podría tener algún tipo de responsabilidad por el incumplimiento de su deber de control.

- ii) Beneficio directo para la persona jurídica o para sus representantes:

Así mismo, las tres legislaciones estudiadas determinan que para responsabilizar penalmente a la persona jurídica se requiere que ésta haya obtenido un beneficio directo o para alguno de sus accionistas o representantes de la misma como producto del delito. Hay que señalar que la legislación argentina determina que el beneficio también puede ser para un tercero, pero siempre que se demuestre que fue la organización la que actuó con el objeto de propiciar este beneficio; no obstante, lo primordial es que la existencia del beneficio es un elemento concurrente y determinante para la procedencia de la imputación penal en contra de una empresa.

- iii) Inexistencia o incumplimiento de sistemas de control:

Este es también un elemento concurrente en las tres legislaciones e imprescindible para la determinación de responsabilidad de la persona jurídica. La legislación española señala que la organización es responsable cuando el delito se produce por haberse

incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso; y, en este orden de ideas, la ley chilena señala que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos.

Un desarrollo más amplio en este sentido, lo tiene la legislación argentina que establece que las personas jurídicas podrán implementar un programa de integridad, orientado a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos, el cual debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, con su dimensión y capacidad económica, estableciendo además, pautas sobre el contenido del indicado programa.⁵³

Así también la ley chilena establece en su artículo 4, que las personas jurídicas pueden implementar un sistema de prevención y designar un encargado de prevención, con el objeto de prevenir conductas ilícitas en la organización.

De lo anotado, se puede concluir que si bien, cada legislación podría establecer requisitos adicionales para la procedencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica; son al menos, los tres elementos mencionados, los que se consideran como determinantes o imprescindibles para que proceda la imputación penal a la persona jurídica; ya que solamente con su concurrencia, se puede evidenciar que es la voluntad colectiva de la organización la que se manifiesta en una actuación ilícita de la cual se beneficia, recayendo la culpabilidad en la organización propiamente.

C) Tipos de sanciones:

En cuanto a las consecuencias legales para las personas jurídicas responsables, observamos en las tres legislaciones, las siguientes medidas y sanciones:

El Código Penal español prevé en su artículo 33 las siguientes penas:

- Multa por cuotas o proporcional.

⁵³ Artículos 22 y 23 de la Ley que establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas. En: En: < <https://blog.errepar.com/2017/09/26/responsabilidad-penal-empresaria-dictamen-comision-senado-proyecto-ley>> Fecha de consulta: 2017-12-26

- Disolución de la persona jurídica.
- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social,
- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Por su parte, la legislación argentina, en su artículo 7 establece las siguientes penas:

- Multa de dos a cinco veces del beneficio indebido obtenido;
- Suspensión total o parcial de actividades por hasta diez años;
- Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales por hasta diez años;
- Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
- Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;
- Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

La ley chilena determina en su artículo 8, las siguientes penas:

- Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica
- Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.

- Multa a beneficio fiscal.

Es importante mencionar que las personas jurídicas, al ser entes colectivos y actores de la economía, la aplicación de una pena en su contra puede generar efectos secundarios gravosos, por lo que las tres legislaciones establecen que previo a la aplicación de la pena, se deben tener varias consideraciones.

Es así que el artículo 66 del Código Penal español, el artículo 17 de la ley chilena y el artículo 8 de la ley argentina establecen que previamente se debe considerar aspectos como: la necesidad de la aplicación con efectos preventivos; las consecuencias económicas y sociales que la pena puede tener respecto de terceros y trabajadores; si la persona jurídica es reincidente; la relevancia de su actividad legal versus la actividad ilegal; la jerarquía de los funcionarios involucrados; el monto del beneficio; la capacidad económica de la empresa y el grado de colaboración en el proceso penal; entre otros.

Lo anotado conduce a reflexionar sobre la complejidad que reviste la determinación de responsabilidad penal a una persona jurídica así como la aplicación de una sanción penal en su contra, ya que en torno a la empresa se encuentran varios grupos de interés cuyos derechos legítimos pueden verse afectados como consecuencia de ello; es por esta razón que reiteramos que la Ley debe establecer de forma clara y específicamente delimitada, las condiciones para que proceda su imputación así como la contemplación de consideraciones para la aplicación de la pena, de manera que se opte por las medidas menos gravosas para terceros inocentes.

2.3. La responsabilidad penal de la persona jurídica tipificada en “*numerus clausus*”

El sistema de *numerus clausus*, es una expresión latina cuya traducción al español es “número cerrado” e implica que un determinado derecho, obligación o regulación se encuentra compuesto por una limitada lista de condiciones sin que pueda añadirse otra.⁵⁴

⁵⁴ Definición de *numerus clausus*. En: <<https://www.wikipededia.com/numerusclausus>>. Fecha de consulta: 2018-01-19.

En esta línea, Juan Manuel Sánchez señala que el sistema de *numerus clausus* impide la posibilidad de un ejercicio abusivo del derecho porque prohíbe la aplicación de sanciones amparándose en reglas interpretativas, extensivas o análogas.⁵⁵

Es así que podemos señalar que la tipificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en un sistema de *numerus clausus* tiene por objetivo que ésta proceda solamente cuando se ha verificado el cumplimiento de condiciones expresamente señaladas en la norma, que deben ser a su vez, lineamientos claros sobre los presupuestos requeridos para este efecto; y de esta manera, evitar exponer a la persona jurídica a una situación de vulnerabilidad o indefensión, que puede ocurrir cuando la legislación es muy abierta.

De esta manera y conforme al análisis realizado a la doctrina y a la legislación comparada, consideramos que son los siguientes elementos, cuya concurrencia se requiere para dar lugar a la imputación penal a una persona jurídica:

2.3.1. Actuación de la persona jurídica propiamente, a través de personas físicas que actúan en su representación

En primer término, es necesario aclarar que la figura legal de responsabilidad penal en contra de la persona jurídica, tiene por objeto hacer a la misma, la figura central de imputación, concentrándose en analizar la conducta de la entidad, su organización y control interno.⁵⁶

A pesar de no ser necesaria la imputación de la persona física autora del delito, toda vez que es la persona jurídica a quien se busca responsabilizar, debemos entender que la ejecución de sus actos, es realizada por personas físicas que actúan en su representación.

En este sentido, la doctrina ha planteado que la persona jurídica puede ser responsable por la actuación de una persona física que actúa en su nombre, siempre que exista una relación entre ellas, esto puede verse en: las personas que tienen capacidad de obligar a la empresa, como son las que ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración; apoderados o mandatarios; representantes legales; agentes,

⁵⁵ Juan Manuel Sánchez, "Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social", (Valladolid: Editorial Lex Nova), 2007.

⁵⁶ Vicente José Martínez Pardo, "La responsabilidad de las Personas Jurídicas", 64.

operadoras u operadores; delegados, terceros que contractualmente o no, realicen actividades de gestión; directores, supervisores o trabajadores;⁵⁷ adicionalmente, es condición indispensable que las mencionadas personas tengan poder decisorio en la organización o que actúen bajo órdenes o instrucciones expresas de ellas.

Si bien, la persona jurídica podría verse implicada por la actuación y voluntad de un gran número de personas; en las diferentes legislaciones, se ha considerado como una mejor alternativa, abarcar a la mayoría de personas de las cuáles podría valerse la persona jurídica para la comisión de un ilícito, a fin de evitar que, por la existencia de un sujeto activo calificado, se deje en la impunidad tales actos.

De igual manera, a pesar de que la culpabilidad de la persona jurídica sea independiente a la culpabilidad de la persona física que ejecutó el delito, se debe verificar la existencia de una estrecha relación entre ambas y la existencia de características en el comportamiento individual que determinen su conexión con la organización; por ejemplo, cuando el delito es cometido por un empleado de nivel jerárquico superior, se evidencia que existe una mala cultura corporativa y que no existen sistemas adecuados de control, por lo que la responsabilidad traspasa también a la persona jurídica.

Por otra parte, se debe señalar que la responsabilidad de la persona jurídica no se extingue cuando se realiza una modificación societaria como transformación, fusión absorción, etc.; así señala Marina Roig, quien afirma que la responsabilidad puede ser transferida a la persona jurídica resultante, salvo que se hubieren adaptado las diligencias adecuadas para conocer la situación económica y legal de la entidad y se dispusiera el cumplimiento de la sanción, así como medidas correctivas u orientadas a evitar la repetición de hechos semejantes en la nueva estructura societaria.⁵⁸

2.3.2. Determinación en la ley de los delitos respecto de los cuáles corresponde su aplicación

Es importante que la legislación prevea en qué delitos la persona jurídica puede ser penalmente responsable, a efectos de garantizar seguridad jurídica y evitar que se le

⁵⁷ Klaus Tiedemann, "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", 99.

⁵⁸ Marina Roig "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4746-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas:-sociedades-delinquere-et-puniri-potest/>. Fecha de consulta: 2017-09-26.

impute responsabilidad en delitos en los que corresponde establecer la misma en contra de las personas naturales que los cometieron; o, que pueda ser sancionada por otros delitos en los cuáles no se ha previsto esta condición.

Por su parte, Andrés Cervantes y David Bayona⁵⁹ señalan que, es necesaria la observancia del principio de excepcionalidad, por el cual, las personas jurídicas solo pueden ser procesadas en los casos en los que la ley establezca; y, así también, del principio de legalidad, por el cual, tanto los casos en los que es procedente la imputación, así como las sanciones aplicables a una persona jurídica deben estar previstas en la Ley.

De forma general, los delitos respecto de los cuales cabe la responsabilidad penal de la persona jurídica son los de carácter económico, tales como fraude, estafa, lavado de dinero; además, delitos ambientales; tráfico de personas, armas o drogas; delitos contra la propiedad intelectual, delitos contra el mercado y los derechos de los consumidores; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos aduaneros, delitos tributarios; delitos contra la Administración pública; y, delitos de financiamiento del terrorismo, de forma principal; sin dejar de considerar que cada legislación puede establecer responsabilidad de la persona jurídica en delitos de otra índole.

De igual manera, debe considerarse que conforme se presenten nuevas formas de criminalidad u otras necesidades político-criminales, será procedente la ampliación del catálogo de delitos respecto de los cuáles la persona jurídica puede responder penalmente. Tal es así que en países anglosajones, existe un ámbito más amplio de aplicación por la trascendencia que otorgan a la persona jurídica en sus relaciones sociales; por ejemplo en Reino Unido, el delito de homicidio está dentro del catálogo de delitos por los que se puede responsabilizar a una persona jurídica; mientras que en países de corte civilista, se tiende a aplicar responsabilidad en delitos que no requieren prueba de un elemento subjetivo, por lo que el catálogo es más cerrado y se centra en delitos económicos clásicos o aquellos a los que se refieren los tratados internacionales.⁶⁰

⁵⁹ Andrés Cervantes y David Bayona. "Personas Jurídicas: Responsabilidad Penal", En: <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2017/04/25/--personas-juridicas--responsabilidad-penal>>. Fecha de consulta: 2017-09-03.

⁶⁰ Nelly Salvo Babel, "Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno", (tesis doctoral), Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, 228, En: <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285167/nsi1de1.pdf>> Fecha de consulta: 2017-09-03.

2.3.3. Beneficio directo para la persona jurídica o sus accionistas

Una condición indispensable para que la persona jurídica pueda ser declarada responsable de un delito, es que éste haya sido cometido con el objeto de obtener un beneficio en favor de la empresa o de sus socios; y, que éste se haya producido efectivamente.⁶¹

Cervantes y Bayona, para explicar el concepto de provecho, citan una síntesis de un fallo jurisprudencial español:

“Cualquier tipo de ventaja, beneficio, utilidad o ganancia, no necesariamente con un contenido económico. Ahora bien, es claro que dicho provecho ha de ser eminentemente objetivo, en el sentido de que no bastaría para apreciar la concurrencia de este elemento con la mera intención subjetiva del autor material de proporcionar un beneficio a la entidad.”⁶²

De esta manera, se puede entender que, el beneficio puede ser directo o indirecto para la organización o para los socios con capacidad de obligar a la misma; y, que el concepto del mismo debe ser entendido en su sentido más amplio, es decir, que el acto delictivo otorgue a la persona jurídica o sus socios, cualquier ventaja patrimonial o mejora en el sector de actividad a la que se dedica, u otros beneficios tales como el ahorro de costes o evitar de perjuicios.⁶³

Por otra parte, se debe precisar que, en casos en los que el delito sea cometido por una persona natural que forma parte de la organización y usa a la misma, pero el beneficio es únicamente para aquel, no se puede entender que la persona jurídica como tal, sea responsable de tal hecho y deba ser sancionada penalmente.

De igual manera, tampoco puede responsabilizarse a la persona jurídica si el delito es cometido al interior de la organización o usando a la misma como un vehículo,

⁶¹ Vicente José Martínez Pardo, “La responsabilidad de las Personas Jurídicas”, 64.

⁶² Auto de sobreseimiento del 11 de enero de 2016, dentro del procedimiento No. 0001112/2015 del magistrado Otamendi Zozaya, del juzgado no.2 de instrucción de San Roque, Pamplona, España, En: <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2017/04/25/--personas-juridicas--responsabilidad-penal>>. Fecha de consulta: 2017-09-25.

⁶³ José María Ayala De La Torre. “Algunas reflexiones sobre los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal. El concepto de buen ciudadano corporativo en la cultura de cumplimiento”, En: <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reflexiones-responsabilidad-penal-buen-ciudadano-cumplimiento-normativo-compliance_11_961555001.html>. Fecha de consulta: 2017-09-25.

cuando el beneficio sea para un tercero ajeno a la misma, puesto que de ser ese el caso, más allá de imputar a la persona jurídica, incluso podría tratarse de un caso en el que la persona jurídica podría ser la víctima del hecho delictivo.

2.3.4. Afectación de bienes jurídicos e intereses de terceros, ajenos a la persona jurídica

Otro elemento indispensable es que las consecuencias de los actos delictivos tengan consecuencias fuera de la organización, es decir, que afecten bienes jurídicos protegidos o intereses de terceros.

Es necesario señalar que existe una diferencia entre los delitos cometidos en la empresa y desde la empresa. De acuerdo a Bernd Schünemann, los primeros, (*Betriebskriminalität*), son cometidos en el seno de la empresa por un órgano o dependiente de la misma y producen un daño al interior; en este caso, no cabe la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, sino a las personas naturales autoras del hecho, porque la organización es, por el contrario, víctima del acto delictivo.

Por otro lado, en cuanto a los delitos cometidos desde la empresa, (*Unternehmenskriminalität*), las consecuencias del delito se exteriorizan y afectan bienes e intereses de terceras personas; siendo en este último caso, en el que cabe la imputación de responsabilidad a la persona jurídica porque se evidencia que el delito es premeditado o que se produce por la por falta de sistemas de control adecuados en la organización.⁶⁴

Adicionalmente sobre este elemento, es importante precisar que para catalogar a una conducta como antijurídica, es necesario la existencia de un daño o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos de terceros, por lo que solamente si se da tal condición, se puede hablar de delito y, por tanto, de responsabilidad sobre el mismo.

2.3.5. Inexistencia de sistemas de control y prevención de delitos dentro de la organización

Una condición imprescindible para establecer responsabilidad en contra de la persona jurídica, es la exigencia legal a ésta del establecimiento de sistemas de control a

⁶⁴ Bernd Schünemann, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico - penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", 531.

su interior para evitar que se cometan actos delictivos dentro de la misma, por lo que en caso de incumplimiento de este deber, cabe establecer responsabilidad en su contra.

De acuerdo a Rosario López, el defectuoso control de la compañía es el elemento medidor de idoneidad de la culpabilidad de la organización, esencia y fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica, ya que sin dicha falta de control no existiría una culpabilidad de la empresa de la que derive su responsabilidad.⁶⁵

En el mismo sentido, Manuel Gómez Tomillo menciona que el defecto de organización y la proyección de una ética empresarial insuficiente, se traducen en culpabilidad, por cuanto debido a esta falencia se crean las condiciones adecuadas para la comisión de ilícitos;⁶⁶ cuando lo correcto es que la empresa oriente sus actuaciones a formas legales.

Como defecto de organización, el autor antes mencionado señala que es la actuación imprudente de la empresa que es reprochable, por cuanto, debido a no haber organizado sus procesos de producción, se ha generado una lesión de bienes jurídicos a terceros. También señala que se puede entender como la falta de establecimiento de todas las medidas organizativas, razonables e indispensables para impedir la infracción cometida o comportamientos dolosos como imprudentes de los empleados de la entidad.⁶⁷

En la misma línea, el mismo autor señala que los planteamientos más modernos respecto a la culpabilidad de las personas jurídicas, se basan en la cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad, que tienen como elemento principal los “programas de cumplimiento de las empresas” que, en caso de haber sido debidamente establecidos, permiten excluir de responsabilidad penal a la empresa e imputar a las personas naturales, autoras del delito; no obstante, la verificación de su inexistencia da lugar a establecer responsabilidad en contra de la empresa por haber incumplido su deber de vigilancia o control.⁶⁸

De igual manera, Adán Nieto menciona que la culpabilidad de la empresa por un defecto de organización en la dirección empresarial, se da por la falta de adopción por parte de los administradores de medidas razonables de control y de gestión con el fin de

⁶⁵ Rosario López, “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 13.

⁶⁶ Manuel Gómez Tomillo, “Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas” (Valladolid: Lex Nova, Primera Edición), 52.

⁶⁷ *Ibíd*, 54.

⁶⁸ *Ibíd*, 67.

impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes; y, que en caso de darse, permitan a la empresa localizar al infractor y reparar el daño.⁶⁹

De acuerdo a Vicente José Martínez, un programa de cumplimiento debería tener de manera general: un código de conducta escrito; sistemas de supervisión de los esfuerzos de cumplimiento del programa por parte de personal calificado; no delegación de facultades discrecionales de autoridades administrativas; comunicación efectiva de los estándares y procedimientos contenidos en los códigos de conducta; reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría; reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios; y, adopción de medidas adecuadas tras la detección de la infracción.⁷⁰

En el mismo orden de ideas, Cervantes y Bayona,⁷¹ señalan que la responsabilidad de la persona jurídica no tiene su fundamento en la responsabilidad vicarial o por transferencia (por la cual se transfiere a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado), sino en la infracción de un deber de cuidado y en la posición de garante que ésta tiene, sobre el respeto al marco legal que debe observar en la ejecución de sus procesos de producción.

Varios autores señalan que en caso de evidenciarse que la organización ha establecido sistemas de control apropiados y haya actuado de forma diligente conforme a sus posibilidades, no le puede alcanzar responsabilidad penal alguna; en este sentido, en el fallo jurisprudencial español citado en líneas anteriores, también encontramos un pronunciamiento al respecto:

“Cuando se demuestre que, conforme a un juicio “ex ante”, los medios de control y el código de buen gobierno corporativo eran adecuados y se ha cumplido con el deber de cuidado exigido para evitar los riesgos penales y, a pesar de ellos, los directivos o empleados hayan cometido un delito, no cabrá considerar autor de los mismos a la persona jurídica, so pena de infringir manifiestamente el principio de culpabilidad...y de adoptar un criterio completamente absurdo, desde el punto de vista de la finalidad preventiva del Derecho Penal, pues daría lo mismo que la persona jurídica hubiera adoptado o no medidas preventivas, lo

⁶⁹ Adán Nieto Martín, “La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal” En: “El Derecho Penal Económico en la era del compliance”. (Valencia: Tirant lo Blanch), 2013, 15.

⁷⁰ Vicente José Martínez Pardo. “La responsabilidad de las Personas Jurídicas”, 68.

⁷¹ Andrés Cervantes y David Bayona. “Personas Jurídicas: Responsabilidad Penal”.

que no tiene ningún sentido, desincentiva las políticas preventivas empresariales o sociales y provoca injusticias patentes.”⁷²

No obstante, Gómez Tomillo indica que la existencia de un defecto de organización no es en sí mismo, una causa de imputación de responsabilidad penal, sino que se requiere la conjunción de varios elementos adicionales que evidencien la comisión de un delito por parte de la organización y justifiquen su responsabilidad.⁷³

2.3.6. Establecimiento de un sistema de imputación propio para la persona jurídica

Rosario López argumenta que debe existir un adecuado sistema de imputación penal para la persona jurídica, de manera de hacer responsable a ésta y no directamente a las personas naturales que actúan a su nombre y así también aplicar sanciones que sean adecuadas conforme a su naturaleza.

El modelo de imputación, señala la autora citada, debe contemplar sistemas de investigación, enjuiciamiento, sanción y prevención; así como que las sanciones previstas para las personas jurídicas sean efectivas y disuasivas, pero también proporcionales por cuanto la sanción debe adecuarse a la capacidad de producción de la persona jurídica y observar la trascendencia y dañosidad que la pena puede conllevar.⁷⁴

Así también, es necesario que el sistema contemple sanciones de diferente tipo, tales como sanciones administrativas y penales que puedan ser aplicadas de acuerdo a las circunstancias de cada hecho y que, sobre todo, sean más procedentes para conseguir un efecto disuasivo, sin afectar la capacidad productiva de la empresa.

Otros aspectos que se deben considerar en este sistema de imputación, son las consecuencias atenuantes y agravantes en la definición de la pena aplicable a las personas jurídicas.

Varias legislaciones como la chilena y la española, contemplan un sistema de imputación acumulativo, esto con el objeto de procesar y sancionar a la persona jurídica con penas aplicables a la misma; y que permite al mismo tiempo, procesar a las personas físicas bajo un modelo de imputación objetiva, para evitar que la

⁷² Auto de sobreseimiento del 11 de enero de 2016, dentro del procedimiento no. 0001112/2015 del magistrado Otamendi Zozaya, del juzgado no.2 de instrucción de San Roque, Pamplona, España.

⁷³ Manuel Gómez Tomillo, “Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas” (Valladolid-España: Lex Nova, Primera Edición), pág. 53.

⁷⁴ Rosario López, “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 15.

responsabilidad de la persona jurídica conlleve una elusión del procesamiento de las personas naturales autoras del delito, y por el contrario reforzar su responsabilidad.⁷⁵

2.4. Aplicación de otras ramas del Derecho para prevenir y sancionar conductas ilícitas de la persona jurídica:

Conforme se ha mencionado anteriormente, la empresa constituye un actor importante de la economía ya que a su alrededor se encuentran muchos grupos de interés. Si bien debido a su rol cada vez más importante en la sociedad, ha sido necesaria la intervención del Derecho Penal para controlar conductas ilícitas que puedan provenir de ella, existen otras ramas del Derecho que pueden ser igual de eficaces para contener y sancionar estas conductas; además que se ajustan de mejor manera a la naturaleza jurídica de la empresa y no vulneran de forma directa derechos de terceros que se podrían afectar por penas como la disolución de la empresa.

2.4.1. Derecho Societario a través de la doctrina del Compliance

De acuerdo al estudio de legislación comparada, una causal para establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica es el incumplimiento de su deber de control o “defecto de organización” que supone la omisión de las medidas de precaución indispensables para el funcionamiento regular y por ende, no delictivo de la organización.”⁷⁶

Conforme se había mencionado en líneas anteriores, la empresa se ha convertido en un actor fundamental en la dinámica económico – social, y requiere regulación; sin embargo, la complejidad social, el desarrollo tecnológico y el proceso de globalización, han hecho que la estructura del Estado resulte insuficiente e incapaz para realizar las labores de control dentro de ella, por lo que una solución posible es que el Estado

⁷⁵ Nelly Salvo Babel, “Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno”, 231.

⁷⁶ *Ibíd*, 284.

delegue su función regulatoria para que sean las mismas empresas las que se auto regulen o controlen.⁷⁷

En este sentido, podemos señalar que los sistemas de autorregulación en la empresa, parten de una iniciativa privada, como un sistema de gestión de riesgos, para evitar los costes que éstos podrían generar, no obstante, actualmente, debido a que la empresa privada alcanza dimensiones cada vez mayores, las legislaciones mundiales⁷⁸ se encuentran estableciendo la obligación a las empresas de la implementación de sistemas de control en su interior para evitar o reducir los riesgos de que se produzcan actos ilícitos a su interior.

Sobre este punto, el *Compliance*, cuya traducción al español sería Cumplimiento, es una doctrina que ha ido adquiriendo vigencia en los últimos tiempos; y, en términos generales se podría indicar que se ocupa en general de la responsabilidad penal de la empresa y concretamente, en la determinación de medidas de dirección empresarial en el marco de su deber de supervisión, dirigidas a los integrantes de la empresa, para evitar infracciones de deberes jurídicos penales, además de mitigar riesgos de comisión de delitos dentro de ella y exonerarle de responsabilidad, en caso de que éstos ocurran.

Ivó Coca señala que la doctrina del *Compliance* se basa en los siguientes pilares:

- a) cultura de cumplimiento, lo cual supone que todos los miembros de la empresa conozcan y sean conscientes de la necesidad de ajustar su comportamiento a Derecho;

⁷⁷ Ivó Coca Vila, ¿Programa de cumplimiento como forma de Autorregulación Regulada?, En: "Criminalidad de Empresa y Compliance, Prevención de Reacciones Corporativas", (Barcelona: Atelier Libros Jurídicos), 2013, pág. 49.

⁷⁸ Un ejemplo de ello, lo encontramos en Estados Unidos con la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, que es una norma federal promulgada en el año 2010 y fue concebida para dar solución a la grave crisis financiera ocurrida en ese país en el año 2008. Trata sobre regulación financiera y establece obligaciones de vigilancia y supervisión en las instituciones que operan con recursos financieros, además refuerza las obligaciones en el ámbito del gobierno corporativo, establece nuevos requerimientos en los mecanismos de rendición de cuentas, y de transparencia de la información, entre otros; ello con el objeto de proteger a los consumidores de prácticas abusivas de los servicios financieros y proteger de mejor manera al mercado, para evitar que se produzcan grandes crisis o recesiones como la vivida. En: Arturo González de León, "El criminal compliance en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act". En: Jesús María Silva y Raquel Montaner, "Criminalidad de la empresa y compliance", (Editorial Atelier: Barcelona), 2013, 131.

- b) el pre establecimiento de objetivos empresariales, y un sistema de juridicidad para el logro de los mismos;
- c) evaluación de los riesgos de infracción de normas para evaluarlos y establecer un sistema continuo de gestión de los mismos para minimizarlos y responder a ellos adecuadamente;
- d) delimitación de ámbitos de competencia, con el objeto de conocer claramente quien es el responsable por cada proceso en la empresa;
- e) sistemas internos de comunicación adecuados y vías institucionalizadas de información, a fin de que todos los miembros de la compañía conozcan la información de riesgos que sea relevante para su concreta actividad;
- f) establecimiento de sistemas de supervisión y sanción, con un órgano de supervisión; y,
- g) una reevaluación constante del sistema para identificar y corregir fallos en el mismo.

Al respecto, el autor mencionado en líneas anteriores, señala que existen distintos tipos de auto regulación que van desde simples declaraciones de principios o estándares a estrictos protocolos de actuación ante específicos riesgos propios de cada sector de actividad empresarial, y, que de acuerdo a sus características pueden permitir eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica.⁷⁹

No obstante, también existen modelos de auto regulación obligada (*enforced self-regulation*), que es una forma de regulación estatal del mundo empresarial realizada propiamente por la empresa pero ajustada a los fines o intereses públicos predeterminados por el Estado.⁸⁰

En torno a este tema, la doctrina ha desarrollado distintos modelos de control como son: los programas de cumplimiento, códigos de ética, normas de *due diligence*, normas de buen gobierno corporativo, entre otras, que de manera común, tienen por objetivo establecer sistemas de control eficaces dentro de la empresa para reducir riesgos legales.

⁷⁹ *Ibíd*, 51.

⁸⁰ *Ibíd*, 52.

Un programa de cumplimiento, tal como está previsto en legislaciones extranjeras, así como de acuerdo a ciertos aportes doctrinarios,⁸¹ consideramos que podría contener, entre otros, los siguientes elementos:

- 1) Un protocolo para el ejercicio reglado de procesos de todas las instancias de la empresa, así como la previsión de sanciones para castigar su incumplimiento. Además, debe establecer el procedimiento para la concretización de la voluntad de la persona jurídica, adopción de decisiones y ejecución de las mismas;
- 2) El establecimiento de un órgano de vigilancia y supervisión del Programa de Cumplimiento y prevención de delitos;
- 3) La identificación de riesgos en todas las instancias y fases productivas de la empresa, a fin de establecer el procedimiento de cómo han de ser tratados;
- 4) Como parte del programa, se deben implementar procesos de capacitación periódica sobre el programa de cumplimiento a todos los miembros de la empresa, para que éstos estén permanentemente informados sobre sus obligaciones establecidas en los protocolos;
- 5) La creación de canales de denuncia internos para poner en conocimiento de las autoridades internas y públicas sobre el cometimiento de una infracción penal, abierto a trabajadores y terceros, pero respecto de los trabajadores, como una obligación de proporcionar información; además que puede contar con un sistema de protección a denunciantes;
- 6) En caso de producirse procesos de fusión, transformación, escisión, que se practique la debida diligencia a fin de evitar esconder o dejar pasar irregularidades suscitadas;
- 7) Sistema de verificación periódica del sistema de control, a fin de que sea adaptable a cambios de la organización y se eviten en lo más posible, falencias en el mismo.
- 8) Adopción de medidas adecuadas tras la detección de la infracción que evidencie colaboración de la empresa con las autoridades en el descubrimiento y sanción del delito.

⁸¹ Vicente José Martínez Pardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 77.

Finalmente, es interesante mencionar lo señalado por Iván Navas⁸² en cuanto a los múltiples beneficios que puede generar en la implementación de sistemas de control en la persona jurídica.

En primer lugar, los beneficios directamente relacionados en lo concerniente al Derecho Penal, son: (i) la prevención o el descubrimiento de delitos que pudieran producirse en la empresa; (ii) la evitación o atenuación, de acuerdo a cada ordenamiento jurídico, de la responsabilidad penal por los delitos que se produzcan en su interior.

De otro lado, podemos ver que existen otros beneficios que no tienen relación con el Derecho Penal, pero que vale la pena mencionar para comprender la utilidad que tienen estas prácticas en la actual realidad empresarial, y son los siguientes:

- (i) La empresa incrementa su valor en el mercado, ya que una entidad que cuente con normativa de auto regulación adquiere un rating mayor;
- (ii) Obtiene incrementos en ventas al diferenciarse de las demás empresas con las cuales compite;
- (iii) Obtiene reducción de costes en la gestión de riesgos y en las primas de seguro;
- (iv) Al tener prácticas más responsables con los consumidores, recibe menos quejas o acciones en su contra por parte de éstos.
- (v) Genera relaciones más ordenadas con sus trabajadores;
- (vi) Coadyuva a mantener buenas relaciones con sus socios comerciales, al existir certeza sobre la manera que en que la empresa procederá, así como también podrá exigir un comportamiento igual por parte de ellos.
- (vii) Mejora su reputación por lo que adquiere más socios comerciales que buscan relacionarse con la misma, porque incide también en el prestigio de ellas.
- (viii) Mantiene a sus accionistas, quienes poseen seguridad sobre la manera como se conduce la empresa.

De esta manera podemos concluir que, frente a los problemas relacionados con la criminalidad de la empresa, se hace necesario que la implementación de sistemas de

⁸² Iván Navas Mondaca, "Los códigos de conducta y el Derecho Penal Económico", En: Jesús María Silva y Raquel Montaner, "*Criminalidad de la empresa y compliance*", (Editorial Atelier: Barcelona), 2013, págs. 125-126.

control, no dependa simplemente de una iniciativa privada, sino que esta debe constituir una obligación determinada por Ley, pues además observamos que los beneficios tanto para la empresa como para la sociedad son bastos.

2.4.2. Derecho Administrativo Sancionador:

Considerando la naturaleza de la persona jurídica, al ser ésta no solamente una persona ficticia sino además colectiva, es necesario plantearse si el Derecho Penal, es la única rama o la más eficaz para el tratamiento legal de los actos ilícitos cometidos desde o dentro de la empresa.

Respecto a la aplicación del Derecho Penal en relación a una persona jurídica, Rosario Susana López señala que el sistema penal tradicional fundamenta la imputabilidad en el principio de culpabilidad pensado en personas naturales, en razón de que la culpabilidad solo es reconocida en términos de atribución penal a las personas físicas y no a las jurídicas, lo cual lleva a replantear todo el sistema penal actual, por cuanto la función establecida se inspira en relación a la punición y responsabilidad; mientras que en el caso de las personas jurídicas lo que se está realizando es una instrumentalización del Derecho Penal que tiene como objetivo la imposición de sanciones y su amenaza para evitar que se cometan nuevos actos delictivos.⁸³

En la misma línea, cabe reflexionar también que, de acuerdo al principio de culpabilidad, la pena recae en la persona como un reproche por haber cometido un acto antijurídico y se convierte en un mal que la persona asume desde su aspecto psicológico; sin embargo, en la persona jurídica, que es un ente ficticio, este reproche moral no tiene el mismo efecto. De igual manera, Rosario López menciona también que las personas colectivas no podrían ser las destinatarias o sujetos pasivos de penas criminales con finalidad preventiva a la vez de retributiva, siendo que las dificultades existentes suelen ser menos graves cuando sólo se prevén sanciones cuasi penales y no verdaderas penas.⁸⁴

Sobre este punto, cabe preguntarse si es posible el tratamiento las infracciones cometidas por la persona jurídica a través de otras vías legales que cumplan la misma función de sanción y contención. De hecho, vemos que las penas determinadas para las

⁸³ Rosario Susana López, "Acerca de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica".

⁸⁴ *Ibíd.*

personas jurídicas tanto en la legislación ecuatoriana como en legislaciones extranjeras, tales como: la clausura, prohibición de contratación con el Estado, pérdida de beneficios estatales o suspensión de actividades, constituyen, en palabras de Rosario López, consecuencias jurídicas no penales propiamente, sino más bien, sanciones administrativas o medidas de seguridad para evitar nuevas acciones delictivas de la empresa.⁸⁵

Una propuesta en este sentido, es el tratamiento legal de las conductas delictivas de la empresa a través de la rama del Derecho Administrativo Sancionador, que es una de las vías a través de las cuales el Estado ejerce su poder punitivo y le permite imponer sanciones a los particulares por las conductas tipificadas como infracción administrativa, además de prevenirlas.⁸⁶

La aplicación del Derecho Administrativo Sancionador en infracciones cometidas por la persona jurídica se da por una cuestión de dogmática penal, por cuanto quedan ciertos reparos para aceptar la capacidad de culpabilidad que tiene la persona jurídica, toda vez que al ser un ente ficticio, carece de conciencia y voluntad, que son elementos determinantes para que proceda la aplicación de una pena; por lo que una sanción en el ámbito administrativo es más fácil de ser aceptada y se ajusta más a las características propias del ente colectivo.

Así también, debido a la observancia del principio de mínima intervención penal que determina que el Derecho Penal debe emplearse para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que pueden sufrir, por lo que el éste debe usarse en la vida social de la forma más mínima posible. En tal razón, si es que existieran otros medios distintos al Derecho Penal y que logren la protección de los bienes jurídicos, estos deberán emplearse de forma preferente, pues lo que se busca es el mayor bien social con el menor coste posible.⁸⁷

En este punto se debe reconocer que existen casos en los cuales, tanto las consecuencias de la infracción como las penas previstas, son más graves y requieren un nivel mayor de garantías, por lo que deben ser juzgadas desde el Derecho Penal; no obstante, existen infracciones como la falta de afiliación de los trabajadores a la

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo, Lucía Alarcón, Antonio Bueno Armijo, "Derecho Administrativo Sancionador", (Valladolid: Lex Nova) 2010, pág. 49.

⁸⁷ Francisco Muñoz Conde, "Introducción al Derecho penal", (Editorial B de F: Montevideo), 2001, pág. 107.

seguridad social que actualmente es considerada como un delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, respecto de la cual se puede señalar que su juzgamiento a través de un proceso penal seguido en tantas instancias resulta exagerado, ya que en este caso, sería suficiente la aplicación de una sanción pecuniaria por parte del ente rector por cuanto incluso probar que la infracción se cometió es sencillo.

En este orden de ideas, es necesario que la legislación contemple una correcta clasificación de las infracciones que deben ser juzgadas en instancia judicial y cuáles pueden ser procesadas en instancia administrativa, para evitar un abuso o carga innecesaria en el sistema penal, que es de *ultima ratio*, pero también cuidando de que no se dé un incremento desmesurado del poder sancionatorio de la Administración.⁸⁸

El autor mencionado señala que los delitos que, de acuerdo a la doctrina, ameritan un tratamiento desde el Derecho Penal son aquellos en los que la infracción ha afectado un derecho fundamental o un valor constitucionalmente relevante; siendo que para el resto de bienes jurídicos se debería utilizar el Derecho Administrativo Sancionador, así como en las contravenciones y delitos sancionados con penas pecuniarias. Lo anotado, sin duda merece un desarrollo dogmático mucho más profundo y que se encuentra fuera del ámbito de este estudio, pero nos permite reflexionar sobre la necesidad de limitar la intervención del Derecho Penal en varios aspectos, siendo uno de ellos, con respecto a la persona jurídica.

Por otra parte, también es importante destacar que el Derecho Administrativo Sancionador puede ser de utilidad al momento de la aplicación de medidas cautelares en contra de la persona jurídica cuando esté en curso un proceso penal en su contra de las personas naturales que forman parte de ella; e incluso, podrá permitir la aplicación de sanciones en los casos en los que se evidencie que el delito se cometió por un defecto de organización, en los que no se evidencia una voluntad colectiva delictiva sino imprudencia de la empresa en su deber de control.

De esta manera podemos concluir que resulta trascendente que se realice en la ley una clasificación adecuada de las infracciones que deben ser tratadas desde el Derecho Penal y cuáles desde el Derecho Administrativo Sancionador, y que con la correspondiente observancia a los principios de la potestad regulatoria y las garantías

⁸⁸ Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales, "Derecho Administrativo Sancionador, parte general", (Editorial Thomson Reuters: España), 2010, págs. 910-913.

correspondientes para los infractores, permitirá, en el caso de la persona jurídica, el desarrollo de su actividad económica, de forma más segura, sin verse expuesta a los riesgos que puede conllevar la amenaza de una sanción penal.

Capítulo tercero

Critica a los presupuestos de la responsabilidad penal de la persona jurídica establecidos en el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal

3.1. Análisis sobre el estado de vulnerabilidad de la actividad empresarial en el Ecuador.

La empresa tiene un papel trascendental en la economía, puesto que se encarga de funciones tan importantes como: el proceso de producción de bienes y servicios que satisfacen las necesidades de la sociedad; la transformación de recursos, de materia prima a productos, otorgándoles valor añadido; además, de la generación de empleo y con ello, de riqueza, ya que logra la asignación de recursos de forma más eficiente y permite la movilización de la economía; por otra parte también, propende el desarrollo del sistema económico, por su capacidad de innovar para satisfacer nuevas necesidades; y, por tener a su cargo el riesgo en las operaciones económicas, al invertir recursos anticipadamente sin conocer los resultados.⁸⁹

Así también, una característica muy importante de la empresa es que, si bien podría entenderse como una unidad independiente, tiene a su entorno grupos de interés, como son: consumidores, clientes, proveedores, trabajadores, contratistas, comunidad en general y Estado; por lo que, se debe considerar que lo que suceda en la empresa, tiene una amplia repercusión que va más allá de su individualidad.

De acuerdo a lo mencionado, se puede concluir que la empresa es un agente económico de vital importancia que, sin bien debe ser regulado, también debe ser protegido por cuanto sostiene gran parte de la economía global.

No obstante, vemos que en Ecuador, la empresa privada no ha sido debidamente impulsada ni protegida; en este sentido, Julio José Prado indica que si bien desde la dolarización, la economía y la actividad empresarial tuvieron un incremento visible, no obstante, nos encontramos frente a una realidad en la cual, la economía se basa principalmente en el petróleo, que por un lado es la industria que más aporte genera al

⁸⁹ Santiago García Echevarría, "Teoría Económica de la Empresa", (Madrid: Ediciones Díaz de Santos S.A.), 1994, págs.21-23.

PIB, pero también es la que más inversión pública atrae, lo cual hace que los demás sectores productivos se vean abandonados.⁹⁰

De otro lado, tenemos que, el abandono al sector empresarial, no solo se refiere a los aspectos económicos, sino también a los regulatorios; puesto que, al no existir políticas públicas claras y seguridad jurídica respecto a la vigencia de las disposiciones normativas, se torna muy difícil, la captación de inversiones o las iniciativas emprendedoras.

Lo anterior, puede contrastarse con los rankings económicos globales, que muestran al país como poco competitivo y riesgoso para realizar inversiones, ya que, generalmente se encuentra por debajo del promedio. Así tenemos que de acuerdo al *Global Competitiveness Report*, que mide el estado de competitividad, en el período 2016-2017, Ecuador se encuentra en el puesto 91 de 138 países analizados; y por otro lado, el *Doing Business* que proporciona cifras sobre las regulaciones y la facilidad para hacer negocios, muestra que en el año 2017, Ecuador se ubica en el puesto 114 de 190 países analizados.⁹¹

Un punto clave para la atracción de las inversiones es la seguridad jurídica sobre las regulaciones impuestas a las empresas, ya que el sometimiento a las mismas, genera costes que la empresa, se entendería, está dispuesta a asumir, pero con la certeza de que las reglas del juego no van a cambiar en la mitad del camino.

Las reformas tributarias y laborales⁹² en nuestro país, constantemente cambiantes e impositivas para la empresa, han traído consecuencias negativas en el sector productivo, ya que han desincentivado la inversión tanto extranjera como

⁹⁰ Julio José Prado, "El gran problema del Ecuador", Revista Digital de IDE Business School de la Universidad de los Hemisferios, En: <<http://investiga.ide.edu.ec/index.php/el-gran-problema-del-ecuador>>. Fecha de consulta: 2017-09-19.

⁹¹ Observatorio PYME de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, En: <http://portal.uasb.edu.ec/contenido_centro_programa_cont.2908> Fecha de consulta: 2017-09-19.

⁹² En los últimos años se han dado importantes reformas laborales que han cambiado las condiciones establecidas para los empleadores. En marzo de 2015, se promulgó la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, que, entre otras reformas, eliminó el contrato a plazo fijo, lo cual provocó como efecto la reducción de personal en empresas, restricción en la contratación y por consiguiente desempleo y precarización del trabajo. Posteriormente en marzo de 2016 nuevamente se dio una reforma laboral para promover el trabajo juvenil, establecer un seguro de desempleo, establecer nuevas jornadas laborales y regular sobre licencias para el cuidado de los hijos. En el ámbito tributario, entre las últimas reformas se encuentra la Ley de Reactivación Económica, que establece nuevos procedimientos para pagos de impuestos, así como incremento del impuesto a la renta. Estos aspectos siempre cambiantes afectan las condiciones de seguridad jurídica, que es un elemento clave para atraer la inversión privada.

nacional. Ahora una norma en el ámbito penal que establece responsabilidad en contra de la empresa, que no es clara y por demás abierta, genera sin duda mayor preocupación, por cuanto, puede exponer a la empresa a una situación de mayor vulnerabilidad; razón por la cual, es necesario que se delimiten de forma clara los presupuestos para que proceda la responsabilidad penal en contra de ella.

La responsabilidad penal en contra de la persona jurídica, se encuentra regulada en los artículos 49 y 50 del Código Orgánico Penal Integral, vigente desde el 10 de agosto de 2014, que prevén que la empresa es capaz de responder penalmente por diversas causas y factores. Así reza el texto de las normas:

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.

Al respecto, Pablo Encalada⁹³ señala que tal como se encuentra planteada la figura de responsabilidad penal de la persona jurídica en el en el Código Orgánico Penal Integral, presenta complicaciones, ya que la forma como la persona jurídica realiza sus actos es incompatible con el principio de materialidad de la acción en el ámbito penal; además, debido a su falta de capacidad de culpabilidad, no es posible realizar en contra de ella, el reproche de su conducta (en el ámbito psicológico); y, porque las penas establecidas para ella son incompatibles con el fin de la pena establecido en la

⁹³ Pablo Encalada, "Teoría constitucional del delito y el Código Orgánico Penal Integral", (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, Primera Edición), 2015, pág. 27.

Constitución, que es el de rehabilitación social de la persona, por cuanto incluso, considerando que una de las penas establecidas es la de su extinción, no se puede pretender que con ella, se rehabilite.

Además, indica que, debido a la división de trabajo y funciones que existe en una empresa, se da el caso de que no todas las personas que forman parte de ella, conozcan de todas las actividades que se realizan, por lo que, al sancionar a la organización como tal, existe el riesgo de sancionar a socios que pueden ser inocentes.

Es así que señala que, si bien la criminalidad que se produce alrededor de las personas jurídicas debe ser controlada, en un sistema penal respetuoso de los principios democráticos, esta respuesta no resulta la más adecuada, por cuanto es incompatible con los principios constitucionales en lo formal y por las injusticias que se pueden cometer al momento de su aplicación.⁹⁴

Con el objeto de determinar el alcance que puede llegar a tener esta figura legal en nuestro país, realizaremos un desglose de sus elementos, a fin de analizar qué aspectos deben ser delimitados.

a) En los supuestos previstos en este Código:

La norma señala que la responsabilidad en contra de la persona jurídica procede siempre que así lo establezcan los tipos penales, de esta manera encontramos que la responsabilidad penal de la persona jurídica está prevista en los siguientes delitos del COIP: delitos de lesa humanidad (art. 89 y 90); trata de personas (art. 91 y 94); delitos de diversas formas de explotación (art. 95 a 109); ocupación ilegal de suelo o tráfico de tierras (art. 201); insolvencia fraudulenta (art. 205); tráfico ilícito de migrantes (art. 213); producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados (art. 217); desatención del servicio de salud (art. 218); engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos (art. 235); destrucción de bienes de patrimonio cultural (art. 237); retención ilegal de aportación a la seguridad social (art. 242); falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica (art. 243); delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama (art. 245 a 267); enriquecimiento privado no justificado (art.

⁹⁴ Ibid, 30.

297); delitos económicos (art. 307 a 325); lavado de activos (art. 317); financiación del terrorismo (art. 367).

En los tipos penales descritos, queda claramente establecido que, respecto de aquellos, la persona jurídica puede ser considerada como autora en la comisión de un delito, configurándose así, los principios de legalidad y excepcionalidad que prevén que solo en los casos expresamente determinados procede la responsabilidad de la persona jurídica.

De igual manera, vemos la aplicación de los mencionados principios en lo que respecta a las penas; siendo que cada tipo penal que establece la responsabilidad de la persona jurídica determina a su vez, la sanción que debe aplicarse.

De igual manera, el catálogo de las sanciones aplicables se encuentra determinado en el artículo 71 del Código Orgánico Penal Integral; y, las medidas cautelares en el artículo 550, estableciendo penas como: multa, comiso penal, clausura temporal o definitiva de establecimientos, ejecución de actividades en beneficio de la comunidad, remediación de daños ambientales, disolución de la persona jurídica, prohibición de contratar con el Estado y como medida de seguridad, la intervención de la organización.

La crítica que se puede hacer sobre este elemento es más bien por la omisión en la determinación de responsabilidad penal para la persona jurídica en delitos como la estafa, debido a que la persona jurídica es comúnmente usada como una pantalla con la cual se consigue engañar a la víctima, al hacerle pensar que las operaciones realizadas son legales o se encuentran garantizadas pero que en la práctica son actividades delictivas con las cuáles se les afecta en su patrimonio; también se observa que ha quedado fuera el delito del enriquecimiento privado injustificado, que podría darse frecuentemente, en el caso de que una persona incremente su patrimonio, sin un respaldo legal.

Otra gran falencia respecto a este elemento, es la omisión de la determinación de responsabilidad penal en contra de la persona jurídica en los delitos contra la eficiencia de la administración pública, considerando que, un antecedente importante para la incorporación de esta figura fue la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción; además, conforme se ha visto del estudio de legislación comparada, son

justamente, este tipo de delitos en los cuáles se han centrado las respectivas regulaciones.

En nuestro país, es imperiosa la necesidad de establecer la imputabilidad de la persona jurídica en los mencionados delitos, ya que se ha evidenciado muchos casos de corrupción, el más destacados de ellos, revelado en el último año, tiene como protagonista justamente a una persona jurídica, la constructora brasileña Odebrecht que mantenía como parte de sus políticas internas y procesos establecidos, el pago de sobornos a servidores públicos para ser favorecida con la adjudicación de contratos de ejecución de obras públicas que tenían sobreprecio.⁹⁵

Si bien, en este caso se establecieron procesos de juzgamiento penal por los delitos de concusión, cohecho, asociación ilícita y lavado de activos en contra varios servidores públicos, entre ellos el Vicepresidente de la República⁹⁶, se debe señalar que el juzgamiento a la empresa se encontró a cargo de la justicia brasileña; sin embargo, vemos que en caso de haber sido procedente el juzgamiento de la empresa en nuestro país, no hubiese sido posible la imputación respecto de los delitos contra la eficiencia de la administración pública por cuanto los tipos penales no prevén la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cual hubiese ocasionado que la empresa se quede en la impunidad, por un vacío legal.

Es por ello, que se hace necesaria una reforma, para ampliar el catálogo de delitos respecto de los cuáles puede responsabilizarse a la persona jurídica y que son los que más frecuentemente se cometen.

b) Personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado:

Al respecto, es importante precisar que de acuerdo al principio de territorialidad, la ley penal aplica respecto de aquellos delitos cometidos en el territorio nacional, ya sea por personas nacionales o extranjeras, aun cuando los sujetos o bienes afectados sean de otra nacionalidad.⁹⁷

⁹⁵ Armando Klauer, "Tendencias autodestructivas de las sociedades", 239, En: <http://www.librosenred.com/libros/tendenciasautodestructivasdelassociedades.html>. Fecha de consulta: 2017-09-19

⁹⁶ "Las claves para entender el caso de sobornos de Odebrecht en Ecuador", Diario el Universo de Ecuador, 1 de noviembre de 2017.

⁹⁷ Jorge Zavala Baquerizo, "El proceso penal ecuatoriano", (Guayaquil: Universidad de Guayaquil, Departamento de Publicaciones), 1975, pág. 80.

Si bien es correcta esta previsión, se debe contemplar que existen problemas de política criminal en lo que respecta a delitos en los que se utiliza tecnologías de la comunicación para su comisión y aquellos en los que existe la participación de personas, bandas o redes ubicados en diferentes partes del mundo, en los cuales, el proceso de comisión y de producción de resultados se dan en diversos Estados, por lo que en muchas ocasiones no es posible determinar a quién corresponde la competencia para perseguirlos o en los que, incluso, se puede dar una doble imputación por un mismo hecho.⁹⁸

Se debe recordar que la Convención de Palermo, principal antecedente normativo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, abordó el tema de los delitos transnacionales y la necesidad de crear regulaciones y políticas públicas conjuntas entre varios Estados, para poder combatir el denominado crimen organizado y sancionar a personas jurídicas que se convierten en el vehículo para la perpetración del delito o un medio para su ocultamiento, como por ejemplo cuando la empresa es usada para el lavado de activos provenientes de actividades ilícitas.⁹⁹

Por esta razón, los Estados deben colaborar conjuntamente en el establecimiento de políticas criminales a nivel internacional que permitan combatir el problema de la criminalidad organizada que es justamente el propósito de los antecedentes normativos internacionales mencionados; por lo que si bien, la disposición establecida en el COIP es acertada, se debe considerar que la norma por sí misma no soluciona el problema de criminalidad organizada, sino que se requieren políticas criminales más amplias para combatir esta problemática penal moderna.

De otro lado, vemos que la norma prevé que la responsabilidad penal solamente puede recaer en personas de derecho privado, lo cual implica que las entidades públicas son inimputables; esto tiene sentido por cuanto, los organismos públicos se dedican a actividades lícitas no lucrativas, por lo que, si se cometieren delitos dentro de ellas, se entiende que los responsables serían los servidores o trabajadores de ella, por cuanto el beneficio siempre va a ser personal y no para la entidad.

⁹⁸ Laura Zúñiga Rodríguez, "El concepto de criminalidad organizada", Nuevo Foro Penal N° 6, Universidad EAFTI, enero-junio 2016, 75, <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/416>>. Fecha de consulta: 2017-09-19.

⁹⁹ *Ibíd*, 81.

No obstante, en el caso de empresas públicas, eventualmente podrían darse casos en los que concurren todos los elementos para imputar responsabilidad penal a la organización, como por ejemplo en delitos ambientales, los que afectan la salud pública, o a los derechos de los consumidores; además de delitos contra la administración pública.

Sobre este punto, se debe mencionar que la legislación chilena, sí prevé responsabilidad penal en contra de empresas públicas desde el año 2009, a través de la promulgación de la Ley 20 393, estableciendo procedimientos de *compliance* público, a través de los cuáles se establecen controles más fuertes para evitar o reportar actividades sospechosas que surjan en su interior.¹⁰⁰

Una reforma en el sentido de involucrar a las entidades públicas para establecer sistemas de control exhaustivo y mejorar los procesos de gobernabilidad, sería necesaria.

c) En beneficio propio o de sus asociados:

Este es uno de los elementos clave al momento de determinar responsabilidad penal en contra de la persona jurídica, puesto que permite deducir que la comisión del mismo fue conocida y consentida por la voluntad colectiva o al menos, no impedida debido a que genera un beneficio para todos.¹⁰¹

No obstante, en el caso de que el beneficio obtenido del delito sea solo para un asociado o varios pero no para todos, se debe tener más cautela, puesto que en ciertos casos se podría entender que la empresa está siendo usada para la comisión del delito, tal vez por defectos de organización, pero no que existe una voluntad colectiva de realizar actividades ilícitas; y, por tanto, no cabría responsabilizar penalmente a la organización como tal, porque se afectaría derechos de los demás socios y grupos de interés de la empresa que no han participado o consentido en el delito ni se han beneficiado del mismo.

¹⁰⁰ Ley 20393 de Chile. En: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>>. Fecha de consulta: 2017-09-10

¹⁰¹ Enrique Del Castillo Codes "La responsabilidad de las personas jurídicas", <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4722-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/>>. Fecha de consulta: 2017-09-16.

En este sentido, Enrique Del Castillo, señala que sería importante determinar si el socio beneficiado tiene poder decisorio o no en la organización; en el caso de que así sea, se podría entender que la persona jurídica fue usada como un vehículo para la perpetración del delito y que para el efecto si existió voluntad colectiva en la ejecución de actos para tal efecto, por lo que se concluiría que la organización tiene responsabilidad sobre tal hecho.

Pero en el caso de que el o los socios beneficiados no tengan poder decisorio, se entendería que no existió un consentimiento colectivo, sino más bien, que dentro de la empresa no se han establecido o han fallado los sistemas de control para evitar la comisión de delitos, respecto de lo cual, la empresa no tendría responsabilidad penal por un acto doloso, sino responsabilidad por la falta de cumplimiento de obligaciones administrativas.¹⁰²

Es en el caso descrito en el que se evidencia que la norma penal establecida en el COIP es demasiado abierta y podría conllevar un riesgo inminente en la actividad empresarial, puesto que al establecer un requisito de forma tan general, podría entenderse que cualquier caso, incluso si un delito cometido dentro de la organización o usando a la misma, benefició a un solo socio, podría parecer como un elemento configurativo de responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando en realidad se evidencia que no existió voluntad, consentimiento o si quiera conocimiento por parte de todos los socios, por lo que, una sanción penal podría resultar injusta y lesiva.

Sobre este aspecto y conforme se indicará más adelante, es necesario implementar un sistema de imputación propio para la persona jurídica de manera que sea posible determinar con precisión cuál es el grado de participación de la organización en la comisión del delito; y, de esta manera, despejar los casos en los cuáles definitivamente es procedente el establecimiento de responsabilidad penal y los casos en los que de acuerdo a la naturaleza del hecho y las circunstancias, lo procedente el establecimiento de responsabilidades administrativas o civiles.

d) Por la acción u omisión:

¹⁰² Enrique Del Castillo Codes, "La responsabilidad de las personas jurídicas".

Los conceptos de acción y omisión tal como son entendidos en el esquema de la teoría tradicional del delito, tienen aplicación en personas físicas, pero respecto a las personas jurídicas, éstos varían.

Por un lado, por acción, en la teoría tradicional, se entiende a un movimiento corporal voluntario o modificación causal del mundo exterior que es perceptible a los sentidos y es penalmente relevante.¹⁰³ En el caso de las personas jurídicas, esta capacidad de acción en lo penal, se respalda en la capacidad que tienen éstas de contratar o adquirir obligaciones, siendo que, si son capaces de realizar actos lícitos, también pueden ser capaces de cometer actos ilícitos, siempre que se determine que tal acción se trata de un auténtico y específico obrar corporativo.¹⁰⁴

En este sentido, un obrar corporativo delictivo es claro cuando el ente jurídico se crea de forma ex profesa para la comisión de un acto delictivo, como por ejemplo, empresas que se crean para la captación de dinero producto de delitos contra la administración pública; caso en el cual, es posible aplicar una sanción penal a la persona jurídica y además a las personas naturales pues como señala Enrique Del Castillo, es posible aplicar los tradicionales mecanismos de imputación, por cuanto la acción de las personas naturales, por sí misma es antijurídica.¹⁰⁵

Pero en el caso de delitos cometidos en organizaciones legalmente constituidas y que realizan actividades lícitas, se torna difícil determinar si el delito es cometido en nombre de la organización o por un miembro que ha utilizado a la misma como una pantalla. En estos casos, que se evidencia una extra limitación de la norma establecida en el COIP, por cuanto, si solamente se considera que la acción hay sido realizada por una persona jurídica, se configuraría un elemento para su imputación, sin embargo, podrían presentarse problemas graves de violación de derechos, al responsabilizar a miembros de la organización que no estén involucrados y son inocentes.

Por otra parte, en lo que respecta a la omisión, Santiago Mir Puig señala que, en la teoría tradicional del delito, ésta se relaciona con la existencia de un deber jurídico de actuar y de normas de carácter imperativo que mandan u ordenan realizar una acción; es

¹⁰³ Santiago Mir Puig, "Introducción a las bases del Derecho Penal", (Buenos Aires: Editorial B de F, segunda edición), 2003, pág. 207.

¹⁰⁴ Enrique Del Castillo Codes. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas".

¹⁰⁵ *Ibíd.*

así que un delito de omisión se configura cuando el sujeto no realiza una acción que debe y está en capacidad de hacer.¹⁰⁶

En esta línea, la figura de la omisión, en lo que respecta a la persona jurídica, reviste especial importancia, por cuanto, la doctrina ha planteado que la responsabilidad penal del ente colectivo y su culpabilidad se da por la falta de cumplimiento de un deber de implementación de medidas de control para impedir actos delictivos en su interior.

Esta falta de cumplimiento de deber, también conocida como “defecto de organización”, de acuerdo a Vicente José Martínez, puede evidenciarse cuando la empresa no establece sistemas adecuados de control permanentes en sus procesos productivos, y por tal razón, se lesionan bienes jurídicos o se permite la comisión de actos ilícitos; también se presenta como la responsabilidad subsidiaria que recae en la persona jurídica cuando no es posible determinar la responsabilidad individual del miembro de la organización que hubiere cometido el delito; o, cuando no existe por parte de la empresa, cooperación con las autoridades en la investigación del delito una vez que éste se produjo.¹⁰⁷

Lo anotado, tiene relación con la culpabilidad, elemento clave para que se produzca la imputación. En el caso de las personas jurídicas, el reproche que puede hacerse es por la falta de adecuación de su conducta al comportamiento determinado por el Estado, situación que, de acuerdo a Marina Roig, no es posible en las personas naturales, pero sí en las personas jurídicas por cuanto puede ser perfectamente aceptable, exigirle el establecimiento de sistemas de control para evitar que se comenten actos antijurídicos en su interior.¹⁰⁸

La culpabilidad es, como sabemos, un elemento del delito, sin el cual, no podría responsabilizarse a alguien de su comisión; la culpabilidad de acuerdo a Santiago Mir Puig, se presenta de dos formas, el dolo y la imprudencia, y cualquiera de ellas suponen la atribuibilidad del injusto a su autor.¹⁰⁹ En esta línea, el hecho delictivo, sea que haya sido cometido por acción (dolo) u omisión (imprudencia), es atribuible y reprochable a la persona jurídica.

¹⁰⁶ Santiago Mir Puig, “Introducción a las bases del Derecho Penal”, 208.

¹⁰⁷ Vicente José Martínez Pardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista Internauta de Práctica Jurídica, N° 26, año 2011, 61 -78. En: <http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num26/26-3-vicpar.pdf>. Fecha de consulta: 2017-09-30.

¹⁰⁸ Marina Roig Altozano “Responsabilidad de las Personas Jurídicas”.

¹⁰⁹ Santiago Mir Puig, “Introducción a las bases del Derecho Penal”, 294.

Con base en lo anotado, queda claro, que las posiciones doctrinarias justifican que la persona jurídica puede ser responsable ya sea por delitos de acción o de omisión; sin embargo en la norma establecida en el COIP, esta posición es por demás superflua; por cuanto en la legislación ecuatoriana no establece la obligación para la persona jurídica de la adopción de sistemas de control para evitar la comisión de actos delictivos, como son por ejemplo, procedimientos de *Compliance*, *Due Diligence* o Normas de Buen Gobierno Corporativo, que en nuestro país, son implementados más bien como una iniciativa privada de las empresas, mas no por una obligación legal, únicamente la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos en su artículo 25 establece la obligación de elaborar programas de prevención en aquellas entidades en las que es aplicable, sin embargo no es una obligación para la generalidad de las empresas ecuatorianas ni tampoco trata sobre la prevención de otro tipo de delitos.¹¹⁰

Esta es una de las grandes falencias de la institución de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación ecuatoriana, por cuanto, conforme se evidenció del análisis de la legislación comparada realizado en el capítulo anterior, la obligación de implementación de sistemas de control y su incumplimiento, es un requisito básico o previo para la determinación de responsabilidad penal.

Por ejemplo, en la legislación española la persona jurídica queda exenta de responsabilidad si demuestra haber implementado medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos; mientras que la legislación chilena establece que las personas jurídicas serán responsable cuando la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento por parte de ésta de los deberes de dirección y supervisión que son entendidos como la adopción de modelos de organización y supervisión para prevenir delitos.

Por su parte, el proyecto de Ley de Argentina, impone la obligación del establecimiento de un programa de integridad y detalla los elementos que debe contener el mismo, lo cual, evidencia el propósito preventivo de la norma que prima sobre el sancionatorio; y, al dar pautas claras sobre lo que se espera de las empresas, es fácil

¹¹⁰ Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, publicada en el Registro Oficial Suplemento 802 de 21-jul.-2016. "Art. 25.- Las entidades del sector público y privado ejecutarán los programas y las acciones de prevención diseñadas por la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), para alcanzar los objetivos de esta ley."

determinar la configuración de la omisión de un deber jurídico y, por tanto, la procedencia de la aplicación de una sanción en contra de la organización.

Concluyendo respecto de este tema se puede indicar que, al no existir en la legislación ecuatoriana, normas sobre la obligatoriedad de establecer sistemas de control para evitar la comisión de delitos en las empresas, no existen elementos claros de cómo podrían configurarse los delitos por omisión.

Además, y más grave aún, se evidencia que cualquier caso o circunstancia que se presente dentro del espectro previsto en la norma, podría ser considerado como un delito cometido por la persona jurídica, lo cual la coloca en una situación de extrema vulnerabilidad porque la única vía de tratamiento legal en nuestra legislación para esos casos es la penal.

- e) 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.

Al revisar el texto de la norma, se podría entender que la intención del legislador fue la de incluir en la norma a la mayor cantidad de personas que forman parte de la organización o tienen relación con ella, para así evitar dejar en impunidad actos delictivos por la existencia de un sujeto activo calificado.

La consideración de que los actos delictivos desde la empresa pueden ser cometidos por los accionistas o por trabajadores no ha escapado del análisis doctrinario.

Así, Marina Roig señala que la responsabilidad de la persona jurídica podrá ser por culpa *in eligendo* cuando el delito es cometido por un administrador o representante legal, por haber puesto al frente de la misma a una persona que incumple la legalidad penal; y, por culpa *in vigilando*, cuando un delito es cometido por trabajadores o subordinados, por no haber establecido los mecanismos de control necesarios para

evitar que en su seno se cometan delitos; la autora concluye que en ambos casos la construcción de la culpabilidad de la empresa se realiza utilizando nociones propias de la imprudencia.¹¹¹

Por otra parte, Enrique Del Castillo, señala que, en el caso de delitos cometidos por accionistas, administradores o representantes legales, es importante determinar que tal persona tenga capacidad decisoria en la organización; lo que hace entender que tiene la capacidad de articular a la misma como un vehículo para la comisión del delito. Es en esos casos en los que cabe la aplicación de una sanción penal a la persona jurídica, por un propósito preventivo para evitar la comisión de nuevos delitos a través de ella.¹¹²

Ahora en cuanto a los delitos cometidos por trabajadores que siguen órdenes o instrucciones de sus superiores, también se debe verificar, conforme señala Víctor Fernández González, que el delito haya sido cometido debido a la obediencia jerárquica impuesta por el rigor del vínculo entre superior e inferior; lo cual libera de responsabilidad penal al trabajador, al recaer ésta en el superior;¹¹³ y para trasladar dicha responsabilidad a la empresa, se requerirá que dichos superiores tengan poder decisorio en la empresa, porque de esta manera se determinará que es la voluntad colectiva la que propicia la comisión del delito.

Debemos considerar que un ente ficticio, no tiene la capacidad de determinar la conducta de una persona física, menos podrá hacerlo respecto de tantas personas que tienen relación con la organización; por ejemplo, cuando la norma señala que la persona jurídica puede responder por la actuación de “terceros que contractualmente o no intervengan en la gestión”, cae en extremismos y da lugar a que un sin número de situaciones puedan ser consideradas como una actuación ilícita por parte de la persona jurídica; lo cual no es procedente en Derecho Penal, ya que la conducta penalmente relevante debe encontrarse específicamente delimitada.

Otro problema derivado de la norma es cuando ésta establece que en caso de fusión, escisión y transformación, la responsabilidad penal se traslada a la nueva persona jurídica; esto sin duda, es una extralimitación de la norma y que se encuentra en franca inobservancia del principio constitucional de culpabilidad, que establece que solo

¹¹¹ Marina Roig Altozano “Responsabilidad de las Personas Jurídicas”.

¹¹² Enrique Del Castillo Codes “La responsabilidad de las personas jurídicas”.

¹¹³ Víctor Fernández González, “Aspectos Penal de la Obediencia Debida”, (Revista de política social 131 – Centro de Estudios Constitucionales: Madrid) 1981, págs. 59-60.

puede ser responsable y sancionado penalmente el culpable de un delito, por tanto, no cabe que la responsabilidad sea trasladada sin más al nuevo ente, sino que lo correcto es sancionar únicamente a los culpables.

De esta manera se concluye que la norma, tal como se encuentra estipulada en el Código Orgánico Integral Penal, en lugar de permitir solucionar un problema criminal actual que es la delincuencia organizada o institucionalizada en personas jurídicas, genera inseguridad en la actividad empresarial en el Ecuador por cuanto debido a su imprecisión, puede dar lugar a que situaciones aisladas sean consideradas como actuaciones ilícitas de la persona jurídica y merezcan una sanción penal en contra de ella, lo cual, como se ha dicho en líneas anteriores, puede afectar bienes jurídicos de personas inocentes, así como los intereses de sus grupos de interés y en general, ocasionar una afectación al sistema económico.

3.2. Propuesta de reforma a la norma.

La figura de responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra justificada debido a la necesidad de enfrentar a una nueva realidad delictual económica que afecta bienes jurídicos protegidos en niveles mucho más grandes de los que alcanza la delincuencia común, lo cual ha hecho necesario que estas conductas sean sancionadas a través del Derecho Penal, el cual sirve, además, como un mecanismo de contención para evitar nuevos delitos.

Sin embargo, considerando la naturaleza de la persona jurídica, al ser ésta no solamente una persona ficticia sino además colectiva, es necesario plantearse si el Derecho Penal, es la única rama o la más eficaz para el tratamiento legal de los actos ilícitos cometidos desde o dentro de la empresa.

En cuanto al fin de prevención del delito, conforme ya fue mencionado en el capítulo segundo, un mecanismo más eficaz que coadyuvaría a la consecución de este fin, sería la imposición de una obligación legal o regulatoria a las personas jurídicas sobre la implementación de sistemas de vigilancia o control.

En este sentido, las personas jurídicas estarían obligadas a presentar ante sus respectivos organismos de control, un programa de cumplimiento cuyo contenido sea al menos: la definición de procesos reglados en todas las áreas de la organización; el establecimiento de un órgano de vigilancia y supervisión; la identificación de riesgos;

establecimiento de canales de denuncia internos; proceso de verificación periódica del sistema de control, adopción de medidas adecuadas tras la detección de la infracción que evidencie colaboración de la empresa con las autoridades en el descubrimiento y sanción del delito.

Esta constituiría una obligación similar a la de la presentación del Reglamento Interno de Trabajo o Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo exigidos por el Ministerio del ramo; que si bien, en principio podría considerarse como una carga adicional a la empresa, debe ser promocionada destacando los beneficios que su implementación le reporta a la organización.

En cuanto a nuestro país, como sabemos, el establecimiento de sistemas de control internos de las empresas es hasta el momento una opción que depende de la voluntad privada; no obstante, es importante destacar que se han dado ciertos avances, como la emisión de la Norma Técnica NTE-INEN-ISO 37001, sobre Sistemas de Gestión Anti Soborno en las Empresas y Organizaciones,¹¹⁴ que da pautas para el establecimiento de regulación relacionada a este aspecto.

Finalmente respecto de esta propuesta, debemos señalar que la imposición de la obligación del establecimiento de sistemas de vigilancia y control constituye la base para la procedencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo que al no constar este requisito en la norma prevista en el COIP, evidenciamos la gran falencia que tiene la figura de responsabilidad penal en el Ecuador, la misma que debe ser corregida, a fin de que la punibilidad de la persona jurídica pueda proceder en observancia a los principios de legalidad y culpabilidad previstos en la Constitución de la República.

Otra propuesta importante es la clasificación del tipo de infracciones que ameritan un juzgamiento penal y las que pueden ser juzgadas de forma administrativa, para lo cual es necesario una reforma al COIP a fin de eliminar ciertas infracciones y establecer nuevos requisitos en otras, de manera que queden en el catálogo de delitos solamente aquellas conductas que lesionen de forma más grave los derechos fundamentales.

¹¹⁴ Entró en vigencia en el Ecuador con su publicación en el Registro Oficial N° 047 de 31 de julio de 2017.

En esta línea debemos señalar también que toda vez que las penas previstas para la persona jurídica son de carácter administrativo, éstas se pueden equiparar a otras sanciones que son comúnmente aplicadas por la Administración, tales como la clausura, la prohibición de contratar con el Estado, la multa, etc.; por lo que se puede entender que, al ser penas que no lesionan derechos más importantes como la libertad, no ameritan una protección desde el Derecho Penal, si no que su aplicación, siempre que se cumpla con la garantía del debido proceso, puede provenir de la Administración.

De esta manera, consideramos que del catálogo de delitos del COIP que prevén responsabilidad penal para la persona jurídica, las infracciones que no ameritan un tratamiento desde el Derecho Penal y que pueden ser juzgadas y sancionadas en vía administrativa son: la producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados; desatención del servicio de salud; engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos; destrucción de bienes de patrimonio cultural; retención ilegal de aportación a la seguridad social; falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica; y, delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama; por cuanto se tratan de infracciones denotan un incumplimiento de los procesos de la empresa, más que una actuación ilegal aislada de sus operaciones normales, por lo que sí pueden ser investigadas y juzgadas por la Administración, la cual está en la obligación de emitir una resolución motivada.

Finalmente, una última propuesta es la reforma del artículo 49 respecto de los presupuestos requeridos para la determinación de responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que de acuerdo al análisis de la legislación comparada y del estudio realizado en el acápite 2.2 sobre el sistema de *númerus clausus*, se considera que los requisitos que deben ser exigidos para la procedencia de la punibilidad de la persona jurídica son los siguientes: (i) que la persona jurídica actúe a través de personas naturales con poder decisorio o a través de terceros que actúen bajo órdenes de los primeros; (ii) respecto de los delitos expresamente determinados en la Ley (una vez depurado el catálogo de delitos); (iii) no debe ser privativa a las personas jurídicas de derecho privado, se debe considerar también a las personas jurídicas de derecho público; (iv) se siempre que se evidencie que la empresa ha obtenido un beneficio producto de la actuación ilícita; (v) se compruebe que la afectación de bienes jurídicos

de terceros; y, (vi) cuando se haya comprobado el incumplimiento de los deberes de control de la organización.

De esta manera, se propone que la reforma conste con el siguiente texto:

Artículo 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas. - La responsabilidad penal de la persona jurídica, sea nacional o extranjera, con o sin participación estatal, procederá previa la configuración concurrente de los siguientes presupuestos:

- a) Que el tipo penal del delito cometido establezca la procedencia de la responsabilidad penal en contra de la persona jurídica;*
- b) Que la ejecución del acto delictivo haya provenido por quienes tienen poder decisorio en la organización o por terceros que actúen bajo órdenes de las primeras;*
- c) Que se verifique que la persona jurídica o alguno de sus representantes con poder decisorio haya obtenido beneficio producto del delito;*
- d) Que se verifique la afectación a bienes jurídicos de terceras personas;*
- e) Que se verifique que el delito se cometió debido al incumplimiento del deber de control y vigilancia de la organización.*

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si demuestra haber implementado con anterioridad a la infracción, sistemas de vigilancia eficaces para prevenir delitos dentro de la misma, siendo que el delito se produjo por la elusión dolosa de dichos sistemas por parte del autor; no obstante, la persona jurídica podrá ser sujeto de sanciones administrativas en caso de comprobarse un ejercicio insuficiente de dicho control.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES:

La evolución de la sociedad, ha conllevado a que las personas jurídicas tengan un notable protagonismo en la dinámica económico-social, llegando, incluso, a controlar gran parte del sistema económico. Sin embargo, junto con este crecimiento, también se ha evidenciado el apareamiento de nuevas formas de criminalidad organizada que utilizan a las personas jurídicas, principalmente las empresas, como una pantalla para la comisión de ilícitos; razón por la que se ha hecho necesaria la intervención del Derecho Penal para contener y sancionar los delitos cometidos a través de ellas, puesto que afectan bienes jurídicos protegidos en dimensiones mucho mayores de las que podría alcanzar la delincuencia común.

La responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en la capacidad de acción de los entes colectivos por cuanto al gozar de personería jurídica, tienen capacidad de adquirir derechos y obligaciones por sí mismas y que sus actos generen efectos jurídicos, teniendo así también, la capacidad de responder por sus actuaciones.

La procedencia de la imputación penal a la persona jurídica se fundamenta también en el incumplimiento de su obligación de cuidado, precautela o vigilancia, (comportamiento ordenado por la Ley); produciéndose de esta manera, la culpabilidad de la persona jurídica por un “defecto de organización”; y, en este sentido, debe responder por la omisión de adopción o implementación de sistemas de control que impidan la comisión de delitos en su interior.

Los precedentes normativos sobre la figura de responsabilidad penal de la persona jurídica fueron las Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Lucha contra la Criminalidad Internacional Organizada (Convención de Palermo) y sobre la Lucha contra la Corrupción, que dispusieron los Estados Miembros, el desarrollo de legislación interna para establecer responsabilidad penal, civil y administrativa en contra de las personas jurídicas.

Del estudio de las legislaciones de España, Argentina y Chile, se observan requisitos comunes y delimitados para la procedencia de la responsabilidad de la persona jurídica; siendo uno de ellos, el de la obligación para las personas jurídicas de implementación de sistemas de control para evitar la comisión de delitos a su interior.

Los presupuestos para imputar de responsabilidad penal a la persona jurídica que se deberían exigir son: a) su actuación a través de sus representantes que tengan poder decisorio sobre ella o trabajadores que actúen bajo órdenes de accionistas con poder decisorio; b) delimitación de delitos respecto de los cuáles puede responder; c) beneficio directo para ella o sus accionistas con poder decisorio; d) lesión de bienes jurídicos protegidos de terceros ajenos a la organización; e) inexistencia de sistemas de control dentro de la organización o medidas inadecuadas o defectuosas; f) existencia de un sistema de imputación propio para la persona jurídica.

La figura de responsabilidad penal de la persona jurídica determinada en el Código Orgánico Integral Penal, ubica a la actividad empresarial en un verdadero estado de vulnerabilidad por cuanto, los presupuestos establecidos para la configuración de responsabilidad penal son demasiado abiertos y generales, ocasionando que un sin número de situaciones puedan constituirse en una causa para el procesamiento y sanción penal de la persona jurídica, lo cual además de poner en riesgo, derechos de personas inocentes, puede tener implicaciones en el sistema económico al desincentivar la inversión y el emprendimiento.

RECOMENDACIONES:

La reforma del Código Orgánico Integral Penal es necesaria a fin de establecer lineamientos claros y definidos para que proceda la configuración de la responsabilidad penal en contra de la persona jurídica, tomando como referencia los presupuestos planteados por la doctrina y establecidos en legislaciones extranjeras.

El sistema de imputación tradicional está basado en las características de una persona natural que difieren completamente respecto de la naturaleza de las personas

jurídicas, por tanto, se requiere la implementación de un sistema de imputación penal, ajustado a las características propias de un ente colectivo, a partir del cual, pueda valorarse y en definitiva determinar la participación o no de la persona jurídica como tal en la comisión de un delito.

El Derecho Penal es de última ratio, razón por la cual, la legislación debe establecer vías de solución a problemas de relacionados a la criminalidad al interior de la persona jurídica a través de otras ramas del Derecho, como el Derecho Administrativo Sancionador, considerando sobretodo que las penas establecidas actualmente para la persona jurídica, constituyen en realidad sanciones de carácter administrativo y no penas, propiamente dichas.

Con el objeto de que se configure un presupuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica, esto es la existencia de un defecto de organización, así como una medida eficaz para la prevención de delitos, la legislación debe establecer la obligación para las personas jurídicas de la implementación de sistemas de control, programas de integridad o cumplimiento de la Ley, a fin de prevenir la comisión de delitos en su interior.

La reforma debe plantear, además, la inclusión de delitos de carácter económico como la estafa, el enriquecimiento privado no justificado y delitos contra la administración pública, por cuanto son los casos que se ha evidenciado que la perpetración del ilícito se da a través de personas jurídicas de forma más frecuente en nuestro país.

BIBLIOGRAFIA:

- Acción Común de la Unión Europea Sobre el Crimen Organizado, <<http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:jl0011>>
- Ayala De La Torre José María. “*Algunas reflexiones sobre los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal. El concepto de buen ciudadano corporativo en la cultura de cumplimiento*”. <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reflexiones-responsabilidad-penal-buen-ciudadano-cumplimiento-normativo-compliance_11_961555001.html>
- Bacigalupo Saggese Silvina, “*La responsabilidad de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal*”, tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid – Facultad de Derecho, <https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/29501_bacigalupo_saggese_silvina.pdf>
- Barros Enrique y Rojas Nicolás, “*Curso de Derecho Civil I*”, 5, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0207/1/material_docente/bajar.pdf>
- Berruezo Rafael, “*La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica*”, 8, <<https://www.fielweb.com>>
- Beck Ulrich, “*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*”, Editorial Paidós: Barcelona, 2006.
- Cabanellas Guillermo, “*Diccionario Jurídico Elemental*”, Argentina: Editorial Heliasta, SRL, 2008.
- Caro Jhon José Antonio, “*Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*”, <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf>
- Cervantes Andrés y Bayona. David, “*Personas Jurídicas: Responsabilidad Penal*”, <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopena/2017/04/25/--personas-juridicas--responsabilidad-penal>>
- Coca Vila Ivó, “*¿Programa de cumplimiento como forma de Autorregulación Regulada?*”, En: “*Criminalidad de Empresa y Compliance, Prevención de Reacciones Corporativas*”, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2013.
- Código Penal de España, <http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf/pfich=038Codigo_Penal.pdf>.
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Lucha contra la Criminalidad Internacional Organizada Transnacional, <<https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>>

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf>
- De Benito José Luis, “*La personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles*”, Edit. Rev. D° Privado, Madrid.
- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea sobre Lucha Contra el Terrorismo, <[https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex% 3A32F0475](https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32F0475)>
- Del Castillo Codes Enrique, “*La responsabilidad de las personas jurídicas*”, <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4722-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>>
- Encalada Hidalgo Pablo, “*Teoría constitucional del delito y el Código Orgánico Penal Integral*”, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, Primera Edición, 2017.
- Escobar Vélez Susana, “*El actuar en lugar de otro en el Código Penal Colombiano*”, <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernosinvestigacion/article/view/1358>>
- Fernández González Víctor, “*Aspectos Penal de la Obediencia Debida*”, Revista de política social 131 – Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- García Echevarría Santiago, “*Teoría Económica de la Empresa*”, Madrid, Ediciones Díaz de Santos S.A., 1994.
- Gómez Tomillo, Manuel “*Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas*” Valladolid-España, Lex Nova, Primera Edición, 2004.
- Gómez Tomillo Manuel y Sanz Rubiales Iñigo, “*Derecho Administrativo Sancionador, parte general*”, Editorial Thomson Reuters: España, 2010.
- González de León Arturo, “*El criminal compliance en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act*”. En: Jesús María Silva y Raquel Montaner, “*Criminalidad de la empresa y compliance*”, (Editorial Atelier: Barcelona), 2013, 131.
- Klauer Armando, <“Tendencias autodestructivas de las sociedades”, 239, En: <http://www.librosenred.com/libros/tendenciasautodestructivasdelassociedades.html>>
- Lanverde Moris, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1998- II, <<http://www.enfoqu juridico.info/wp/biblioteca/publico/derecho-penal/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>>

Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial N° 312 de 5 de noviembre de 1999, <<https://www.fielweb.com>>

Ley 20393 de Chile, <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>>

López Rosario Susana, “*Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de las consecuencias accesorias: ¿sanción penal o medida administrativa?*”, <https://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/respo_pjuridicas.doc>

Martínez Pardo Vicente José, “*La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*” Revista Internauta de Práctica Jurídica, N° 26, 2011, <https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num26/26-3-vicpar.pdf>

Mir Puig Santiago, “*Introducción a las bases del Derecho Penal*”, Buenos Aires, Editorial B de F, segunda edición, 2003.

Muñoz Conde Francisco, “*Introducción al Derecho penal*”, Editorial B de F: Montevideo, 2001.

Navas Mondaca Iván, “*Los códigos de conducta y el Derecho Penal Económico*”, En: Jesús María Silva y Raquel Montaner, “*Criminalidad de la empresa y compliance*”, Editorial Atelier: Barcelona, 2013.

Nieto Martín Adán, “*La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal*” En: “*El Derecho Penal Económico en la era del compliance*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Norma Técnica NTE-INEN-ISO 37001, Registro Oficial N° 047 de 31 de julio de 2017.

Prado Julio José, “*El gran problema del Ecuador*”, Revista Digital de IDE Business School de la Universidad de los Hemisferios, <http://investiga.de.edu.ec/index.php/el-gran-problema-del-ecuador>>

Observatorio PYME de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, <http://portal.uasb.edu.ec/contenido_centro_programa_cont.2908>

Preza Dardo, Adriasola Gabriel y Galain Pablo, “*Delitos Económicos*”, Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

Proyecto de Ley que establece el Régimen de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas por delitos contra la Administración Pública y por Cohecho Transnacional, <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/oa-responsabilidad_penal_personas_juridicas_-_proyecto_pen.pdf>

- Salvacochea Ramiro, “*Sobre la responsabilidad de las personas jurídicas*”, <<http://www.abogados.com.ar/sobre-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/19840>>
- Ragués Ramón, “*Atribución de Responsabilidad Penal en Estructuras Empresariales. Problemas de Imputación Objetiva*”, Revista de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales de Buenos Aires. Publicación Semestral, 2002.
- Tiedemann Klaus, “*Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”. En: Anuario de Derecho Penal '96, editado por la Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima, 1997.
- Rebollo Puig Manuel, Izquierdo Manuel, Alarcón Lucía, Bueno Armijo Antonio, “*Derecho Administrativo Sancionador*”, Valladolid: Lex Nova, 2010.
- Reyna Alfaro Luis Miguel, “*Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas*”. En: “*Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico*”, Lima: ARA Editores, 2005.
- Richards Efraín Hugo, “*Persona jurídica y Empresa*”, En: “*Libro Homenaje al Profesor Dr. Alberto J. Bueres*”, Ed. Hamurabbi, Buenos Aires, 2001.
- Roig Altazano Marina, “*Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica: societas delinquere et puniri potest*”, <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4746-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas:-societas-delinquere-et-puniri-potest>>
- Salvo Babel Nelly, “*Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*”, (tesis doctoral), Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285167/nsi1de1.pdf>>
- Sánchez Juan Manuel, “*Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*”, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2007.
- Schünemann Bernd, “*Cuestiones básicas de dogmática jurídico - penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*”, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46331.pdf>>
- Vicuña Liz, “*La Sociedad y la Empresa: sus principales aspectos diferenciados*”, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493233.pdf>>
- Zavala Baquerizo Jorge, “*El proceso penal ecuatoriano*”, Guayaquil, Universidad de Guayaquil, Departamento de Publicaciones, 1975.
- Zúñiga Laura, “*Bases para un modelo de imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*”. Editorial Aranzadi- España- Año 2000.

Zúñiga Laura, “*El concepto de criminalidad organizada*”, Nuevo Foro Penal N° 6, Universidad EAFTI, enero-junio 2016, 75, <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/issue/view/416>>